

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM**  
**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**KARINA DEBORTOLI**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DA**  
**SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO HÁBIL A**  
**GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À**  
**JUSTIÇA.**

VITÓRIA

2018

KARINA DEBORTOLI

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DA  
SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO HÁBIL A  
GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À  
JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
*Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da  
Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito  
para obtenção do grau de Mestre em Direito.  
Orientador: Professor Doutor Daury César Fabríz.

VITÓRIA

2018

KARINA DEBORTOLI

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DA  
SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO HÁBIL A  
GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À  
JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Daury César Fabríz  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr.  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr.  
Membro Externo

Dedico este trabalho a AJG, sem o qual não teria possível a realização do sonho de ingressar nos quadros da pós graduação *stricto sensu*, sendo hoje um companheiro querido e parceiro de todas as horas.

## **AGRADECIMENTOS**

Obrigada, Pai Celestial! Este trabalho não teria sido possível sem o seu amparo e sem o apoio e auxílio de algumas pessoas, às quais apresento meus agradecimentos.

Inicialmente, agradeço ao Alexandre, fonte inesgotável de carinho e apoio, incentivador incansável, refúgio nos momentos de maior angústia, sempre com palavras de estímulo visando à realização desse sonho, além de contribuir imensamente com a disponibilização de sua farta biblioteca, indispensável na concretização da dissertação. Obrigada por todo o amor e carinho dispensados e pelos sábios conselhos sobre como agir e o que buscar. Os ‘puxões de orelha’ foram molas propulsoras, você sabe.

Agradeço à minha família. Mãe, obrigada pela companhia diuturna e pelo anjo que colocou em minha vida: vocês, com suas ‘comunicações’, apoiaram-me incondicionalmente nesta trajetória. Pai, obrigada pela criação, pelo carinho incondicional, pela abdicção de sua vida em favor da nossa. Aos meus irmãos, cunhados e sobrinhos, obrigada pela compreensão sobre minha ausência nos momentos da reunião familiar.

Ao meu orientador, Professor Daury, que em poucos minutos de conversa fornece ideias e direciona o pensamento. A professora e coordenadora Elda, pela organização do programa e, especialmente, pela compreensão dispensada em momento de tormenta. A professora Gilsilene, pela conversa em momento de nebulosidade. Aos professores do exame de qualificação, pelas valiosas observações formuladas.

Ao Sr. Airton, sempre disposto a socorro com as impressões e encadernações de última hora, além do bom humor e da fé na vida inigualáveis. Aos colegas do mestrado com os quais convivi durante dois longos anos de minha existência.

Aos colegas do escritório por compreenderem meus horários diferenciados em decorrência das aulas.

A todos vocês, o meu mais sincero e singelo obrigada.

“Para os que vivemos a pregar à república o culto da justiça como o supremo elemento preservativo do régimen, a história da paixão, que hoje se consuma, é como que a interferência do testemunho de Deus no nosso curso de educação constitucional. O quadro da ruína moral daquele mundo parece condensar-se no espetáculo da sua justiça, degenerada, invadida pela política, joguete da multidão, escrava de César. Por seis julgamentos passou Cristo, três às mãos dos judeus, três às dos romanos, e em nenhum teve um juiz. Aos olhos dos seus julgadores refulgiu sucessivamente a inocência divina, e nenhum ousou estender-lhe a proteção da toga. Não há tribunais, que bastem, para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados.”

Rui Barbosa, ‘O justo e a justiça política’, *in* A Imprensa.

## RESUMO

O presente estudo tem como tema a análise da possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante como mecanismo hábil a garantir o direito fundamental de acesso à justiça. Como metodologia utiliza-se o dedutivo e como técnica de pesquisa emprega-se a bibliográfica, a qual se mostrou a mais adequada, eis que possibilita a análise de vasto material doutrinário sobre o tema. O desenvolvimento teórico do estudo tem como base o referencial da jurisdição constitucional desenvolvida por Hans Kelsen bem como sua teoria sobre o escalonamento das normas e a necessidade de observância da norma fundamental no momento de elaboração das normas infraconstitucionais, utilizando-se o controle de constitucionalidade. Essas ideias, aliadas aos conceitos de direito fundamental de acesso à justiça e de ato normativo, além do estudo do instituto da súmula vinculante, possibilitam, ao final, a compreensão da natureza de ato normativo da súmula vinculante e, conseqüentemente, a sua submissão ao controle difuso de constitucionalidade como forma de assegurar o acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Controle de constitucionalidade difuso. Súmula vinculante.

## **ABSTRACT**

The topic of this paper is the analysis of the possibility of having the decentralized or diffuse control of constitutionality of the binding precedent as an effective mechanism to safeguard the fundamental right of access to justice. The deduction reasoning was used as the methodology and the bibliographic review, as the research technique, which proved to be the most adequate, for it enables analysis of vast doctrinal material on the topic. The theoretical development of the study is based on the reference of the constitutional jurisdiction developed by Hans Kelsen as well as his theory on the legal pyramid and the need of observing the fundamental act at the moment of creation of infra-constitutional acts, using the constitutionality control. Such ideas, together with the concepts of the fundamental right of access to justice and of normative act, along with the study of the formation of the binding precedent, make it possible in the end to understand the nature of the normative act of the binding precedent and subsequently, its submission to the diffuse control of constitutionality as a way to safeguard access to justice.

**Key words:** Access to justice. Diffuse control of constitutionality. Binding precedent.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CN - Congresso Nacional

CPC/15 - Código de Processo Civil de 2015

DF - Distrito Federal

DL - Decreto Legislativo

EC - Emenda Constitucional

IRDR - Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva

LC - Lei Complementar

LD - Leis Delegadas

LO - Lei Ordinária

LSV - Lei nº 11.417/2006, Lei da Súmula Vinculante

MP - Medida Provisória

PGR - Procurador-Geral da República

PSV - Proposta de Súmula Vinculante

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

REsp - Recurso Especial

RExt - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

§ - Parágrafo

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA</b>	18
1.1 ORIGEM	24
1.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO CLÁUSULA PÉTREA DECORRENTE DA VONTADE DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	26
<b>2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO</b>	29
2.1 ORIGEM	30
2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	35
2.3 MODALIDADES DE INCONSTITUCIONALIDADES	40
2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS MECANISMOS NA CRFB/1988	44
2.4.1 Controle difuso	46
2.4.2 Controle abstrato	50
2.4.3 Peculiaridades do modelo judicial misto de controle de constitucionalidade	58
2.5 UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	61
<b>3 DOS ATOS NORMATIVOS SUJEITOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	63
3.1 ESPÉCIES DE ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELO PODER LEGISLATIVO	65
3.1.1 Emenda constitucional	66
3.1.2 Leis complementares	69
3.1.3 Leis ordinárias	74
3.1.4 Leis delegadas	75
3.1.5 Decretos legislativos	76
3.1.6 Resoluções	78

3.2 MEDIDA PROVISÓRIA - ATO NORMATIVO EXPEDIDO PELO PODER EXECUTIVO	79
<b>4 SÚMULA VINCULANTE</b>	<b>84</b>
4.1 SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL	85
4.1.1 Histórico	97
4.1.2 Emenda constitucional 45/04	99
4.2 REQUISITOS DA SÚMULA VINCULANTE	102
4.3 DIREITO INTERNACIONAL – SISTEMA DE <i>STARE DECISIS</i>	105
4.4 DISTINÇÃO ENTRE SÚMULA VINCULANTE E PRECEDENTES DO <i>STARE DECISIS</i>	110
4.5 DO CARÁTER NORMATIVO ABSTRATO DA SÚMULA VINCULANTE E DA POSSIBILIDADE DE SEU CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO	112
4.6 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DA SÚMULA VINCULANTE COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	115
4.6.1 DO CONTROLE CONCENTRADO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA E AFASTAR A SÚMULA VINCULANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	119
4.7 A SÚMULA VINCULANTE NA LEI Nº 11.417/06 E SUA MODIFICAÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	120
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV<sup>1</sup>, da CRFB/88, alicerçando-se no princípio da inafastabilidade de jurisdição, assegurando-se ao cidadão o direito de ter a sua demanda analisada pelo juízo, por meio da verificação dos fatos, das provas e da legislação pertinente.

A superioridade da Constituição é confirmada pelo seu próprio texto, sendo ela o fundamento de validade das demais normas legais produzidas no país. Logo, na hipótese de produção de norma em desacordo com o comando constitucional, a mesma ou deverá ser corrigida ou deverá ser extirpada do ordenamento jurídico.

O escalonamento das normas legais decorre da distinção entre poder constituinte originário e poder constituído derivado, o que obriga que a norma inferior respeite o comando da norma superior, mecanismo que objetiva garantir os direitos fundamentais. Porém, a EC 45/04, ao introduzir a súmula vinculante no ordenamento jurídico nacional, conferiu ao STF uma espécie de “superpoder”, eis que o comando constante de súmula vinculante deverá ser observado por todos os demais integrantes do Poder Judiciário e pelos órgãos da Administração Pública, pretendendo a Suprema Corte, inclusive, afastar do juízo de piso a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, situação estudada nesta pesquisa, diante da violação ao direito fundamental de acesso à justiça.

A emenda constitucional 45/04, conhecida como reforma do judiciário, trouxe em seu bojo o instituto da súmula vinculante, por meio da introdução do artigo 103-A<sup>2</sup> da

---

1 Art. 5º, XXXV, CRFB/88: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2 Art. 103-A, CRFB/88: 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.

CRFB/88, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para a sua edição, com capacidade de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário bem como da Administração Pública (BRASIL, 1988), desprezando, por completo, a vontade do constituinte originário no tocante ao processo legislativo, ao princípio da separação dos poderes, ao direito fundamental de acesso à justiça e à independência do juiz.

A ideia da súmula foi amplamente defendida por Victor Nunes Leal (1914-1985)<sup>3</sup>, Ministro do STF (1960-1969), no sentido de método de trabalho, de forma de respeito às decisões da Suprema Corte, mantendo, porém, o ambiente para o debate sobre a matéria sumulada, defendendo a ideia de edição de nova súmula e cancelamento de anterior na hipótese de ser dado novo sentido ao comando legal examinado, ou seja, sem pretender conferir ao STF qualquer capacidade legislativa.

Modernamente o Direito deve ser visto como um sistema único e indivisível, sendo a Constituição a norma de validade de todo o sistema, expressando-se nessa ideia os princípios da unidade do ordenamento jurídico e da supremacia da Constituição.

Assim, as leis e os atos normativos devem observar a forma prescrita na Constituição, que confere grande valor à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais; do mesmo modo que as emendas constitucionais devem observar a vontade do legislador constituinte originário.

Os direitos fundamentais, que somente começaram a ser positivados a partir da Revolução Francesa, surgiram em decorrência da necessidade de se restringir a atuação estatal, visando à proteção da liberdade do indivíduo diante de um governo abusivo, exigindo do Estado, com isso, uma conduta negativa. Posteriormente, no século XX, o reconhecimento de novos direitos fundamentais passou a exigir do Estado uma atuação

---

§ 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>3</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=108>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

positiva requerendo dele manifestações com intuito de garantir o bem-estar social da pessoa humana.

Reconhecida a supremacia constitucional em uma ordem jurídica impõe-se a análise dos mecanismos existentes para a sua proteção, sendo o controle jurídico de constitucionalidade dos atos normativos um dos instrumentos existentes para resguardar o caráter supremo da Constituição.

O controle de constitucionalidade deriva da ideia de que não basta o simples reconhecimento teórico de que a Constituição é superior, sendo necessário impor uma sanção bem como restabelecer a hierarquia, caso ocorra a sua violação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada como rígida, isto é, exige um procedimento mais rigoroso para a sua alteração do que aquele exigido para a legislação infraconstitucional, ela possibilita o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ou seja, toda norma produzida, para ter validade em nosso sistema jurídico, deve estar de acordo com as previsões constitucionais, sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade.

A alteração da Constituição do tipo rígido exige um procedimento especial, muito mais dificultoso do que aquele fixado para a criação de legislação ordinária, procedimento este estabelecido pelo próprio constituinte originário.

Da exigência de formalidade especial para reforma e/ou alteração da Constituição, decorre o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual as normas definidas pelo constituinte originário estão acima de qualquer outra norma jurídica.

Deriva, ainda, da rigidez constitucional e do princípio da supremacia da Constituição, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade, eis que todas as normas infraconstitucionais dos sistemas de Constituição rígida devem respeitar as normas definidas pelo constituinte originário.

A inconstitucionalidade ocorre quando a norma infraconstitucional desrespeita comando inserido na Constituição; o controle de constitucionalidade, por sua vez, apresenta os

modelos a serem adotados para retirada das normas infraconstitucionais que afrontam os comandos inseridos no texto pelo constituinte originário.

Com a inclusão do artigo 103-A na CRFB/1988, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para a edição de súmulas vinculantes, em casos de decisões reiteradas na Corte, as quais têm efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário (BRASIL, 1988), sendo tais comandos verdadeiras espécies normativas, como se verá da análise comparativa do sistema normativo brasileiro, no capítulo 3, inclusive dos atos anômalos expedidos pelo Poder Executivo, a indicar que o Poder Judiciário, por meio da edição de súmulas vinculantes, produz, na verdade, norma geral e abstrata que impede o acesso à justiça, como se verá dos conceitos relacionados no capítulo 1, vez que expressam regras obrigatórias para os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Traduzindo as súmulas vinculantes comandos gerais, havendo equivalência entre elas e as espécies normativas *lato sensu*, indaga-se: é possível o controle de constitucionalidade difuso da súmula vinculante, na hipótese de ocorrência de dissonância entre o comando nela expressado e aquele constante na norma constitucional, como forma de garantir o direito fundamental de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88?

A Lei nº 11.417/06, que regulamenta a súmula vinculante prevê mecanismo para a sua revisão, o seu cancelamento ou a sua modificação, contudo, não trata, de maneira específica, da possibilidade de seu controle de constitucionalidade, havendo divergência na doutrina quanto ao seu cabimento, especialmente no tocante ao controle difuso, tema objeto desta pesquisa.

Logo, importante à análise de como ocorreria tal controle, especialmente para garantir a proteção ao direito fundamental de acesso à justiça.

O trabalho será dividido em quatro capítulos: o primeiro capítulo abordará o direito fundamental de acesso à justiça, sua origem e sua característica de cláusula pétrea.

O segundo capítulo tratará do controle de constitucionalidade: sua origem; a supremacia da norma constitucional; as modalidades de inconstitucionalidade; os mecanismos de controle de constitucionalidade previstos na CF, incluindo-se o controle pela via difusa, pela via concentrada, além de abordar as peculiaridades do modelo judicial misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil; a unidade do ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo serão apresentadas as espécies de atos normativos sujeitos ao controle de constitucionalidade, abordando-se os atos expedidos pelo Poder Legislativo (emenda constitucional, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções) e pelo Poder Executivo (medida provisória), a fim de fornecer elementos necessários para a análise da natureza jurídica de ato normativo passível de controle difuso de constitucionalidade, e, como corolário, das súmulas vinculantes.

O quarto capítulo abordará o instituto da súmula vinculante, apresentando: seu histórico; a emenda constitucional 45/04; os requisitos para a elaboração da súmula vinculante; o sistema de *stare decisis* do direito internacional; a diferenciação entre súmula vinculante e precedente do sistema do *stare decisis*; o caráter normativo abstrato da súmula vinculante e a possibilidade de seu controle de constitucionalidade difuso; o controle de constitucionalidade difuso como forma de garantir o direito fundamental de acesso à justiça; a súmula vinculante e a sua modificação pelo CPC/15.

O marco teórico da pesquisa é a obra ‘Jurisdição Constitucional’, de Hans Kelsen, bem como a sua teoria de escalonamento das normas, sendo a Constituição a norma fundamental, a base para a elaboração de todos os demais atos normativos do sistema jurídico, devendo ser assegurada a possibilidade de banimento do sistema de qualquer norma que afronte comando constitucional.

A técnica de pesquisa a ser aplicada será a bibliográfica, objetivando a obtenção de conceitos imprescindíveis para a elaboração de conhecimento apto a analisar o conceito: (I) do direito fundamental de acesso à justiça, (II) de controle de constitucionalidade e suas espécies, (III) de espécies de atos normativos, (IV) de súmula vinculante, visando responder ao problema: é possível o controle de constitucionalidade difuso de súmula vinculante por violação do direito fundamental de acesso à justiça?

O método a ser utilizado será o dedutivo, partindo-se da teoria kelseniana, no sentido de ser a Constituição a norma de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, propiciando, assim, o direito fundamental de acesso à justiça e a sua classificação como cláusula pétrea, passando pela análise do controle de constitucionalidade, dos atos normativos sujeitos a esse controle, analisando-se, por fim, o instituto da súmula vinculante, demonstrando a natureza de ato normativo do instituto, sendo, conseqüentemente, sujeito as normas constitucionais.

Assim, a importância do presente estudo deriva da necessidade de verificação da possibilidade de controle de constitucionalidade difuso da súmula vinculante como mecanismo de proteção do direito fundamental de acesso à justiça, considerando-se a escalonamento das normas derivado da teoria kelseniana.

## 1 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito fundamental de acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, assegurando a todos o acesso à justiça objetivando tutela jurisdicional, seja ela preventiva ou reparatória, de um direito individual, coletivo ou difuso. Tal direito compreende tanto a possibilidade de apresentar demanda em juízo como também de defender-se dela.

Por meio do direito de ação garante-se ao cidadão o direito de obter tutela jurisdicional adequada, isto é, aquela “provida da efetividade e eficácia que dela se espera”, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 178).

O direito de ação possibilita ao jurisdicionado, caso necessite de imediato do Poder Judiciário, a obtenção de tutela de urgência, devendo a legislação infraconstitucional adequar-se a regra do acesso à justiça.

A facilidade do acesso à justiça pelo necessitado, prevista no artigo 5º, XXXIV, da CRFB/88, decorre do direito de ação, desde que preenchidas as condições da ação e seus pressupostos processuais, caracterizando-se como violação a tal direito, por exemplo, a exigência de pagamento de custas judiciais elevadas, o que também não significa dizer que o processo deve ser gratuito.

O acesso à justiça não pode ser impedido ou condicionado ao exaurimento das vias administrativas, excetuando-se as demandas da justiça desportiva, conforme determina o artigo 217<sup>4</sup>, §1º, da CRFB/88.

---

<sup>4</sup> Art. 217, CRFB/88: É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

[...]

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

[...]

Do mesmo modo, não pode o magistrado recusar-me a analisar demanda alegando ausência de norma legal, hipótese em que deverá valer-se dos costumes, da analogia, dos princípios gerais do direito, utilizando-se da equidade somente nos casos autorizados por lei, conforme ensinam Nery Júnior e Nery (2009, p. 180).

A expressão direitos humanos, refere-se aos direitos do homem, que são direitos que buscam resguardar os direitos da pessoa humana, ou seja, a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade, as quais estão relacionadas com o conceito da justiça, igualdade e democracia, conforme ensina Lafer (1997, p. 63).

Os direitos humanos, bem como os direitos do homem, são denominações genéricas que exprimem peculiaridades próprias do ser humano, seja ele sozinho ou como um grupo. Contudo, Sarlet faz distinção das expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais:

[...] direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (SARLET, 2008, p. 34)

Os direitos humanos são direitos que buscam proteger e zelar pela dignidade da pessoa humana, refletindo objetivamente em toda a humanidade. Os direitos humanos relacionam-se, de acordo com Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 108), com “[...] a responsabilização de todas as funções do poder estatal pela adoção de medidas concretas voltadas à implementação de um programa global de ressocialização dos excluídos do pacto social [...]”, considerando-se a necessidade de se proteger a pessoa humana.

Os direitos do homem, fato histórico que não é uma repetição de acontecimentos, tem sua realidade modificada através do respeito aos direitos fundamentais alcançados pelo homem, conforme ensina Bobbio:

Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal de progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo – por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na Terra -, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa.

[...] Concluo com Kant O progresso, para ele, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os ‘políticos’ por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que ‘o mundo foi sempre assim como vemos hoje’. Kant comentava que, com essa atitude, tais ‘políticos’ faziam com que o objeto de sua previsão – ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história – se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor.

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder. (BOBBIO, 1992, p. 64)

Para que se possa fazer uma análise da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, é necessário verificar quem são os destinatários de sua proteção. Os termos direitos humanos e direitos fundamentais possuem equivalente conteúdo, pois se reportam a um conjunto de princípios que servem de regras para proteger os bens jurídicos com mais sensibilidade no plano da proteção da dignidade da pessoa humana.

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2002, p. 35).

Nesse contexto, a expressão direitos humanos guarda uma relação com o direito internacional, visto que determinam o reconhecimento das posições jurídicas básicas que reconhecem o homem sem que o vincule a uma determinada ordem constitucional de um Estado. A expressão “direitos fundamentais” está relacionada ao direito do ser humano, os quais estão legitimados pelo direito constitucional positivo de um determinado Estado.

Contudo, é preciso estar atento para o modo de efetivação desses direitos, que ocorre de modo diverso.

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia (sic) de que os primeiros que –

ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. (SARLET, 2002, p. 40).

Os direitos fundamentais e os direitos humanos, segundo seu significado e a sua origem, são distintos:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1999, p. 369)

Os direitos humanos são garantias relacionadas à existência da pessoa, contudo não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas. Os direitos fundamentais, por sua vez, são instituídos por regras e princípios constitucionais, sendo assim, limitado aos direitos humanos, sendo que estes visam estabelecer a garantia da existência da dignidade da pessoa humana.

Finalizando a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências (sic) práticas não podem ser desconsideradas. (SARLET, 2002, p. 42)

Os direitos fundamentais, assim como outros direitos inerentes ao desenvolvimento do ser humano, são atrelados a aspectos sociais e históricos que alteraram a história desde o período mais distante até a época atual. Os direitos humanos e fundamentais percorrem juntos nas fases de desenvolvimento e construção dos Estados, atrelados conjuntamente ao seu desenvolvimento com grandes movimentos filosóficos e sociais sucedidos ao longo da história.

O conceito dos direitos fundamentais busca superar, de acordo com Schäfer:

[...] a compreensão fragmentada dos direitos fundamentais (direitos negativos de um lado; direitos positivos, de outro), sem a previsão de um regime jurídico geral, não permitiu que se constatasse a interligação entre as estruturas variáveis de todos os direitos fundamentais, nas quais cada vez mais a eficácia concreta de seu núcleo essencial, é dependente de uma pluralidade incindível de condutas comissivas e omissivas, as quais têm por destinatários tanto o Estado como o particular. (SCHÄFER, 2005, p. 57).

Os direitos fundamentais têm natureza própria, não sendo meramente valores jurídicos destinados a orientar o Estado, gerando para os particulares uma série de direitos, de prerrogativas, o que os legitimam a exigir do ente estatal uma determinada conduta visando à satisfação daqueles direitos, conforme ensina Amaral (2001, p. 96).

A democracia, de acordo com Bobbio (1992, p. 01) “[...] é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. As gerações dos direitos fundamentais são resumidas por Oliveira Júnior do seguinte modo:

1ª geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à teoria organicista tradicional.

2ª geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e de opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

4ª geração: os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão de ética prévia.

5ª geração: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 85-86)

Os direitos fundamentais previstos na CRFB/88 são, de acordo com Velloso (2003, p. 347), de três tipos, a saber: expressos, implícitos e derivados de tratados internacionais.

[...] direitos e garantias expressos, isto é, escritos na Carta, direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, assim direitos e garantias implícitos, e direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [...].

O Poder Judiciário, no Brasil, de acordo com Sadek (2004, p. 79), tem dupla finalidade: é tanto um poder de Estado - diante da sua capacidade de atuar de modo político, por meio do questionamento e, também, da paralisação de políticas de atos administrativos aprovados pelo Executivo e Legislativo, ou então quando impõe medidas sem qualquer manifestação expressa do Executivo ou do Legislativo, o qual representa o povo - quanto um prestador de serviço - no momento em que arbitra conflitos e garante direitos.

[...] o Judiciário brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, está na berlinda e não apresenta mais condições de impedir mudanças. Reformas virão e mudanças já estão em curso, algumas mais e outras menos visíveis, alterando a identidade e o perfil de uma instituição que sempre teve na tradição uma garantia segura contra as inovações. (SADEK, 2004, p. 79).

A CRFB/88 arrolou “todos os princípios democráticos básicos que sustentam a fundação de um Estado governado pela Lei”, além de aumentar o rol dos artigos que não aceitam modificação, nem mesmo por meio de emendas constitucionais (as denominadas cláusulas pétreas), conforme ensina Sadek (2004, p. 80).

O sistema de governo adotado – presidencialismo – apoia-se no princípio da separação dos poderes, com independência dos mesmos, o que, de acordo com Sadek (2004, p. 80), aumenta a tensão entre eles: a uma porque deu forças ao Legislativo, a partir do momento em que possibilitou ao mesmo fiscalizar e controlar o Executivo; a duas, pois permitiu ao Executivo a possibilidade de legislar por meio das medidas provisórias. Diante deste cenário, prossegue a autora, o Judiciário teve a sua responsabilidade aumentada, cabendo ao mesmo mediar politicamente os outros dois Poderes, além do exercício do controle de constitucionalidade tanto dos atos legislativos quanto dos de governo - o que leva ao aumento do ativismo judicial, de acordo com Sadek (2004, p. 81): “[...] a Constituição de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista de primeira grandeza”.

Sobre a necessidade de reforma do Judiciário, especialmente naquilo que se refere à relação deste Poder com os outros dois poderes, denominados de propriamente políticos, Sadek destaca dois objetivos dela: transformar o STF em Corte Constitucional, por meio da restrição de sua atuação a temas exclusivamente constitucionais, e traçar novo modelo de atuação no controle de constitucionalidade, destacando, em relação a este último:

[...] o controle da constitucionalidade das decisões políticas deve limitar-se a princípios que ponham em risco a continuidade democrática e o Estado de Direito. Nessa alternativa não caberia ao Judiciário pronunciar-se sobre toda e qualquer questão, passando a adquirir as decisões majoritárias (aprovadas no Congresso ou propostas pelo Executivo) prevalência sobre as judiciais. Seria, pois, reduzida a possibilidade de ativismo do Judiciário e, ao mesmo tempo, seriam flexibilizados os preceitos constitucionais e reduzido o número de cláusulas pétreas. (SADEK, 2004, p. 91).

Contudo, não é esse o cenário atual do judiciário nacional.

## 1.1 ORIGEM

O direito fundamental de acesso à justiça encontra sua origem história, segundo Mendonça (2016, p. 214) nas antigas civilizações, citando a sociedade babilônica, em que o Código de Hamurabi disciplinava um sistema primitivo de prestação jurisdicional e assegurava direitos como o de informação e a garantia de proteção aos hipossuficientes. Código de Manu, de acordo com Mendonça (2016, p. 249), trouxe algumas normas que permitiram a viabilidade de acesso ao judiciário. São mencionados o direito grego, que preconizava um amplo acesso à justiça, e o direito romano, restritivo, uma vez que somente o cidadão romano poderia ser titular de direitos, segundo o *jus gentium*, conforme ensina Mendonça (2016, p. 342).

No período medievo as jurisdições eclesiástica, real territorial, senhorial e feudal resultaram numa construção nova do conceito de acesso à justiça, “identificando-a com a ideia de acesso a uma ordem jurídica plural, pela viabilização de mecanismos capazes de proporcionar a tutela dos direitos nas diversas esferas jurídicas, conforme a natureza do conflito” (MENDONÇA, 2016, p. 425).

Modernamente, especialmente no direito europeu, foram construídas estruturas facilitadoras do direito de acesso à justiça.

A Constituição portuguesa, exemplificativamente, vez que no presente trabalho o objeto de investigação é outro, em seu artigo 20<sup>o</sup> (PORTUGAL, 1974), assegura a todos o acesso ao direito e aos tribunais dos seus interesses, sendo vedada a limitação ou vedação de acesso ao judiciário em razão de hipossuficiência. Espanha, de igual forma, garante em sede constitucional<sup>6</sup> que todas as pessoas têm o direito de receber a tutela jurisdicional no exercício de seus direitos e interesses legalmente assegurados (ESPANHA, 1978). A Itália, de igual forma, diz no artigo 24 de sua Constituição<sup>7</sup> (ITÁLIA, 1948) que todos podem buscar a tutela jurisdicional na defesa dos próprios direitos e interesses legítimos, devendo-se assegurar a todos os meios necessários para a defesa de direitos em perante qualquer juiz ou tribunal.

---

<sup>5</sup> Constituição da República Portuguesa:  
Artigo 20.º

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

<sup>6</sup> Constituição espanhola:

Artículo 24

Protección judicial de los derechos

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
  2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
- La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

<sup>7</sup> Constituição da Itália:

Art. 24.

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

No Estado liberal o direito de ação era visto como “garantia da proteção da liberdade, da propriedade e, ainda, da manutenção do funcionamento dos mecanismos de mercado, através da outorga do equivalente em dinheiro ao credor que tivera o seu direito de crédito adimplido.” (CANOTILHO, 2013, p. 357).

Modernamente a doutrina entende que o direito de acesso à justiça é um dos principais instrumentos “garantidores (senão o principal) da concretização de todos os demais direitos fundamentais” (GONTIJO, 2015, p. 16-17). Entende-se, e neste trabalho essa noção é acolhida, que o direito de acesso à justiça é:

[...] *norma-princípio* estruturante do Estado democrático de direito, consectário do monopólio estatal da solução de conflitos, da proibição de autodefesa e das exigências de paz e segurança jurídicas, classificação que já indica, à partida, a proteção constitucional reforçada do *cluster right*. (GONTIJO, 2015, p. 18, grifo do autor).

Assim, evidencia-se a impossibilidade de restrição ao direito fundamental de acesso à justiça, considerando sua característica de princípio estruturante do Estado democrático de direito de nosso país.

## **1.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO CLÁUSULA PÉTREA DECORRENTE DA VONTADE DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

O constituinte originário, entendendo a importância do direito de acesso à justiça, optou por inseri-lo no capítulo dos direitos fundamentais insuscetíveis de alteração pelo constituinte derivado<sup>8</sup>. Dessa forma, resta indubitável que a escolha constitucional

---

<sup>8</sup> Art. 60, CRFB/88: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

impede que o Poder Legislativo e qualquer dos Poderes da República que elaborem leis ou atos normativos tendentes a suprimir ou restringir o direito de acesso à justiça.

Nessa ótica, os “limites materiais ao poder de reforma” (CANOTILHO, 2013, p. 60) existem para preservar os fundamentos da Constituição, sem os quais perderia sua identidade e malbaratada estaria a vontade do constituinte originário.

No Brasil moderno os direitos constitucionais e o aumento da consciência cidadã exigem do Estado maior efetividade, especialmente em face do solapamento das normas constitucionais que garantem a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados. Nessa ótica, há uma demanda excessiva pela resposta judicial, especialmente em face da falência administrativa estatal em áreas prioritárias. Há, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, cerca de 109 milhões de ações em curso no Brasil (BRASIL, 2016) para aproximadamente 18.011 juízes (BRASIL, 2017b). Evidente o gargalo e a dificuldade de entregar a prestação jurisdicional. Não se pode, contudo se resolver pela limitação inconstitucional do acesso à justiça, seja por emenda à Constituição ou por qualquer outra espécie de ato normativo.

Não obstante, há no mundo jurídico, discussão acalorada sobre as medidas processualmente adequadas que limitem o número crescente de ações que chega diariamente ao Judiciário. No afã de resolver o congestionamento da justiça, optou o legislador pela edição de normas tendentes a restringir o acesso ao Judiciário, como ocorre com a EC 45/04, que acrescentou o artigo 103-A ao texto da CRFB/88, e com o novo Código de Processo Civil<sup>9</sup>, por exemplo.

---

§ 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>9</sup> Art. 927, CPC/15: Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As chamadas cláusulas pétreas são, para Nery Júnior e Nery (2009, p. 422), a garantia de que “os direitos e garantias fundamentais são a base do Estado Democrático de Direito, quer tenham como titular pessoa física ou jurídica, direito individual, coletivo ou difuso, e por essa razão é que não podem ser abolidos por emenda constitucional.”

Resta evidente, dessarte, que a opção do constituinte originário anteviu esse tipo de escolha e, expressamente, vedou, sem a menor possibilidade de que atos normativos de qualquer dos poderes da república possam restringir ou inviabilizar um dos pilares da ordem jurídica brasileira.

---

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

A análise da teoria kelseniana possibilita a compreensão da jurisdição constitucional, a qual é “[...] um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2007, p. 123-124), objetivando verificar a conformidade das normas infralegais com as constantes na norma constitucional, considerando-se que a ciência jurídica analisa as normas integrantes do sistema.

A ciência jurídica tem como objeto o Direito, sendo as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, nos ensinamentos de Kelsen (1999, p. 79), sendo que “[...] a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência (sic), ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1999, p. 217).

Cabe a Constituição, por meio de sua função política, fixar os “[...] limites jurídicos ao exercício do poder [...]”, de acordo com Kelsen (2007, p. XIII), asseverando, ainda, que caso uma Constituição não garanta a anulação de atos considerados inconstitucionais, a mesma não será, em seu sentido técnico, plenamente obrigatória.

De acordo com a teoria kelseniana, a Constituição é a norma que estabelece a condição de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, cabendo a ela, ainda, fixar os meios de retirada do mundo jurídico de eventuais normas legais que sejam produzidas em desacordo com os comandos contidos em seu texto, o que é feito por

meio do controle de constitucionalidade das leis, assunto que será analisado no presente capítulo.

## **2.1 ORIGEM**

A questão sobre a inconstitucionalidade das leis e atos normativos decorre (I) ou da omissão da legislação, mesmo em face de mandamento constitucional expresso, (II) ou incompatibilidade entre a lei ou ato normativo infraconstitucional e a previsão contida na norma constitucional, seja porque não seguiu os parâmetros estabelecidos na norma constitucional, durante seu processo de elaboração, seja porque possui um conteúdo não admitido pela Constituição.

O tema ganhou destaque com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente diante dos diversos mecanismos nela existentes para garantir a supremacia e a eficácia de seu texto, com destaque para o sistema de controle de constitucionalidade das normas.

As Cartas Constitucionais representam a lei superior vinculatória para todos os poderes constituídos: da supremacia da norma constitucional e de sua força vinculante naquilo que se refere aos Poderes Públicos, emerge a necessidade de estudo sobre as formas e os meios de defesa da Constituição e dos métodos de controle de constitucionalidade dos atos estatais, especialmente dos atos normativos em geral.

O direito constitucional moderno, para Capelletti (1999, p. 11), caracteriza-se pela busca da efetividade da superioridade da Constituição e de um instrumento capaz de garantir tal superioridade. A lei, no Estado Constitucional, submete-se, pela primeira vez, aquilo que foi determinado pela norma constitucional, conforme ensina Zagrebelsky (2002, p. 22).

Verifica-se que, por meio da Constituição, foi possível o desenvolvimento do poder político, o qual deixa de se concentrar nas mãos do rei e passa a ser exercido com a

observância da separação dos poderes, em observância aquilo narrado por Montesquieu (2001, p. 86): “Existe em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”.

O indivíduo, ou melhor, o cidadão, em um Estado regulamentado por meio de uma norma constitucional, isto é, positivista, é detentor de direitos, o qual também não é absoluto, de acordo com Kelsen:

[...] com a vitória da burguesia liberal no século XIX começa uma pronunciada reação contra a metafísica e a Teoria Natural. De mãos dadas com o progresso das ciências empíricas, com uma dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre a mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o positivismo. Porém, por mais radical que esta mudança tenha sido, ela jamais foi completa. O direito não mais foi considerado como uma categoria eterna e absoluta; reconheceu-se que seu conteúdo passa por uma transformação histórica e que como direito positivo é um fenômeno condicionado por circunstâncias de tempo e de espaço. Mas a idéia (sic) de um valor absoluto do direito não se perdeu de todo, pois vive ainda firme na idéia (sic) ética de justiça, conservada pela ciência do direito positivista. (KELSEN, 1999, p. 65)

O controle de constitucionalidade das leis, de acordo com Mendes (2008, p. 02), surge como uma das mais importantes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno, sendo que a adoção de formas distintas nos diversos sistemas constitucionais demonstra a capacidade de adaptação desse instituto aos mais variados sistemas políticos.

O sistema de controle de constitucionalidade das leis pode ser compreendido como uma forma de se verificar a adequação vertical das leis e atos normativos infraconstitucionais com as normas constitucionais, por meio do confronto analítico e exegético entre elas. Na hipótese de desconformidade entre as leis e os atos normativos com a norma constitucional, aqueles serão considerados inconstitucionais.

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário deriva da superioridade da Constituição escrita em relação às demais normas, possuindo àquela supremacia jurídica, contendo normas que tratam tanto da estruturação do Estado quanto da previsão de direitos e de deveres fundamentais, servindo a norma constitucional de

fundamento de validade de toda a ordem jurídica, conforme teoria kelseniana, eis que é a fonte primária de todas as demais normas legais.

O sistema de verificação, pelo Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais foi idealizado pelo constitucionalismo norte-americano, como ensina Barroso (2002, p. 233), com destaque para o caso *Marbury v. Madison*<sup>10</sup>, tendo se consolidado naquele país diante da indispensável necessidade de adequação das leis infraconstitucionais ao comando exarado pela Constituição escrita, a qual é superior a qualquer outra lei nacional.

---

10 Barroso (2002, p. 233-234) assevera que a decisão proferida no caso sustentou que os atos do Executivo e do Legislativo admitem controle em face da Constituição, sendo passíveis de invalidação em caso de incompatibilidade com a norma constitucional. Prosseguindo, articula que o caso é menos edificante do que se pensa, explicando que como se deu o processo. John Adams, após perder as eleições para Thomas Jefferson, conseguiu que o Congresso, no final de seu mandato (de Adams), aprovasse diversas leis criando vários cargos no Poder Judiciário, cargos estes preenchidos por nomeação do Presidente da República. John Marshall, então Secretário de Governo, deveria praticar os atos de investidura dos juízes nos cargos, tendo sido ele mesmo - John Marshall - nomeado para o cargo de presidente da Suprema Corte, não tendo logrado êxito na entrega de todos os atos de investidura dos novos juízes federais e de paz nomeados por John Adams (enquanto este ainda era Presidente da República).

Thomas Jefferson, ao tomar posse como Presidente da República, determinou que seu Secretário de Governo, James Madison, não mais praticasse os atos de investidura em cargos de juízes nomeados pelo Presidente anterior, ou seja, aqueles que não receberam o ato de investidura no governo anterior não mais o receberiam no novo governo.

Irresignados, *Marbury* e outros impetraram *writ of mandamus* em face de Madison, Secretário de Governo atual, a fim de que o mesmo fosse obrigado a entregar os atos de investidura nos cargos de juízes nomeados pelo Presidente anterior. Proposta a demanda, Thomas Jefferson, que tinha maioria no Congresso, conseguiu que este determinasse a suspensão da Suprema Corte no ano de 1802, tendo logrado êxito em sua pretensão.

Em 1803, ao serem retomados os trabalhos da Suprema Corte, Thomas Jefferson avisou aos seus integrantes que aqueles que votassem contra seus interesses, ou seja, aqueles que votassem a favor de *Marbury* (o impetrante), seriam submetidos ao impeachment visando à destituição do cargo. John Marshall, presidente da Suprema Corte devidamente nomeado ainda no governo de Adams, avocou para si a decisão da matéria - situação cabível, eis que nos EUA o presidente da Suprema Corte não é obrigado a distribuir os processos - não tendo se declarado suspeito ou impedido (apesar de sua nomeação ter ocorrido no governo anterior e de ter sido ele o responsável pela não entrega dos atos de investidura nos cargos de juízes nomeados pelo Presidente da República John Adams).

O julgamento foi iniciado pelo fim, sendo dividido em 03 fases. Inicialmente Marshall afirmou que o Poder Judiciário poderia rever os atos praticados pelo Poder Executivo, incluindo-se os casos de omissão, corrigindo-os caso estivessem em desacordo com a Constituição. Posteriormente, o presidente da Suprema Corte, que julgava o *writ*, reconheceu que os impetrantes tinham o direito à investidura, eis que nomeados por Presidente da República legítimo. Finalmente, declarou que a lei que conferia à Suprema Corte competência para o julgamento de questões de *writ of mandamus* era inconstitucional, eis que conferia à Corte poderes não previstos na Constituição. Diante da inconstitucionalidade, a lei não poderia ser aplicada, ou seja, a Suprema Corte não poderia conhecer do *writ*, diante de sua incompetência para o julgamento do caso.

A Europa, no século XX, influenciada pelas ideias de Hans Kelsen, visando garantir a supremacia da norma constitucional, desenvolveu o protótipo do modelo de controle de constitucionalidade abstrato, analisando a lei em tese, com efeitos *erga omnes*, exercido por órgão diverso do Poder Judiciário, qual seja um tribunal ou uma corte constitucional.

Algumas Constituições, segundo Cappelletti (1999, p. 11), mantiveram o instrumento de garantia de sua superioridade junto ao Poder Legislativo, situações que o autor descreve como de pouco êxito; em outras situações, mais numerosas, optou-se por manter tal instrumento em outro poder, qual seja, o Judiciário; ele descreve como fascinante a prática de rompimento entre estrutura e esquemas antigos e novos, por meio da atribuição a um ou a mais de um órgão judicial de certo ordenamento jurídico da competência e do poder de controlar a atividade legislativa de acordo com as normas constitucionais em vigor, destacando, ainda, o papel da sentença como mecanismo de controle de constitucionalidade da lei; afirma que há tempos busca-se a criação ou a descoberta de uma hierarquia entre as leis bem como do modo de garantir tal hierarquia, sendo que a grande inovação das Constituições modernas está no seguinte ponto:

[...] tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente ‘concretização’, através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas, genial, invenção do homem e do Direito. (CAPPELLETTI, 1999, p. 12).

O sistema de controle de constitucionalidade das leis relaciona-se diretamente com o regime político, a forma de Estado e o sistema de governo adotados pelo país, sendo diferentes os mecanismos empregados por um país com regime democrático e um com regime autoritário: naquele é aceito o controle, baseado em lei, visando à paz, a justiça e os valores democráticos; este, por sua vez, rejeita o controle, rechaçando qualquer possibilidade de diminuição de seu poder discricionário, de acordo com Baracho (1982, p. 98).

O controle político, conforme ensina Buzanello (1997, p. 31-32), deriva do sistema francês, sendo de responsabilidade do Poder Executivo e do Legislativo, cabendo ao Congresso Nacional fazê-lo de duas formas: ou (I) preventiva, por meio do prévio controle de admissibilidade das espécies legislativas, verificando-se tanto a regularidade quanto à sua existência quanto à sua validade, ou (II) suspensiva, hipótese em que os atos normativos contrários à norma constitucional são vetados.

Assim, a modalidade de controle político de controle de constitucionalidade das leis deriva da separação de poderes, não havendo a interferência do Poder Judiciário no processo legislativo. O controle jurídico, por sua vez, deriva do sistema norte-americano e possibilita que os magistrados verifiquem a constitucionalidade das leis, observando, para tanto, a norma constitucional.

O sistema de constitucionalidade no Brasil sofreu grande influência do modelo difuso propagado pela doutrina norte-americana, porém, com o desenvolvimento das instituições democráticas, emergiu no direito brasileiro um sistema próprio de jurisdição constitucional, híbrido, que agrega características típicas tanto do sistema norte-americano (difuso) quanto do sistema europeu (concentrado), que são os dois modelos tradicionais de controle de constitucionalidade.

No Brasil, de acordo com Jeveaux (2008, p. 131-133), o sistema de controle de constitucionalidade foi inserido na Constituição de 1891, a primeira republicana; a Constituição de 1934 admitia a representação interventiva por iniciativa do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Porém, somente em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 16, na Constituição de 1946, o modelo do controle de constitucionalidade em abstrato foi inserido definitivamente no Brasil.

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro começa difuso, com a Constituição Republicana de 1891, passando a contar também com a modalidade concentrada com a Emenda nº 16/65 à Constituição de 1946, quando foi criada a representação de inconstitucionalidade genérica, de legitimidade do Procurador-Geral da República. (JEVEAUX, 2008, p. 147)

No Brasil o controle de constitucionalidade caracteriza-se tanto pela peculiaridade quanto pela variedade de mecanismos processuais aptos a instrumentalizar a

fiscalização da constitucionalidade dos atos estatais e a garantir a tutela dos direitos fundamentais: à variedade de ações constitucionais próprias do sistema difuso somam-se os vários meios destinados ao controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental), conforme ensina Mendes (2008, p. 02).

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, de acordo com Cappelletti (1999, p. 18, 23-24), é um dos mais importantes aspectos da denominada justiça constitucional, sendo, salientando que o julgamento constitucional caracteriza-se com um mecanismo de alteração tanto jurídica quanto econômica e social.

Assim, a Constituição, cronológica e hierarquicamente, é o primeiro documento estatal, iniciando a ordem jurídica vigente no país, sendo que na hipótese de edição de nova norma constitucional, os diplomas legais infraconstitucionais existentes submetem-se ao fenômeno da recepção, a fim de se verificar a compatibilidade entre as normas: havendo sintonia material entre a nova norma constitucional e a prevista na lei anterior a ela, a lei infraconstitucional será considerada válida, vigente e dotada de eficácia, modificando-se somente o fundamento de validade de norma infraconstitucional, que passa a ser a regra prevista na nova norma constitucional.

## **2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

O conceito de Constituição como sendo superior à lei, hodiernamente aceito, foi construído vagarosamente, eis que impõe limites a arbitrariedade dos poderes públicos, relacionando-se com a teoria dos direitos naturais do indivíduo, que remonta ao século XVIII, quando apareceram as ideias a favor de uma norma constitucional capaz de estabelecer regras a serem respeitadas pelo poder público, de modo a limitá-lo, conforme leciona Baracho (2008, p. 205).

A expressão “supremacia”, no Direito, é usada desde a antiguidade, com as mais diversas conotações, aproximando-se da ideia de soberania. Segundo Jeveaux (2008, p. 127-128) a soberania do poder gerou o poder absoluto, também chamado de supremo; na soberania popular, há separação entre o poder e o direito, os quais se reencontram no poder constituinte; no antagonismo entre ordem pública suprema e ordem privada surge a supremacia da norma legal.

A estruturação das normas de um ordenamento jurídico em um sistema escalonado, hierarquizado, deriva da teoria elaborada por Kelsen (1999, p. 155), segundo a qual as normas jurídicas não estão no mesmo plano, mas sim em camadas distintas, servindo a norma superior de fundamento de validade da norma inferior.

A força normativa da Constituição, para Neves (1996, p. 323), “estaria assegurada quando a esfera pública pluralista fosse integrada no processo de concretização constitucional”. Contudo, na hipótese de não ser dada às normas constitucionais a sua superioridade hierárquica, bem como no caso de não serem efetivadas as normas legais referentes à efetivação dos direitos fundamentais, configurar-se-á a “constitucionalização simbólica”, de acordo com o autor (1994, p. 11-13).

Tal sistema contribui para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, podendo esta estruturação ser visualizada por meio de uma pirâmide, estando em seu topo à norma constitucional e abaixo dela as demais normas, as quais devem guardar conformidade com as regras constitucionais. Para Buzanello (1997, p. 30), “a Constituição como lei fundamental do Estado representa, por consequência lógica, a superioridade sobre o complexo de normas jurídicas existentes”.

Apesar das polêmicas provocadas, a Constituição deve ser um documento escrito contendo mecanismos que visem a assegurar as liberdades e proclamar direitos fundamentais, sendo as liberdades garantidas pela separação dos poderes, de acordo com Mendes (2017, p. 65-66).

As Constituições modernas buscam registrar e positivizar os valores individuais e sociais, os quais estão acima da lei tradicional, bem como daqueles que elaboram a norma constitucional, derivando seu caráter rígido e prevalente.

Para o desenvolvimento da norma constitucional é imprescindível o elo entre o momento histórico e o ordenamento jurídico vigente, de acordo com Hesse (1991, p. 15-16):

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

A supremacia da norma constitucional decorre, num primeiro momento, de sua origem, eis que elaborada pelo poder constituinte originário, o qual é caracterizado como autônomo, incondicionado, superior aos demais poderes por ele constituídos, sendo ele o responsável por fixar a legitimidade, a competência, a força e os limites dos poderes constituídos, conforme ensina Bonavides (2015, p. 303).

Tal supremacia da norma constitucional deve ser entendida tanto como um princípio atribuidor da força subordinante das leis e atos normativos infraconstitucionais, quanto como uma maneira de legitimar e de conferir validade às demais normas dela derivadas e elaboradas pelo legislador ordinário, conforme ensina Cunha Júnior (2010, p. 39), asseverando, ainda, ser ela o pilar do nosso Estado Democrático de Direito, uma vez que garante a ordem jurídica e possibilita a concretização dos valores e dos direitos sociais.

A competência do legislador infraconstitucional é limitada de acordo com os parâmetros fixados pelo constituinte originário, não podendo aquele ultrapassar os contornos estabelecidos na norma constitucional, sob pena de inconstitucionalidade de seu ato, de acordo com Bonavides (2015, p. 304). Caso o legislador não observe as regras estabelecidas na norma constitucional, estará agindo à sua margem, de maneira ilegítima e incompetente.

Outro fator que influencia na supremacia da norma constitucional é sua rigidez, sendo esta característica imprescindível para a configuração daquela: as Constituições rígidas têm processo de revisão especial, mais dificultoso, conferindo-lhes estabilidade e rigidez maior que a usufruída por leis e atos normativos infraconstitucionais, sendo, então, caracterizada uma espécie de hierarquia entre as disposições legais, estando no ponto mais alto a norma constitucional.

A ideia de rigidez constitucional vincula-se à existência de mecanismos de controle de constitucionalidade das normas, eis que a rigidez é pressuposto do próprio controle de constitucionalidade, permitindo, desse modo, uma diferenciação entre as normas constitucionais e as ordinárias, sendo aquelas o paradigma de controle destas.

As normas constitucionais podem ser classificadas em material e formal, conforme ensina Ferreira Filho (2015, p. 39-40): a primeira refere-se à matéria tipicamente constitucional, podendo, contudo, haver matéria estritamente constitucional que não esteja prevista no texto da Constituição; a segunda, apesar de inserida na norma constitucional, trata de tema não relacionado à organização e estrutura do estado, referindo-se a assunto que poderia ser objeto de lei infraconstitucional.

A Constituição pode ser classificada, ainda, de acordo com Silva (2005, p. 41), em escrita e não escrita: a primeira é dogmática, apresentando-se em um único documento, solene e devidamente codificado, derivado do poder constituinte originário, admitindo integrações posteriores decorrentes do poder constituinte reformador. A segunda é composta por documentos diversos, além dos costumes e da jurisprudência, relacionando-se com as Constituições do tipo histórica, caracterizadas pelo acúmulo, no tempo, de costumes políticos.

No tocante à origem, Silva (2005, p. 41-42) ensina que a classificação da Constituição subdivide-se em: promulgada – ou democrática - e outorgada. Esta é imposta unilateralmente por quem detém o poder; aquela deriva de uma assembleia constituinte, normalmente com representação popular legítima, havendo participação dos cidadãos em sua elaboração.

Tem-se, ainda, de acordo com Ferreira Filho (2015, p. 42), a classificação da Constituição no tocante ao procedimento exigido para alteração de seu texto, podendo ser considerada, essencialmente, rígida ou flexível: a primeira exige procedimento dificultoso e solene para a sua alteração, objetivando conferir estabilidade às normas constitucionais; a segunda apresenta método de alteração similar ao exigido para elaboração de legislação comum infraconstitucional.

Da rigidez no procedimento de alteração da norma constitucional deriva o princípio da supremacia da Constituição, fixando tal texto no patamar mais alto da estrutura legislativa de um estado, havendo nela as normas referentes à organização estatal, estrutura dos poderes, além do método de elaboração das normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade fundamenta-se na supremacia da norma constitucional, na existência de uma lei maior que se sobrepõe aos demais atos normativos nacionais. A supremacia da norma constitucional deriva da rigidez que envolve uma Constituição escrita, a qual exige procedimento especial para sua alteração, método este mais rigoroso e complexo que aquele exigido para as normas infraconstitucionais. Constatada a discrepância entre a previsão constitucional e aquela constante na norma infraconstitucional, esta será, então, declarada inconstitucional.

A possibilidade de controle de constitucionalidade formal, de acordo com Clève (2000, p. 31), pode ocorrer mesmo nos países que adotam a Constituição flexível, eis que tal texto pode estabelecer o modo como à lei infraconstitucional deverá ser elaborada: assim, na hipótese de inobservância de tal procedimento, caracterizada estará a inconstitucionalidade formal.

Dois são os requisitos, concomitantes e indispensáveis, necessários para o exercício do controle de constitucionalidade: (I) existência de uma Constituição rígida, que provocará a superioridade das normas constitucionais em relação às demais normas; (II) presença de um órgão de controle que defenda e garanta a supremacia da norma constitucional. No Brasil, verifica-se a presença desses dois requisitos, evidenciando-se, assim, o cabimento do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

## 2.3 MODALIDADES DE INCONSTITUCIONALIDADES

A norma é considerada inconstitucional quando ou o seu conteúdo ou a sua forma violam comando constitucional. Verifica-se a inconstitucionalidade quando a “[...] lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais”, de acordo com Neves (1988, p. 74):

Na acepção lógica dos termos, o problema não se reduz aos casos das leis em relação de contrariedade ou de contradição com a Constituição. Estas duas hipóteses correspondem apenas à inconstitucionalidade material, que implica contrariedade ou contradição, aplicando-se, com Bobbio, estes conceitos de lógica clássica às antinomias entre normas jurídicas. A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser). Daí porque a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional). No primeiro caso apresentam-se relações nomoestáticas de incompatibilidade normativa vertical, enquanto no segundo estas relações são nomodinâmicas.

As inconstitucionalidades podem ser divididas, segundo Barroso (2002, p. 235), de acordo com dois critérios gerais: inconstitucionalidade formal x material e inconstitucionalidade por ação x por omissão.

A inconstitucionalidade formal, segundo Barroso (2002, p. 235-236), ocorre quando o procedimento de elaboração do texto legal não é observado, isto é, quando o procedimento de elaboração da norma (quórum específico, matéria tratada, pressuposto do ato) previamente estabelecido na norma constitucional, é desrespeitado pelo legislador infraconstitucional.

Mencionado tipo de inconstitucionalidade subdivide-se em objetiva e subjetiva: a primeira ocorre quando há inobservância do rito a ser seguido para a elaboração da norma, por exemplo; a segunda verifica-se quando o processo legislativo é iniciado por ente diverso daquele que possui competência para elaboração daquela norma em

específico, sendo denominada, por Clève (2000, p. 39) de inconstitucionalidade formal orgânica. É possível sanar a inconstitucionalidade do tipo formal.

Desse modo, por exemplo, se lei complementar foi aprovada por maioria simples, ao invés da absoluta, estaremos diante de uma inconstitucionalidade formal, diante da regra prevista no artigo 69<sup>11</sup> da CRFB/88 (BRASIL, 1988), que estabelece claramente que as leis complementares serão aprovadas por meio de maioria absoluta.

A inconstitucionalidade material, de acordo com Clève (2000, p. 42), relaciona-se com o conteúdo do ato normativo, sendo necessária a verificação da compatibilidade entre a norma constitucional e a norma infralegal: havendo dissonância, esta será caracterizada como inconstitucional.

A inconstitucionalidade do tipo material, nas palavras de Barroso (2002, p. 236), configura-se quando a matéria tratada na lei infraconstitucional violar disposição substancial da norma constitucional. Assim, caso fosse promulgada uma lei, respeitado o procedimento e a competência para a sua iniciativa, possibilitando a realização de hora extra sem o pagamento do adicional respectivo, tal previsão legal afrontaria diretamente o comando previsto no artigo 7º, XVI<sup>12</sup>, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o qual prevê expressamente que o serviço extraordinário terá remuneração superior, em no mínimo 50% (cinquenta por cento) ao valor pago ao serviço prestado em horário normal. A inconstitucionalidade material caracteriza vício insanável.

Outra classificação possível das inconstitucionalidades subdivide-as em total e parcial: a primeira contamina todo o ato, a segunda somente parte dele, nas palavras de Clève (2000, p. 48-49), segundo o qual a inconstitucionalidade formal orgânica gera a inconstitucionalidade total do ato; já a inconstitucionalidade material pode gerar tanto a inconstitucionalidade total quanto a parcial.

---

11 Art. 69, CRFB/88: As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

12 Art. 7º, XVI, CRFB/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

[...].

Ainda é possível classificar as inconstitucionalidades subdividindo-as em: por ação (ou atuação) e por omissão (ou inação), conforme artigos 102<sup>13</sup> e 103<sup>14</sup> da CRFB/88

---

<sup>13</sup> Art. 102, CRFB/88: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e

(BRASIL, 1988). A primeira ocorre quando o ato legislativo ou administrativo contraria previsão constitucional, quando há a prática de ato proibido pela Constituição, podendo ser citado como o exemplo à hipótese da edição de norma, pelo Poder Legislativo, em desrespeito ao princípio da isonomia, conforme ensina Barroso (2002, p. 237).

A inconstitucionalidade por ação deriva do princípio da supremacia da Constituição, que faz surgir à necessidade de compatibilidade vertical das normas legais nacionais, ou seja, a norma inferior somente terá validade se apresentar compatibilidade com a norma constitucional, que é a superior. Esta inconstitucionalidade apresenta-se de duas maneiras: materialmente, hipótese em que o conteúdo das leis ou dos atos contraria comando constitucional; formalmente, situação na qual a norma é elaborada ou por órgão incompetente ou em desconformidade com os procedimentos estabelecidos na norma constitucional. Verificada a inconstitucionalidade, a mesma não pode perdurar, sob pena de violação ao princípio da coerência e harmonia das normas jurídicas (FIGUEIREDO, 2017, p. 10).

A inconstitucionalidade por omissão, ou inação, configura-se quando não é cumprida a obrigação de legislar, quando o Poder Público não pratica ato determinado pela norma constitucional, como, por exemplo, quando o Legislativo não edita lei previamente determinada na Constituição, conforme ensinamento de Barroso (2002, p. 237), podendo ser citado como exemplo o caso da lei regulamentando as atividades penosas, para efeito de recebimento do adicional correspondente, nos termos do artigo 7º, XXIII<sup>15</sup>, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), situação que ainda não foi enfrentada pelo Legislativo, caracterizando, desse modo, uma inconstitucionalidade por omissão.

---

efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>14</sup> Art. 103, §2º, CRFB/88: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...].

<sup>15</sup> Art. 7º, XXIII, CRFB/88: Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; [...].

No tocante à inconstitucionalidade por omissão, segundo Figueiredo (2017, p. 11), esta pode ser tanto legislativa quanto administrativa. Consiste tal inconstitucionalidade no fato de não se criar a legislação previamente determinada visando à concretização dos comandos constitucionais. É denominada de inconstitucionalidade por omissão absoluta (ou total) quando o legislador não cria a legislação ou medida administrativa cabível. Chama-se inconstitucionalidade por omissão parcial a situação em que o legislador observa apenas parcialmente o comando constitucional.

Até a promulgação da Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ciência do direito, de acordo com Barroso (2002, p. 238), desconhecia dispositivo legal tratando da inconstitucionalidade por omissão, explicando que não é que tal situação não acontecesse, contudo, não se percebia a ocorrência de tais casos ou, ao menos, não se dava a atenção merecida; esclarece que o tema, no direito brasileiro, hoje, é tratado por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, CRFB/88), que será abordada no tópico que segue.

## **2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS MECANISMOS NA CRFB/1988**

O controle de constitucionalidade desenvolveu-se a partir de concepções filosóficas e de experiências históricas distintas, sendo dividido, didaticamente, em dois modelos: difuso (também conhecido como incidental, americano, aquele que cabe a qualquer juízo do Poder Judiciário) e concentrado (também chamado de abstrato, austríaco, europeu, cabendo a um único órgão judicial), de acordo com Mendes (2008, p. 01-02). Aparentemente tais concepções são excludentes, contudo, possibilitaram a criação de modelos mistos, que agregam os dois meios de controle, isto é, o difuso e o abstrato.

Nos termos da previsão contida no artigo 23, I<sup>16</sup>, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), a guarda da Constituição é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; o artigo 102, por sua vez, define como competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da (BRASIL, 1988); o artigo 66<sup>17</sup> determina que o Presidente da República vete projeto de lei que considerar inválido ou inconstitucional (BRASIL, 1988); há, além dos citados, outros dispositivos constitucionais que visam a assegurar o cumprimento da norma constitucional pelo Executivo, como a previsão contida no artigo 78<sup>18</sup>, o qual determina que ao Presidente da República prestar, tão logo seja empossado, o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, havendo a possibilidade de configuração de prática de crime de responsabilidade eventuais atos praticados pelo Presidente da República que atentem contra a Constituição, conforme determina o artigo 85, *caput*<sup>19</sup>, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 promoveu grandes mudanças no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil: manteve o controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao mesmo tempo em que previu outros mecanismos de controle, tais como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de

---

<sup>16</sup> Art. 23, I, CRFB/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

[...]

<sup>17</sup> Art. 66, CRFB/88: A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

<sup>18</sup> Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

<sup>19</sup> Art. 85, *caput*, CRFB/88: Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...].

segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade, dando novo formato ao sistema de controle de constitucionalidade em nosso país, conforme ensina Mendes (2008, p. 03).

Abaixo analisaremos os mecanismos de controle previstos em nossa norma constitucional.

### **2.4.1 Controle difuso**

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade contempla o chamado controle difuso ou incidental, inspirado no modelo norte-americano, que possibilita a realização de controle de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal, por meio da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma estatal analisada em um determinado caso concreto, conforme Mendes (2008, p. 03); nesse sistema, o julgador, antes da análise do pedido principal do processo, verifica a constitucionalidade, ou não, de determinada norma estatal, decidindo uma espécie de questão prejudicial.

O controle de constitucionalidade difuso, de acordo com Cappelletti (1992, p. 75-76), confere a todo juiz de direito a função de interpretar as leis, visando a sua aplicação ao caso concreto submetido à sua apreciação; na interpretação das leis, havendo duas disposições legais contrastantes, deve-se aplicar a que predominar; possuindo as disposições legais igualdade normativa, deverá ser utilizado o critério de que a lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat legi priori*), lei especial derroga lei geral (*lex specialis derogat legi generali*); tais critérios não prevalecem sobre a máxima de que a lei superior derroga lei inferior (*lex superior derogat legi inferior*), nas hipóteses de contraste entre normas de forças normativas distintas, isto é, nos casos de normas constitucionais derivadas de Constituição do tipo rígida, estas prevalecerão sobre as normas infraconstitucionais. Desse modo, de acordo com o doutrinador, o juiz de direito, ao decidir uma demanda, verificando o contraste entre a norma infraconstitucional e o comando constitucional, deverá aplicar este ao invés daquela.

No controle difuso a alegação da inconstitucionalidade caracteriza questão prejudicial, e não questão principal, sendo a inconstitucionalidade suscita incidentalmente, por ser relevante e necessário para verificar se a lei será aplicada ao caso concreto, conforme ensina Veloso (2000, p. 41).

O modelo de controle de constitucionalidade difuso, também chamado de indireto, incidental, ou pela via de exceção, de acordo com Giustina (2006, p. 44, 46), possibilita que qualquer órgão do Poder Judiciário, singularmente, seja juiz federal ou estadual, ou de maneira colegiada, analise e decida, de maneira incidente, sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada lei ou de certo ato normativo, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, podendo a inconstitucionalidade ocorrer tanto em face da Constituição Federal quanto em face da Constituição Estadual.

O sistema processual brasileiro não reserva a uma única espécie de ação a função de proteção de direitos fundamentais, existindo com essa finalidade, em especial, as ações constitucionais de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública e ação popular, de acordo com Mendes (2008, p. 03).

Além disso, a questão da constitucionalidade, de acordo com Clève (2000, p. 97), pode ser arguida em ações constitucionais, incluindo-se o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data*.

A finalidade do *habeas corpus*, previsto no artigo 5º, LXVIII<sup>20</sup>, da CRFB/88, é a proteção do indivíduo contra qualquer medida estatal restritiva à sua liberdade de ir e vir, sendo a liberdade de locomoção compreendida em sua acepção mais ampla, abarcando toda e qualquer medida exarada pelo Poder Público que de algum modo, mesmo que em tese, constranja a liberdade de ir e vir, de acordo com Mendes (2008, p. 03), cabendo, ainda, a impetração de *habeas corpus* contra ato de particular que viole a liberdade individual, apesar dessa limitação ser mais comumente imposta pelo Estado.

---

<sup>20</sup> Art. 5º, LXVIII, CRFB/88: Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O *habeas data*, previsto no artigo 5º, LXXII<sup>21</sup>, da CRFB/88, possibilita ao impetrante o conhecimento de suas informações personalíssimas constantes de registros ou banco de dados estatais ou públicos, assegurando, ainda, a retificação de dados, quando não se opta pela correção de maneira sigilosa (BRASIL, 1988).

O mandado de segurança, instituto legitimamente brasileiro, previsto no artigo 5º, LXIX<sup>22</sup>, da CRFB/88, destina-se à proteção de direito individual ou coletivo líquido e certo em face de ato ou omissão praticado pelo poder público e não tutelado pelos institutos do *habeas corpus* ou *habeas data* (BRASIL, 1988), tendo larga utilização, albergando todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que demonstrada à liquidez e a certeza do direito, manifestada em sua existência inequívoca, na correta definição de sua amplitude bem como na capacidade de ser exercitado no exato momento da impetração do remédio constitucional, de acordo com Mendes (2008, p. 04).

No tocante à possibilidade de se impetrar mandado de segurança em face de ato normativo, o Supremo Tribunal Federal defende, de acordo com Mendes (2008, p. 4) a não aplicação do instituto, eis que lei ou ato normativo em tese não provoca lesão a direito líquido e certo. Na hipótese de materialização de ato normativo, prossegue o autor, com base em lei, admite-se a impugnação, com pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado. Quanto a leis e decretos com efeitos concretos, admite-se o mandado de segurança.

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, LXXI<sup>23</sup>, da CRFB/88, sendo cabível quando inviável o exercício de direitos e de liberdades constitucionais bem como de prerrogativas relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania, em decorrência de

---

<sup>21</sup> Art. 5º, LXXII, CRFB/88: Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;  
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

<sup>22</sup> Art. 5º, LXIX, CRFB/88: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

<sup>23</sup> Art. 5º, LXXI, CRFB/88: Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

ausência de norma regulamentadora que os viabilizem (BRASIL, 1988). Assim, de acordo com Mendes (2008, p. 04-05), utiliza-se o mandado de injunção diante do não cumprimento do dever constitucional de legislar que provoque reflexos em direitos constitucionalmente previstos, sendo que a omissão tanto pode ser absoluta ou total quanto pode ser parcial.

O mandado de injunção, segundo Clève (2000, p. 375), é uma espécie de garantia jurídico-constitucional prevista pelo constituinte originário, equiparando-se aos remédios constitucionais do mandado de segurança, do *habeas data* e do *habeas corpus*, tendo características próprias, permitindo ao cidadão a possibilidade de reclamar, de maneira subsidiária, a efetividade de direitos constitucionais sujeitos a normas estatais.

A norma constitucional prevê, além dos instrumentos para defesa individual de direitos fundamentais, mecanismos para a tutela de interesses difusos e coletivos, tais como a ação popular e a ação civil pública, previstas no artigo 5º, LXXIII<sup>24</sup> e artigo 129, III<sup>25</sup>, da CRFB/88. A primeira tem por finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade da qual participe o Estado, bem como ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; as decisões nela proferidas são passíveis de produção de efeito *erga omnes*. A segunda, por sua vez, é utilizada para proteger interesses difusos e coletivos relacionados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, entre outros, conforme ensina Mendes (2008, p. 05).

[...] caso haja decisão de inconstitucionalidade *incidenter* em ação civil pública ou coletiva, claro que serão atingidos todos os membros do grupo, classe etc. Não se pode divisar, no que concerne ao uso da ação civil pública para a impugnação da legitimidade constitucional de normas, um típico processo sem partes, ou de um processo objetivo. A ação civil pública não busca apenas o interesse público e não é um processo sem partes, objetivo.

---

<sup>24</sup> Art. 5º, LXXIII, CRFB/88: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>25</sup> Art. 129, III, CRFB/88: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

Claro que a atuação de um dos legitimados, o Ministério Público, em último grau, sempre busca o interesse público primário, mas, quando o *Parquet* (ou uma associação) propõe uma ação civil pública, não busca apenas a consecução do interesse público, mas também o interesse social ou até mesmo o individual indisponível: há dezenas de interesses subjetivos enfiados na ação. Há na ação civil pública um legitimado autônomo, como há na ação popular, e nem por isso veda-se o controle de constitucionalidade na última, que também já ostentava coisa julgada *erga omnes*. No caso da ação civil pública e das ações coletivas, decidem-se questões outras que não apenas a inconstitucionalidade, anulando atos administrativos, desconstituindo, declarando, condenando [...]. (PALU, 2001, p. 280-281)

As súmulas vinculantes estão previstas expressamente na norma constitucional e, agora, no CPC/15, que, nos artigos 927 e 988<sup>26</sup>, dispõe expressamente que os “juízes e tribunais observarão [...] os enunciados de súmula vinculante” e que “caberá reclamação” para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante”. Induvidosas, dessa forma, a necessidade e a importância do controle difuso de constitucionalidade como forma garantidora do respeito ao direito fundamental de acesso à justiça e da imodificabilidade dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário ou pelo constituinte derivado.

## 2.4.2 Controle abstrato

---

<sup>26</sup> Art. 988, CPC/15: Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

O controle de constitucionalidade pela via concentrada é o método no qual prevalece à supremacia da lei, com nitidez para o princípio da separação dos poderes, sendo excluída dos juízes de direito comuns a possibilidade de controle de legalidade das normas, ou seja, a inconstitucionalidade ou inaplicabilidade de comando legal não pode ser declarada por qualquer juiz de direito, cabendo tal controle somente ao Tribunal Constitucional, de acordo com Cappelletti (1992, p. 84-85).

No controle de constitucionalidade concentrado, segundo Miranda (2008, p. 60), a inconstitucionalidade é apreciada pela via de ação ou de recurso, podendo a decisão ter efeito ou *erga omnes* ou *inter partes*.

No Brasil, o sistema de controle abstrato de constitucionalidade converge para o Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas que apresentam divergência constitucional, conforme Mendes (2008, p. 05). Prossegue o autor afirmando que a Constituição de 1988 conferiu destaque ao sistema de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que as demandas constitucionais mais importantes passaram a ser apreciadas pelo STF, via controle abstrato de normas, o qual tem como características, dentre outras: vasta legitimação, celeridade, possibilidade de suspensão imediata da eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar.

São legitimados a proporem ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, I a IX<sup>27</sup>, da Constituição de 1988 bem como do artigo 2º<sup>28</sup> da Lei nº 9.868, de

---

<sup>27</sup> Art. 103, I a IX, CRFB/88: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

[...]

<sup>28</sup> Art. 2º, Lei nº 9.868/99: Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;

10/11/1999: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal bem como a da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e o do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político que tenha representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988; 1999). O artigo 103 da Constituição Federal estabelece o mesmo o rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade (BRASIL, 1988).

Na Lei nº 9.868/99, o artigo 12-A<sup>29</sup> fixa rol idêntico de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão enquanto o artigo 13<sup>30</sup> estabelece como legitimados o Presidente da República, a Mesa do Senado e a da Câmara dos Deputados, além do Procurador da República, rol elástico pela previsão constante atualmente na redação do artigo 103 da Constituição Federal, após redação dada pela Emenda Constitucional 45/04 (BRASIL 1988; 1999).

O caráter objetivo do processo de controle abstrato de normas decorre da outorga do direito de propositura da ação a diferentes legitimados, conforme ensina Mendes (2014, p. 178), não sendo necessário que o autor alegue a existência de lesão a direito seu, atuando, na verdade, como representante do interesse público.

As ações específicas do sistema de controle abstrato de constitucionalidade previstas na norma constitucional são, de acordo com Mendes (2008, p. 05): ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de

---

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.  
Parágrafo único.

<sup>29</sup> Art. 12-A, Lei nº 9.868/99: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>30</sup> Art. 13, Lei nº 9.868/99: Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

I - o Presidente da República;  
II - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
III - a Mesa do Senado Federal;  
IV - o Procurador-Geral da República.

inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O objetivo da ação direta de inconstitucionalidade é a proteção e a defesa da Constituição, sendo uma espécie de instrumento de fiscalização abstrata de normas, nas palavras de Clève (2000, p. 143).

A ação direta de inconstitucionalidade, conhecida como ADI, objetiva à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, utilizando como instrumento balizador, exclusivamente, a Constituição Federal vigente, sendo que as decisões proferidas neste tipo de demanda possuem eficácia *ex tunc, erga omnes*, com efeito vinculante, abrangendo tanto o Poder Judiciário quanto os órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal, direta e indireta, sem, porém, produzir efeitos sobre o Poder Legislativo, nos termos do parágrafo único do artigo 28<sup>31</sup> da Lei nº 9.868/99, conforme ensina Mendes (2008, p. 06). Ato normativo municipal é impugnável via ação direta de inconstitucionalidade somente em âmbito estadual, segundo leciona Clève (2000, p. 183).

A Lei nº 9.868/99, que regulamenta o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o Supremo Tribunal Federal, autoriza a Corte, por meio de seu Plenário, a restringir os efeitos de uma declaração proferida em sede de controle abstrato de normas, autorizando o STF a declarar a inconstitucionalidade da norma tanto (I) a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*) quanto (II) a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*), conforme artigo 27<sup>32</sup> da citada Lei. Do

---

<sup>31</sup> Art. 28, Lei nº 9.868/99: Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>32</sup> Art. 27, Lei nº 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por

mesmo modo, autoriza o STF a declarar a inconstitucionalidade da norma sem, porém, pronunciar a sua nulidade, de acordo com Mendes (2008, p. 06). Além dessas possibilidades, segundo o doutrinador, o STF ainda tem autorização para declarar a inconstitucionalidade da norma com efeitos retroativos, preservando, porém, situações específicas.

O Supremo Tribunal Federal adota variados métodos no julgamento de processos de controle abstrato de constitucionalidade, utilizando-se de técnicas de (I) interpretação conforme a Constituição, (II) declaração de nulidade parcial sem redução de texto, (III) declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, (IV) cotejo de 'lei constitucional' e do auxílio do legislador, (V) limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que permite a declaração de inconstitucionalidade com efeitos futuros a partir da decisão final ou de outra oportunidade entendida como a mais adequada, a ser definida pelo STF, afirma Mendes (2008, p. 06-07).

A ação declaratória de constitucionalidade é considerada como sendo uma ação declaratória de inconstitucionalidade com sinal trocado, de acordo com Mendes (2008, p. 07), destina-se a declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, sendo possível a sua utilização a partir do momento em que exista uma situação capaz de prejudicar a presunção de constitucionalidade da lei, isto é, somente cabe ação declaratória de constitucionalidade se existir controvérsia significativa sobre a legitimidade da norma impugnada, servindo de parâmetro, somente, a norma constitucional em vigor.

A ação declaratória de constitucionalidade exige a caracterização de relevante controvérsia jurídica sobre a constitucionalidade do ato normativo impugnado, salientando que não basta que a controvérsia seja administrativa, exigindo o legislador que a dúvida seja jurídica, conforme ensina Palu (2001, p. 254-255):

A ação declaratória de constitucionalidade não é um modo de consulta prévia do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de um ato normativo; a ação é cabível se e quando houver real e comprovada divergência jurisprudencial acerca da validade constitucional de determinada

---

maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

norma. Sem isso, não haverá interesse processual e se proclamará a carência da ação declaratória de constitucionalidade.

A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 21<sup>33</sup>, autoriza o STF a determinar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, em sede cautelar, a juízes e a Tribunais que suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação analisada, até seu julgamento final, de acordo com Mendes (2008, p. 07). Prossegue o autor informando que as decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, nos termos do parágrafo único do artigo 28 da citada Lei, cabendo, ainda, a modulação dos efeitos pelo Plenário do Tribunal, nos mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, segundo Palu (2001, p. 252), possuem caráter ambivalente ou fungível, eis que se proposta com pedido de constitucionalidade poderá ser dado o efeito contrário, pedida a inconstitucionalidade esta poderá ser concedida contrariamente.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão aplica-se nos casos em que ocorre ou (I) uma omissão absoluta do órgão legislativo, ou (II) uma omissão parcial, ou, ainda, (III) quando há o cumprimento parcial do dever, fixado pela Constituição, de legislar. A ADO destina-se a verificar a inconstitucionalidade da omissão dos responsáveis, sejam eles órgãos federais ou estaduais, pela efetivação de norma constitucional específica, seja por meio de atividade legislativa, seja por meio de atividade administrativa, desde que a omissão possa de algum modo prejudicar a efetividade da norma constitucional, de acordo com Mendes (2008, p. 07-08). Prossegue o autor afirmando que o parâmetro utilizado para controle na análise e no julgamento de

---

<sup>33</sup> Art. 21, Lei nº 9.868/99: O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

uma ADO é a Constituição em vigor, assim como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, no início, entendia que a decisão que declarava a inconstitucionalidade por omissão concedia à Corte, somente, o poder de cientificar o órgão responsável por sanar a omissão, a fim de que este preenchesse a lacuna existente. Então, uma vez reconhecida pelo STF à omissão, este deveria informar àquele capaz de sanar a omissão, visando à adoção das medidas cabíveis, sendo que em caso de órgão administrativo este tem o prazo de 30 (trinta) dias para suprir a omissão indicada.

Com o passar do tempo o STF mudou o seu entendimento, especialmente diante da grande demora no preenchimento da lacuna pelo órgão responsável, o que fez com que Corte mudasse a sua postura, passando a defender a possibilidade de proferir decisão capaz de regulamentar a matéria objeto da demanda, regulamentação que pode durar tanto por prazo determinado quanto pode se estender até o momento em que o órgão responsável preencha o vazio indicado. Nesses casos, verifica-se que o STF exerce uma típica função legislativa, ao reconhecer a possibilidade de regulamentar o tema objeto de declaração de inconstitucionalidade por omissão, mesmo que provisoriamente. Além disso, o STF passou a admitir a possibilidade de indicação para o preenchimento da lacuna, em casos pontuais, diante do prejuízo causado pela omissão legislativa.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto a impugnação ou questionamento direto de dispositivo legal ou de ato normativo, seja ele federal, estadual ou municipal, caracterizando exercício típico de controle de normas, de caráter principal, atuando diretamente sobre a lei ou ato normativo impugnado, segundo Mendes (2008, p. 09).

Do mesmo modo, a ADPF pode basear-se em uma situação concreta para questionar o ato impugnado, hipótese em que a dúvida recai sobre a legitimidade do dispositivo legal diante de sua aplicação no caso concreto, tendo, assim, caráter incidental.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto os atos do Poder Público, em todas as suas esferas, abarcando, inclusive, os atos anteriores à

Constituição, não sendo possível sua utilização, contudo, na hipótese de existência de outro meio capaz de corrigir a lesividade, conforme ensina Palu (2001, p. 263, 266).

Para ajuizamento da ADPF é necessária a controvérsia jurídica sobre a constitucionalidade da lei ou a legitimidade do ato impugnado, assim como ocorre com a ADC, de acordo com Mendes (2008, p. 09). Logo, de acordo com o autor, para a propositura da ADPF é imprescindível a configuração de situação apta a macular a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato impugnado, questionando-se a legitimidade para agir, em situação real e específica, configurando uma incerteza.

Vale destacar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente é cabível nas hipóteses em que não exista outro meio capaz de suplantar a lesão apontada, devendo o juízo de subsidiariedade considerar as outras demandas objetivamente consolidadas no meio constitucional. Assim, para Mendes (2008, p. 09), caso seja cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, não caberá ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que significa dizer que, não sendo cabível a ADI ou ADC, ou seja, não sendo possível resolver a controvérsia constitucional de maneira ampla, geral e imediata, cabível o manejo de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal situação, para o autor, verifica-se nas ações que tratam do controle de legitimidade de direito pré e pós (direito já revogado ou que já teve o efeito esgotado) constitucional e de direito municipal frente à Constituição Federal.

Será cabível a ADPF, de acordo com Mendes (2008, p. 09) objetivando (I) evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, derivada de ato estatal bem como (II) quando relevante a controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, seja ele federal, estadual ou municipal, inclusive aqueles anteriores à norma constitucional (leis pré-constitucionais).

É tarefa árdua a indicação dos preceitos fundamentais constitucionais aptos a ensejar lesão extremamente grave capaz de justificar o processo e o julgamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental. A lesão a preceito fundamental configura-se quando há possibilidade de afronta tanto a um princípio fundamental inserido na ordem constitucional, quanto à disposição que atribua “densidade normativa

ou significado específico a esse princípio” (MENDES, 2008, p. 09), sendo que diversos preceitos fundamentais estão previstos expressamente na norma constitucional.

Julgada a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, as autoridades responsáveis pelo ato questionado serão comunicados, sendo fixada a maneira de interpretação e de aplicação do preceito fundamental, aplicando-se no julgamento das mesmas técnicas decisivas e de modulação utilizadas na ação direta de inconstitucionalidade.

### **2.4.3 Peculiaridades do modelo judicial misto de controle de constitucionalidade**

Nos termos do artigo 102, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o recurso extraordinário é o instrumento processual destinado a garantir a verificação de possível afronta à norma constitucional derivada de decisão judicial proferida em única ou última instância (BRASIL, 1988).

Cabe recurso extraordinário, a ser interposto pela parte vencida, nas hipóteses previstas no inciso III do artigo 102 da CRFB/88, quando a decisão recorrida: (I) contrariar ou ofender diretamente dispositivo constitucional, (II) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, (III) declarar a constitucionalidade de lei estadual impugnada em face da Constituição, (IV) declarar válida lei ou ato de governo local impugnada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

Além disso, para admissão do recurso extraordinário, necessário que o mesmo atenda ao requisito da repercussão geral, conforme determina o §3º do artigo 102 da CRFB/88, sendo considerada a existência, ou não, de questão relevante sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, que extrapolem os interesses subjetivos da demanda (BRASIL, 1988). Mendes (2008, p. 11) ensina, ainda, que será caracterizada a repercussão geral quando a decisão recorrida for contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Não caracterizada a repercussão geral, a

decisão produzirá efeito sobre todos os demais recursos que tratem da mesma matéria, provocando o indeferimento liminar de todos eles.

Aos tribunais de origem cabe a seleção, caso queiram, de um ou mais de um recurso que demonstre a controvérsia, a fim de evitar uma enxurrada de processos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, devendo, nestes casos, sobrestar o andamento das outras demandas, até que a Suprema Corte julgue o caso representativo da controvérsia. Uma vez negada à repercussão geral do caso enviado para julgamento, todos os demais processos que estavam sobrestados deverão ter a sua admissão negada. Porém, na hipótese de caracterização da repercussão geral, o mérito da demanda será analisado, devendo os tribunais de origem, em relação aos processos sobrestados, declará-los prejudicados ou proferirem decisão de retratação.

Presume-se a repercussão geral, de acordo com Mendes (2008, p. 12), quando o tema já tiver sido assim declarado ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão que contrarie súmula ou jurisprudência majoritária da Corte constitucional.

Merece destaque a informação de que a Emenda Constitucional 45/04, que previu a hipótese da repercussão geral, também autorizou o Supremo Tribunal Federal a editar a denominada súmula vinculante, conforme artigo 103-A da CRFB/88, que deverá ser aprovada por decisão de dois terços da casa, tratando de matéria constitucional objeto de reiteradas decisão do mencionado Tribunal, objetivando a superação da controvérsia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas que possam provocar insegurança jurídica bem como repetição e aumento no número de processos, abrangendo, assim, temas relacionados à interpretação de normas constitucionais bem como destas diante de normas infraconstitucionais, que poderão ser federal, estadual ou municipal (BRASIL, 1988).

Para a edição de súmula vinculante também se faz necessária à existência prévia de repetidas decisões sobre matéria constitucional, tendo sido submetida à discussão perante o STF, objetivando a maturidade do tema debatido. Logo, não há que se falar em edição de súmula vinculante com base em decisão isolada, devendo a mesma retratar a jurisprudência dominante do tribunal.

A súmula vinculante, de acordo com Mendes (2008, p. 13), deriva de decisões proferidas em casos concretos, caracterizando o denominado controle de constitucionalidade incidental ou difuso. A sua aprovação, revisão e cancelamento podem ser provocados pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103-A, §2º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Ao STF é permitido, ao editar súmula vinculante, visando à segurança jurídica ou excepcional interesse público - nos termos daquilo que é permitido em sede de controle de constitucionalidade concentrado - por decisão de dois terços de seus membros, restringir os efeitos vinculantes da súmula ou até mesmo determinar que a mesma somente produza efeitos após determinado momento.

Em alguns julgados o STF passou a adotar na modalidade de controle difuso o sistema de modulação de efeitos previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 para o modelo concentrado, de acordo com Jevaux e Zaneti Júnior (2017, p. 333), além de admitir a eficácia transcendente (ao interesse das partes do litígio concreto e à própria decisão), decisões estas que fogem à regra geral de eficácia limitada exclusivamente às partes do processo e que merecem exame dos fundamentos respectivos.

Proferida a súmula, as decisões judiciais deverão respeitá-la, sob pena de cabimento de reclamação perante o STF, conforme determina o §3º do artigo 103-A da CRFB/88 (BRASIL, 1988), sem prejudicar demais recursos cabíveis para impugnação da não observância. Mendes (2008, p. 14) ensina que a reclamação tem seu fundamento de validade na teoria dos poderes implícitos, a fim de assegurar a autoridade das decisões proferidas pela Corte constitucional.

Julgada procedente a reclamação, o Tribunal poderá, segundo Mendes (2008, p. 14): (I) avocar o conhecimento do processo no qual se constate a usurpação de sua competência, (II) determinar a remessa dos autos do recurso para ele interposto, (III) tornar sem efeito a decisão contrária ao seu julgado ou determinar medida apta a gerar a observância de sua jurisdição.

Contudo, é preciso verificar se a própria Corte que editou a súmula vinculante é quem fará o seu controle de constitucionalidade, em especial pelo fato de esta Corte ter como

função primordial a guarda da Constituição, sendo importante analisar se o citado órgão, ao editar uma súmula vinculante, não estaria invadindo competência do legislativo, considerando a edição de norma que produz efeito em todas as demais esferas judiciais.

## 2.5 UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A unidade do ordenamento jurídico consiste na hierarquia conferida pela norma constitucional, que ocupa o topo da pirâmide das normas legais, não dependendo de nenhuma outra norma para ter validade, sendo ela a responsável pela sistematização das demais normas infraconstitucionais.

De acordo com a Constituição brasileira em vigor, em seu artigo 5º, §2º<sup>34</sup>, a norma constitucional é um sistema que aceita e incorpora tratados internacionais (BRASIL, 1988), como ensina Jeveaux (2008, p. 180).

A unidade é outra característica do ordenamento jurídico, segundo Bobbio (1999, p. 71) caracterizando um conjunto de normas entre as quais existe uma ordem, que deve ser encarada como uma forma de harmonização da norma com outras normas e dela com todo o sistema, afirma que o ordenamento jurídico é composto por diversas normas, o que o torna complexo, o que não lhe retira a sua unidade:

Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade do ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. (BOBBIO, 1999, p. 48-49, grifo do autor)

---

<sup>34</sup> Art. 5º, §2º, CRFB/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A norma suprema foi chamada de fundamental por Kelsen (1999, p. 155-156), sendo ela a que estrutura a unidade do ordenamento jurídico, por meio da elaboração de um sistema hierarquizado de normas, no qual as normas inferiores são criadas pelas superiores, sendo estas o fundamento de validade e de existência daquelas, sendo a “norma fundamental”, o fundamento de validade de todas as normas que integrem tal ordenamento jurídico.

Para a formação de um conjunto de normas como sendo uma espécie de ordenamento jurídico, imprescindível a sua unidade, a qual ocorrerá por meio de um escalonamento no qual há uma estrutura hierárquica para dispor as normas, nos termos do ensinamento de Bobbio (1999, p. 48). Pela construção escalonada do ordenamento é que será possível a busca da sua unidade, por meio da norma fundamental sustentada por Kelsen (1999, p. 155) como sendo o mecanismo de unificação de todo o ordenamento.

O poder constituinte, de acordo com Silva (2009, p. 05), é quem detém legitimidade para fixar normas válidas, as quais serão impostas a todos aqueles mencionados na CFRB/88, podendo, ainda, impor à coletividade a obrigação de respeito a tais comandos legais. Assim, as normas infraconstitucionais encontrarão seu fundamento de validade na Constituição, situação que perdurará até a aplicação da lei ao caso concreto, o que levará à geração da unidade do ordenamento jurídico, segundo Bobbio (1999, p. 59).

### 3 DOS ATOS NORMATIVOS SUJEITOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quais os atos sujeitam-se ao controle de constitucionalidade? Quais atos podem ser impugnados por meio de ação de controle de constitucionalidade?

De acordo com a Lei nº 9.868/99, a qual trata do “processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, em seu artigo 3º<sup>35</sup>, a petição inicial da ação de controle de constitucionalidade indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, com os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações apresentadas (BRASIL, 1999).

Nos termos da previsão contida no artigo 59<sup>36</sup> da CRFB/88, são espécies normativas sujeitas ao processo legislativo: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (BRASIL, 1988). Tais espécies submetem-se ao controle de constitucionalidade. Além delas, existem, ainda, os denominados atos normativos, tais como: atos estatais com conteúdo simplesmente derogatório (hipótese de resolução administrativa, desde que incida sobre atos de natureza normativa); resoluções administrativas de Tribunais. Sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, também, os tratados e as convenções internacionais.

---

<sup>35</sup> Art. 3º, Lei nº 9.868/99: A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

<sup>36</sup> Art. 59, CRFB/88: O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência no tocante ao controle de constitucionalidade concentrado, de acordo com Mota e Douglas (2002, p. 81), admite a ação quando o ato impugnado apresentar a característica de espécie normativa, a qual se configura por meio dos seguintes elementos: coeficiente de abstração, autonomia jurídica, impessoalidade e eficácia vinculante das determinações nela inseridas.

Os atos normativos podem ser classificados em (I) geral ou (II) individual, de acordo com o seu destinatário. Os primeiros, também chamados de atos normativos, são espécie de “atos administrativos gerais ou regulamentares” sem destinatários definidos, tendo função normativa, atingindo todo e qualquer sujeito que se enquadre na situação fática amparada pelos preceitos do ato editado, expressando atos de comando “abstrato e impessoal”, assemelhando-se, assim, aos comandos da lei, sendo, por isso, revogáveis a qualquer momento pelo órgão da Administração Pública que o editou, cabendo questionamento judicial exclusivamente para verificação de sua constitucionalidade ou não. A partir do momento em que os comandos abstratos dos atos gerais ou normativos tornam-se um evento concreto, em decorrência de ato da Administração, caberá a impugnação por parte daquele que se sentir lesado, de acordo com Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2012, p. 174).

Os atos gerais ou normativos prevalecem sobre os atos individuais, mesmo que oriundos do mesmo órgão da Administração Pública, da mesma autoridade, citando como exemplos os regulamentos, as instruções normativas e as circulares ordinatórias de serviços, segundo Meirelles, Aleixo e Burle Filho Meirelles (2012, p. 174). Além disso, de acordo com o doutrinador, na hipótese dos atos gerais ou normativos terem efeitos externos, os mesmos dependerão de publicação no órgão oficial competente, a fim de que entrem em vigor e passem a produzir os resultados jurídicos pretendidos, afinal os destinatários somente estarão sujeitos às determinações do ato após a sua divulgação. Verifica-se, assim, que o ato normativo é mais genérico que o ato individual.

A expressão “ato normativo”, de acordo com Ferreira Filho (2015, p. 213-214), em seu sentido amplo, abrange tanto a elaboração de normas individuais quanto a de normas gerais; porém, de acordo com o autor, a ideia mais comumente transmitida pela

expressão é a de normas gerais, salientando que as normas individuais estão contidas nas gerais.

Os atos primários, ensina Ferreira Filho (2015, p. 214-215), tendem a ser gerais ou individuais (terminologia utilizada por Kelsen): os primeiros apresentam comandos genéricos - chamados de “atos legislativos” - estando nessa categoria tanto a lei ordinária quanto a medida provisória; os atos individuais, por sua vez, tratam de uma situação de maneira singular, aí estando os decretos legislativos e também as resoluções.

Os atos secundários, por sua vez, decorrem dos atos primários, devendo respeitar as normas previstas por estes; aqui também é possível a distinção entre atos gerais e atos particulares ou individuais: exemplos dos primeiros são os regulamentos; exemplos da segunda espécie são os atos destinados à aplicação de normas gerais a indivíduos de maneira particular e individualizada, englobando tanto os atos administrativos quanto os atos jurisdicionais *stricto sensu* (FERREIRA FILHO, 2015, p. 215).

Ensina Cunha (2010, p. 96) que os atos normativos produzidos pelo Poder Público submetem-se ao controle de constitucionalidade, elencando como características de tais atos (I) a tradução de normas (II) as quais são elaboradas pelo Poder Público, entendendo não ser possível o controle concentrado de constitucionalidade de atos derivados de autonomia de vontade entre partes privadas.

Desse modo, no presente capítulo, abordaremos as espécies legislativas e os atos normativos sujeitos ao controle de constitucionalidade, abordando, ainda, as decisões vinculantes proferidas pelos tribunais de justiça nacionais.

### **3.1 ESPÉCIES DE ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELO PODER LEGISLATIVO**

O processo legislativo está inserido no artigo 59 da CRFB/1988, que integra o Título IV – “Da organização dos Poderes”, Capítulo I – “Do Poder Legislativo”, Seção VIII – “Do processo legislativo”, Subseção I – “Disposição geral” (BRASIL, 1988).

Para Guimarães:

O termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas. (GUIMARÃES, 2016, p. 59)

A seção que trata do processo legislativo regulamenta a elaboração de leis do tipo *lato sensu*, de acordo com Ferreira Filho (2015, p. 213).

A subseção II trata da emenda constitucional por meio do artigo 60 da CRFB/1988.

A subseção III trata das leis nos artigos 61 a 69 da CRFB/1988, sendo que o artigo 61 trata de lei complementar e de lei ordinária, o artigo 62 trata de medida provisória, o artigo 68 aborda as leis delegadas, enquanto o artigo 69 trata das leis complementares.

Abaixo analisaremos, de maneira sucinta, cada uma das espécies legislativas mencionadas.

### **3.1.1 Emenda constitucional**

As regras do processo legislativo da emenda constitucional estão inseridas no artigo 60, I, II e III e §§ 2º e 3º: os incisos I a III apresentam o rol de legitimados a proporem a EC; os §§2º e 3º tratam do procedimento para tramitação da EC.

As emendas constitucionais são leis materialmente constitucionais, contudo, no tocante à formalidade, as mesmas são distintas das normas originárias, eis que elaboradas pelo poder constituinte de revisão, de acordo com Ferreira Filho (2015, p. 213).

O poder constituinte originário, ilimitado, incondicionado, com capacidade para criar uma nova Constituição, não deve se ater a textos anteriores. O derivado, contudo, tem como competência a alteração formal da Constituição, sendo, assim, subordinado, condicionado, subdividindo-se em reformador e decorrente: aquele tem por objetivo a reformulação do texto e da norma constitucional de acordo com os limites fixados pelo constituinte originário; este, ao seu turno, tem a capacidade de criar e de reformar as Constituições estaduais das unidades federativas.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é rígida, ela exige procedimento mais rigoroso para a sua alteração, o qual foi definido pelo poder constituinte originário.

A emenda constitucional deve ser caracterizada como ato infraconstitucional enquanto for apenas projeto legislativo, adquirindo a natureza de norma constitucional somente no momento em que efetivamente ingressar no ordenamento jurídico, o que ocorrerá na hipótese de observância do procedimento previsto pelo constituinte originário, regra prevista no artigo 60, da CRFB/1988, que elenca (I) quem pode propor emenda constitucional, (II) em quais momentos, havendo vedações circunstanciais, e (III) sobre quais matérias, havendo vedações materiais.

São legitimados a apresentarem emenda à Constituição, nos termos do artigo 60, I, II e III da CRFB/1988: (I) membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, observado o limite mínimo de 1/3 da composição da casa proponente; (II) o Presidente da República; (III) as Assembleias Legislativas estaduais (ideia da apresentada na Constituição de 1967), desde que o número<sup>37</sup> corresponda a mais da metade das existentes, devendo cada uma delas se manifestar por meio da maioria relativa de seus membros (BRASIL, 1988).

---

<sup>37</sup> Ferreira Filho (2015, p. 215) explica que se exige quórum de maioria qualificada para o número de Assembleias Estaduais e o quórum simples em cada uma dessas Assembleias.

Em determinadas situações – limitações circunstanciais - não é possível à propositura de emenda constitucional, conforme regra inserida no §1º do artigo 60 da CRFB/1988 pelo constituinte originário, sendo proibida a apresentação dessa espécie legislativa nas seguintes situações: (I) estado de sítio, (II) estado de defesa, (III) intervenção federal (BRASIL, 1988).

As limitações materiais, também chamadas de “cláusulas pétreas”, sofridas pela emenda constitucional encontram-se prevista no §4º do artigo 60 da CRFB/1988, que impossibilitam a propositura de emenda que pretenda abolir: (I) a forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; (IV) os direitos e as garantias individuais (BRASIL, 1988).

Ao tratar das cláusulas pétreas, Ferreira Filho (2015, p. 216), informa que: (I) a proibição de abolir a forma federativa foi apresentada inicialmente na Constituição de 1891, somente não aparecendo na Constituição de 1937; (II) foi suprimida a ideia de vedação de abolição da forma de governo – república, que vinha desde a Constituição de 1891; (III) foi introduzida a vedação sobre o voto direto, secreto, universal e período; (IV) outra novidade foi à proteção à separação dos poderes<sup>38</sup>; (V) finalmente, a inovação no tocante à proteção conferida aos direitos e garantias individuais.

Apresentada a emenda, a mesma deverá ser discutida e votada em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso, devendo ser aprovada, em cada Casa e em cada turno, por 3/5 dos seus componentes, conforme previsão do §2º (BRASIL, 1988).

Após discussão e votação, a promulgação da EC será feita pelas Mesas de cada Casa do Congresso, respeitado o número de ordem, nos termos da regra inserida no §3º (BRASIL, 1988). Desse modo, pode-se dizer que inexistente sanção de EC, cabendo à decisão sobre sua viabilidade exclusivamente ao Congresso Nacional, que representa a população.

---

<sup>38</sup> De acordo com Ferreira Filho (2015, p. 216), a ideia de separação dos poderes é incompatível com alguns institutos previstos na Constituição, citando a lei delegada e a medida provisória.

Além das limitações narradas, que são denominadas de explícitas, há as vedações implícitas, as quais se referem (I) à maneira de elaboração de normas constitucionais e (II) à proibição de simples supressão de dispositivos referentes às vedações materiais.

As emendas constitucionais, ensina Clève (2000, p. 197), sujeitam-se ao controle abstrato de constitucionalidade, devendo observar as limitações circunstanciais e as procedimentais, além das materiais expressas e das implícitas.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento sobre a possibilidade de cabimento de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. (ADI 2.356/DF MC, Relator do acórdão Ministro Ayres Britto, julgado em 25.11.2010, publicado em 19.5.2011)

Assim, resta evidenciado que tanto a doutrina quanto o STF entendem pelo cabimento de controle de constitucionalidade sobre emenda constitucional.

### **3.1.2 Leis complementares**

Lei complementar, nos termos do artigo 69 da CR (BRASIL, 1988), é aprovada por quórum de maioria absoluta, ou seja, metade mais um dos existentes. Além disso, esta espécie legislativa trata de matéria expressamente prevista na CRFB/88, ou seja, trata de matéria específica, delimitada pelo constituinte, tendo, assim, requisito material e requisito formal.

Matéria que deva ser tratada por meio de lei complementar não pode ser objeto nem de medida provisória nem de lei delegada, nos termos dos artigos 62<sup>39</sup>, §1º e 68<sup>40</sup>, §1º, ambos da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

---

<sup>39</sup> Art. 62, CRFB/88: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

<sup>40</sup> Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

A diferença básica entre a lei ordinária e a lei complementar está no quórum de votação - aquela é aprovada por maioria simples, enquanto esta é aprovada por maioria absoluta, nos termos dos artigos 47<sup>41</sup> e 69 da CRFB/1988, respectivamente - esclarecendo que a distinção ocorreu diante de maior valor dado pelo constituinte originário aos temas sujeitos à LC, tendo como pilares a matéria – que foi previamente definida pelo constituinte originário – e o quórum especial de votação – maioria absoluta.

A LC poderá ser proposta por/pelo(s): (I) qualquer membro ou Comissão de uma das Casas do Congresso Nacional ou do próprio CN, (II) Presidente da República, (III) Supremo Tribunal Federal, (IV) Tribunais Superiores, (V) Procurador-Geral da República, (VI) iniciativa popular, nos termos da previsão contida no *caput* do artigo 61<sup>42</sup> da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Sobre a iniciativa popular o §3º do artigo 60 da CRFB/88 determina que a mesma possa ser exercida por meio de apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados assinado por 1% (um por cento) do eleitorado nacional, no mínimo, desde que tal percentagem seja espalhada entre 05 (cinco) unidades federativas, com pelo menos

---

<sup>41</sup> Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

<sup>42</sup> Art. 61, CRFB/88: A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

0,3% (três décimos) de eleitores de cada um dos estados que assinam o documento (BRASIL, 1988).

Cabe, porém, exclusivamente ao Presidente da República, nos termos do §1º do artigo 61 da CRFB/88, a iniciativa de LC que trate de: (I) fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas, (II) criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e em autarquias ou de aumento em suas remunerações, (III) organização administrativa ou judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios existentes; (IV) regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de servidores públicos da União e dos Territórios; (V) organização do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, além das normas gerais organizacionais do Ministério Público e da Defensoria Pública das unidades federativas, do Distrito Federal e dos Territórios; (VI) criação e extinção de Ministérios e de órgãos da administração pública, respeitada a matéria submetida aos decretos, nos termos da previsão contida no artigo 84<sup>43</sup>, VI; (VII)

---

<sup>43</sup> Art. 84, CRFB/88: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

militares integrantes das Forças Armadas, bem como do regime jurídico destas, além do provimento, promoção, estabilidade e remuneração dos cargos, incluindo-se os temas referentes à reforma e a transferência para a reserva (BRASIL, 1988).

A discussão do projeto de LC ocorrerá tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, e, na hipótese de aprovação, a sanção será de competência do Presidente da República, conforme regras estabelecidas nos artigos 64<sup>44</sup>, 65<sup>45</sup> e 66 da CRFB/88. No caso de veto, o mesmo poderá ser rejeitado, hipótese em que a lei deverá ser promulgada em até 48h (quarenta e oito horas), sob pena de ser feita pelo Presidente do Senado Federal.

A publicação da LC será de responsabilidade daquele que a promulgar.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade 29, do Distrito Federal, na qual era analisada a Lei Complementar nº 135/2010 (lei da ficha limpa), decidiu expressamente pela possibilidade de cabimento de controle de constitucionalidade sobre tal espécie normativa:

---

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

<sup>44</sup> Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

§ 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

<sup>45</sup> Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

### 3.1.3 Leis ordinárias

As leis ordinárias tratam de matérias residuais, ou seja, aquilo que não foi delegado à lei complementar pelo constituinte originário, nem ao decreto legislativo nem às resoluções, será tratado pela LO, isto é, a competência da LO é obtida por meio de processo de exclusão.

O processo de criação da LO segue o mesmo rito estabelecido para a lei complementar, ou seja: a LO poderá ser proposta por/pelo(s): (I) qualquer membro ou Comissão de uma das Casas do Congresso Nacional ou do próprio CN, (II) Presidente da República, (III) Supremo Tribunal Federal, (IV) Tribunais Superiores, (V) Procurador-Geral da República, (VI) iniciativa popular, nos termos da previsão contida no *caput* do artigo 61 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Cabe, porém, exclusivamente ao Presidente da República, nos termos do §1º do artigo 61 da CRFB/88, a iniciativa de LO que trate de: (I) fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas, (II) criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e em autarquias ou de aumento em suas remunerações, (III) organização administrativa ou judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios existentes; (IV) regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de servidores públicos da União e dos Territórios; (V) organização do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, além das normas gerais organizacionais do Ministério Público e da Defensoria Pública das unidades federativas, do Distrito Federal e dos Territórios; (VI) criação e extinção de Ministérios e de órgãos da administração pública, respeitada a matéria submetida aos decretos, nos termos da previsão contida no artigo 84, VI; (VII) militares integrantes das Forças Armadas, bem como do regime jurídico destas, além do provimento, promoção, estabilidade e remuneração dos cargos, incluindo-se os temas referentes à reforma e a transferência para a reserva (BRASIL, 1988).

A regra para apresentação de projeto de lei ordinária por meio de iniciativa popular é a mesma da adotada para o caso de lei complementar, nos termos da previsão do artigo 61, §3º da CRFB/88.

A discussão do projeto de LO será o mesmo da LC, isto é, ocorrerá tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, e, na hipótese de aprovação, a sanção será de competência do Presidente da República, conforme regras estabelecidas nos artigos 64, 65 e 66 da CRFB/88. No caso de veto, o mesmo poderá ser rejeitado, hipótese em que a lei deverá ser promulgada em até 48h (quarenta e oito horas), sob pena de ser feita pelo Presidente do Senado Federal.

A publicação da LO será de responsabilidade daquele que a promulgar.

Os projetos de LO podem ser classificados de acordo com o prazo de sua tramitação, sendo denominados de “leis de tramitação sem prazo” quando não há urgência em sua tramitação, hipótese em que será observado o procedimento supra mencionado; serão chamados de “leis de tramitação com prazo, em regime de urgência”, nos casos de projetos de LO que forem de competência do Presidente da República, quando os mesmos deverão ser analisados no prazo máximo de até 100 (cem) dias, sob pena de sobrestamento das demais deliberações das Casas.

### **3.1.4 Leis delegadas**

As leis delegadas estão previstas nos artigos 59, IV e 68 da CRFB/88, caracterizando-se por serem uma exceção ao princípio da indelegabilidade de atribuições de um Poder para o outro, devendo o Presidente da República solicitar delegação ao Congresso Nacional, ou seja, o Legislativo delegará, por meio de resolução, parte de sua atribuição ao Presidente da República, desde que este solicite aquele.

A resolução que conceder a competência ao Presidente da República para elaborar a LD delimitará o conteúdo desta bem como a forma de seu exercício, podendo ou não haver

apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, de acordo com as regras fixadas; que na hipótese de não apreciação da resolução pelo CN, a sanção é dispensada, passando-se direto a fase de promulgação.

Não cabe alteração do conteúdo do projeto de lei delegada, diante da votação única, sendo proibida qualquer espécie de emenda, nos termos da regra do §3º do artigo 68 da CRFB/88; também não há que se falar em veto de LD, afinal, pouco crível que o Presidente da República vetaria algo elaborado por ele próprio.

Não poderão ser objeto de delegação as seguintes matérias: (I) de competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos dos artigos 49, 51<sup>46</sup> e 52 da CRFB/88, (II) de organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, (III) sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, eleitoral, (IV) de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento, (V) reservadas à LC.

O controle de constitucionalidade das leis delegadas pode incidir tanto sobre a lei delegante (resolução) quanto sobre a lei delegada, cabendo ao STF à verificação do ato de delegação, analisando se estão preenchidos os requisitos exigidos pela norma constitucional no tocante à forma e a matéria sujeita à delegação; no tocante à lei delegada, deverá o STF analisar se não foi extrapolado o limite estabelecido pela resolução (CLÈVE, 2000, p. 200).

### **3.1.5 Decretos legislativos**

---

<sup>46</sup> Art. 51, CRFB/88: Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê expressamente o processo legislativo de criação dos decretos legislativos, os quais se destinam a regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, matérias estas que estão previstas no artigo 49 da CRFB/88<sup>47</sup> (BRASIL, 1988), com produção de efeitos exteriores ao próprio Congresso, não se sujeitando a sanção ou a veto, conforme ensina Silva (2005, p. 524).

Utiliza-se o decreto legislativo para (I) referendar atos praticados pelo Presidente da República, (II) aprovar atos que dependem de autorização prévia do Congresso Nacional, (III) aprovar atos que tratem de assuntos de interesse do CN, (IV) apreciar as contas apresentadas pelo Presidente da República.

Sobre o processo de criação do DL, em algumas situações, o início do procedimento dependerá do Presidente da República, havendo, contudo, casos em que a iniciativa caberá ou a membro do CN ou a uma de suas comissões; a discussão do DL ocorrerá no

---

<sup>47</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

- I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;
- III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;
- IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;
- V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- VI - mudar temporariamente sua sede;
- VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;
- VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;
- IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
- X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;
- XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
- XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;
- XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;
- XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;
- XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;
- XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

CN; a aprovação é por meio de maioria simples, conforme determina o artigo 47 da CRFB/88; a promulgação cabe ao Presidente do Senado Federal, que também será o responsável por determinar a publicação do DL.

Os decretos legislativos, de acordo com Ferreira Filho (2015, p. 213), são leis em sentido formal, porém, não apresentam matéria de lei, eis que não editam regras de direito geral e impessoal, tal como ocorre com as resoluções.

### **3.1.6 Resoluções**

As resoluções são leis em sentido formal, porém, não apresentam matéria de lei, eis que não editam regras de direito geral e impessoal, ensina Ferreira Filho (2015, p. 213).

As resoluções, via de regra, expressam atos normativos fixados pelos regimentos de cada casa legislativa bem como pelo regimento do CN, contudo, o constituinte originário não estabeleceu os atos a serem tratados por meio de resoluções, com exceção do caso da delegação, única situação expressamente prevista (artigo 68, §2º, da CRFB/88) (BRASIL, 1988), a ser expedida por meio dessa espécie legislativa.

Sobre o procedimento para criação das resoluções, vale destacar que: (I) a iniciativa será do CN, respeitada a forma fixada pelo regimento; (II) a discussão será na Casa do CN responsável por expedir a resolução; (III) a votação será por meio de maioria simples; (IV) não há sanção, eis que é matéria privativa ou do Senado Federal ou do Congresso Nacional; (V) a promulgação é feita pela Mesa da casa legislativa que expedir a resolução, sendo que no caso desta ter sido expedida pelo CN a promulgação caberá ao Senado Federal; (VI) a publicação será de responsabilidade da casa que a houver expedido.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê expressamente o processo legislativo de criação das resoluções, assim como ocorre com os decretos legislativos, sendo a finalidade daquelas, de acordo com Silva (2005, p. 524), a

regulamentação de matéria de competência do Congresso Nacional e das casas que o compõem, com produção de efeitos internamente, como ocorre com o regimento interno da Câmara dos Deputados, o qual é aprovado por meio de uma resolução; porém, há casos em que as resoluções produzirão efeitos externos, como ocorre com a delegação legislativa, nos termos do artigo 68, §2º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

### **3.2 MEDIDA PROVISÓRIA - ATO NORMATIVO EXPEDIDO PELO PODER EXECUTIVO**

As medidas provisórias são atos normativos editados exclusivamente pela vontade do Presidente da República, sendo expedidas em caso de relevância e urgência, nos termos da previsão contida no caput do artigo 62 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Além disso, as medidas provisórias estão inseridas no rol do artigo 59 da CRFB/88. Silva (2005, p. 524) informa, contudo, que as mesmas não estavam ali previstas no texto primário, asseverando que a ausência era correta<sup>48</sup>, eis que as medidas provisórias não se submetem ao mesmo processo legislativo das demais espécies de atos normativos elencados no mencionado artigo, sendo fruto exclusivo de decisão do Presidente da República, a quem a sua edição.

As medidas provisórias caracterizam uma espécie de exceção ao princípio segundo o qual cabe ao Poder Legislativo à competência para a edição de atos que criem obrigações, ou seja, de leis; explica que a lei é fruto de trabalho do Legislativo, subordinado a procedimento inserido na Constituição, apto à criação de novos direitos e novos deveres; acentua que, apesar de não ser criada pelo Legislativo, sendo fruto de uma única pessoa - Presidente da República, único com competência para a sua edição - a medida provisória tem força de lei (artigo 62, *caput*, CRFB/88) (BRASIL, 1988), porém, não é uma lei; informa que até a EC 32/2001 as medidas provisórias não tinham

---

<sup>48</sup> Silva (2005, p. 524) afirma: “Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88”.

qualquer tipo de limitação, o que possibilitava que os mais variados temas fossem tratados por meio de MP.

A EC 32/2001 trouxe alterações às medidas provisórias, estabelecendo limites materiais e procedimentais para as mesmas.

Determina o §1º do artigo 62 da CRFB/88 a impossibilidade de MP referente aos seguintes temas: (I) nacionalidade, cidadania, (II) direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (III) direito penal, processual penal e processual civil; (IV) organização do Poder Judiciário, a carreira e a garantia de seus membros; (V) organização do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (VI) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvada a previsão do artigo 167, § 3º<sup>49</sup>, que trata da possibilidade de abertura de crédito

---

<sup>49</sup> Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

§ 2º Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício,

extraordinário em caso de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; (VII) detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (VIII) reservada exclusivamente para lei complementar; (IX) tratado previamente em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, estando somente aguardando sanção ou veto presidencial (BRASIL, 1988).

A publicação de MP suspende a eficácia de lei anterior que trate do mesmo tema; aprovada a MP, a lei que aborde matéria semelhante será revogada; rejeitada a MP, a lei anterior volta a produzir efeitos, diante do ato de vontade emanado pelo Poder Legislativo, que expressou a intenção de rejeitar a matéria da forma como tratada na MP.

Característica própria da MP é que a mesma surge como diploma normativo tão somente pela exteriorização de vontade exclusiva do Presidente da República, sendo levada à discussão no Congresso Nacional somente após o seu nascimento - isto é, somente após o momento em que começa a produzir efeitos - devendo a Casa apreciá-la no prazo de 60 (sessenta) dias; em caso de aprovação, que deverá ser expressa, a MP é transformada em lei; a não apreciação da MP no prazo indicado não significa a sua rejeição; caso a MP seja rejeitada, o Congresso Nacional deverá regulamentar o tema por meio de decreto legislativo.

As medidas provisórias produzem efeitos pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, perdendo sua eficácia desde o seu nascimento caso o Congresso Nacional não a aprove no período indicado, cabendo uma única prorrogação de mesmo lapso temporal; caso o Congresso

---

caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

§ 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.

Nacional não converta a MP em lei, o tema tratado naquela deverá ser regulamento por ele por meio de decreto legislativo; o prazo de 60 (sessenta) dias é contado a partir do momento da publicação da MP, sofrendo suspensão nos períodos de recesso<sup>50</sup> do CN; a votação da MP tem início da Câmara dos Deputados; não é possível a reedição de MP rejeitada, ou sem eficácia, na mesma sessão legislativa (artigo 62 §§3º, 4º, 7º, 8º e 10, CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Caso a discussão sobre a medida provisória não ocorra no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação, a mesma entrará no denominado “regime de urgência” em cada uma das Casas que compõem o Congresso Nacional, causando o sobrestamento das outras espécies legislativas em tramitação até a conclusão da votação da MP, nos termos do §6º do artigo 62 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Na hipótese do Congresso Nacional não aprovar o texto da MP, o tema nela tratado deverá ser regulamento por meio de decreto legislativo; caso o CN não o edite, as relações estabelecidas durante a eficácia da MP permanecerão válidas, mantendo-se regidas por ela, nos termos do §11 do artigo 62 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Se o texto original da MP seja alterado, ou seja, na hipótese de aprovação de projeto de lei de conversão, a MP produzirá efeitos até o momento de sanção ou de veto do citado projeto, conforme determina o §12 do artigo 62 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

O controle de constitucionalidade, de acordo com Clève (2000, p. 200-201), incide tanto sobre a medida provisória quanto sobre a lei que a converter, sendo possível o controle de constitucionalidade da MP em três situações distintas: (I) sobre os pressupostos de habilitação, analisando se eles estão ou não presentes (hipótese da urgência e de relevante interesse público), (II) sobre a matéria objeto da medida provisória (verificar a existência de regramento legislativo próprio ou não), (III) sobre a constitucionalidade da matéria em si (verificação formal e substancial das normas e dos princípios inseridos pelo constituinte originário).

---

<sup>50</sup> Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

O Poder Judiciário, de acordo com Palu (2001, p. 242, 246-247), tem competência para apreciar a relevância e a urgência da matéria a fim de justificar a edição de medida provisória, salientando, contudo, que o STF não comunga da mesma opinião:

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal entende ser exclusivamente dos Poderes Executivo e Legislativo a tarefa de aferir os requisitos da “urgência e relevância” para a edição das MPs, bem assim ser possível a criação ou a majoração de tributos por tal instrumento legislativo.

Não é a melhor orientação, *data venia*. As medidas provisórias foram desvirtuadas de sua finalidade original, a de serem um instrumento ágil e célere, convenientemente utilizado em situações de “relevância e urgência”; foram transformadas em um instrumento de imposição unilateral da vontade executiva, atentando contra a segurança jurídica, absorvendo as funções legislativas, tornando ainda mais débil o controle de constitucionalidade.

A edição imoderada e incontrolada de medidas provisórias introduz, sem dúvida, em nosso sistema institucional, um inaceitável fator de deformação do princípio da separação de poderes, deslocando, indevidamente, para a esfera do Poder executivo o processo de formulação das normas legais, em detrimento de uma prerrogativa essencial que, nos regimes democráticos, mesmo após o advento do Estado Social, ainda entrega a concreção de normas genéricas ao Poder Legislativo. (PALU, 2001, p. 246-248)

A conversão da medida provisória em lei, sem alteração do texto, não prejudicará eventual ação direta de inconstitucionalidade que esteja em curso, conforme leciona Palu (2001, p. 219), afirmando o autor que a sua promulgação, com observância do texto originário na integralidade, torna definitiva a sua vigência, gerando eficácia *ex tunc*, desde que mantida a sua identidade original e o seu conteúdo normativo.

## 4 SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante, introduzida no ordenamento jurídico pelo constituinte derivado por ocasião da promulgação da EC 45/04, teve como razão subjacente a redução do número de recursos para o Supremo Tribunal Federal, que conta com poucos juízes. O Conselho Nacional de Justiça apresentou o primeiro relatório analítico do STF e mostrou números alarmantes (BRASIL, 2017a):

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, apresentou nesta sexta-feira (30/6), durante a reunião plenária do STF, o primeiro relatório analítico das atividades da instância máxima do Judiciário brasileiro. O relatório Supremo em Ação, um trabalho inédito elaborado a seu pedido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ, engloba temas como litigiosidade, recursos humanos, despesas e receitas, além de retratar tendências de atuação do Tribunal ao longo do tempo.

O levantamento mostra que o número de processos em tramitação no Supremo caiu. No período de 2009 a 2016, tramitaram 723.579 processos acionados por 64.356 partes e que resultaram em 842.573 decisões. A quantidade de processos que passaram pelo STF – soma de casos baixados e casos pendentes – reduziu ao longo do tempo, numa proporção de 21,4% entre 2009 e 2013, voltando a crescer um pouco em 2014 (4,5%) e 2015 (2,1%), decrescendo novamente em 2016. O estoque de processos no STF – casos ainda sem solução – caiu de 100.699 em 2009 para 57.437 em dezembro de 2016. Essa queda indica melhora de produtividade do tribunal, apesar do aumento de causas julgadas. É uma importante reversão na tendência de congestionamento da pauta do Supremo. Em 2016, o STF proferiu 117.426 decisões, sendo que 95.276 delas foram terminativas (81%), maior valor dos oito anos pesquisados, o que mostra um incremento da produtividade no último ano. Entre as 22.150 decisões não terminativas, estão consideradas as de caráter liminar, em sede de recurso interno, em sobrestamento, interlocutórias e de repercussão geral. Entre os temas com maior quantidade de processos sobrestados nas instâncias inferiores – que aguardam julgamento no STF por serem matéria de repercussão geral – estão os expurgos inflacionários e planos econômicos.

Entre os 10 temas com maior número de processos sobrestados, que atingem a mais de 950 mil causas, mais de 487 mil, ou 51% do total, são referentes a diferentes planos econômicos e expurgos inflacionários que se repetiram na história recente.

Vê-se que, apesar do esforço dos magistrados da suprema corte, ainda há aproximadamente 47.379 processos em tramitação no STF (BRASIL, 2018). Esse volume surpreendente de processos que chega ao Supremo Tribunal Federal serviu de justificativa para que o legislador constituinte derivado promulgasse a EC 45/04 e criasse a súmula vinculante de forma a obrigar os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como aos que compõem a administração pública direta e indireta, federal, estadual

e municipal a seguir o entendimento da suprema corte e, pior, limitar o número de ações que ocorrem ao Judiciário anualmente.

A lei 11.417/06 regulamentou a matéria e dispôs, em seu artigo 2º, o STF poderá editar enunciado de súmula, que após a regular publicação, vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Além disso, atribuiu eficácia imediata ao novo instituto e contemplou a reclamação como instrumento para corrigir a decisão judicial ou ato administrativo que o contrarie, podendo o STF, em caso de procedência da reclamação, anular o ato impugnado ou cassar a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida, como se extrai do artigo 7º da lei mencionada.

É claro o escopo de inibir o acesso à justiça e legitimar extraordinariamente o Supremo Tribunal Federal para normatizar, por meio de súmulas chamadas vinculantes, o exercício da atividade jurisdicional no país. Pior, obriga os órgãos do Poder Executivo, federal, estadual e municipal, a observar o regramento baixado pela Suprema Corte.

Como corolário do que foi dito, decorre que o jurisdicionado estará impedido de exercer os seus direitos constitucionalmente assegurados, quando os ministros do STF, numa determinada composição política, entenderem que uma norma constitucional não deva ser aplicada ou que deva ser interpretada de forma restrita. Em outras palavras, permitiu-se ao Supremo Tribunal Federal o que é vedado ao constituinte derivado: alterar, limitar ou suprimir o conteúdo dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, em flagrante afronta ao disposto no artigo 60, §4º, IV, da CRFB/88.

Passar-se-á a analisar a parte histórica da súmula vinculante, articuladamente, a fim de que o instituto possa ser melhor compreendido.

#### **4.1 SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL**

No Brasil, o instituto da súmula vinculante é previsto no artigo 103-A, da CRFB/88, regulamentado pela Lei nº 11.417/06, que em seu artigo 1º informa que a mesma “[...] disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências” (BRASIL, 2006), havendo, ainda, regulamentação por meio das Resoluções 381/08 e 388/08, ambas do STF.

Nos termos do artigo 103-A da CRFB/88, a súmula vinculante cria regra de atuação para o Poder Judiciário e para a Administração Pública de acordo com a decisão do STF expressa em seu texto.

A súmula expressa o entendimento consolidado de um Tribunal sobre determinada matéria, ou seja, a existência de vários julgados naquele mesmo sentido expresso na súmula, não sendo, porém, de observância obrigatória, o que a diferencia, em linhas gerais, de uma súmula vinculante, a qual obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e também da Administração Pública.

A súmula instituída pelo STF, de acordo Leal (1981, p. 01, 02, 04), por meio de emenda<sup>51</sup> ao seu Regimento, representa um “método de trabalho”, visando “ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante”, contribuindo, desse modo, “para o melhor funcionamento da Justiça”, sem, contudo, ter efeito vinculante.

Cuidando ainda da *Súmula* como método de trabalho – aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos enunciados – é oportuno mencionar que estes não devem ser *interpretados*, isto é, *esclarecidos* quando ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a *Súmula* é o resultado dessa interpretação, realizado pelo Supremo Tribunal. (LEAL, 1981, p. 11, grifo do autor).

O professor Arnold Wald (1965) narrou a dúvida sobre a possibilidade do STF editar atos normativos vinculantes, atividade específica do Poder Legislativo:

[...] foram suscitadas dúvidas quanto à constitucionalidade do caráter coativo dado aos assentos, o que implicaria no entender de alguns em delegação do Poder Legislativo do Judiciário, alegando outros juristas que a força

---

<sup>51</sup> Emenda ao Regimento do STF publicada em 30/08/1963. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art\\_183\\_3agosto1963.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_183_3agosto1963.pdf)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

vinculatória dada aos assentos restringiria a independência de que necessariamente deve gozar todo juiz ao aplicar a lei.

Os poderes dados ao Supremo, equiparando-o ao legislador, de acordo com Leal (1981, p. 09), por meio de norma constante na Constituição de 1967, norma reproduzida no artigo 119, §3º, c, da Emenda Constitucional 01/1969, colocando fim ao debate acerca da constitucionalidade da súmula, situação que se assemelha à Emenda Constitucional 45/04, que introduziu o artigo 103-A da CRFB/88.

A súmula vinculante produz efeitos a partir da sua publicação, tendo por objeto o futuro e não a consagração da jurisprudência, conforme ensina Abboud (2008, p. 01).

A palavra súmula, de acordo com Rocha (1997, p. 52), tem dois sentidos no direito brasileiro: “[...] como sendo o resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador; no segundo, [...] o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica [...]” expresso de modo previamente definido pela legislação, com observância de número de ordem e publicação da imprensa oficial.

A súmula vinculante pode ser editada de ofício pelo STF ou em decorrência de provocação dos legitimados (são os mesmos da ADI, artigo 2º da Lei nº 9.868/99), conforme determina o §2º do artigo 103-A da CRFB/88 e o artigo 2º da Lei nº 11.417/06:

I) Presidente da República;

II) Mesa do Senado Federal;

III) Mesa da Câmara dos Deputados;

IV) Mesa da Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V) Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal;

VI) Procurador-Geral da República;

VII) Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX) Defensor Público-Geral da União<sup>52</sup>;

X) Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça dos estados ou do Distrito Federal, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares;

XI) Município, de maneira incidental em processo em que seja parte<sup>53</sup> (BRASIL, 2006).

A aplicação da tese da pertinência temática às súmulas vinculantes, assim como ocorre com a ADI, isto é, aquele que provocar um PSV deve ter, dentro de suas finalidades específicas, relação direta com o tema tratado na súmula, alegando a impossibilidade de uma “vigilância jurisprudencial” sobre as decisões proferidas pelo STF, o que evitaria, de acordo com Canotilho (2013, p. 1427), a utilização política e corporativa do instituto da PSV.

A PSV é dirigida ao Presidente do STF, a quem compete à inclusão do processo em pauta, nos termos da Resolução 388/08 do STF (BRASIL, 2008). Ausentes os pressupostos formais para a continuidade da PSV, de acordo com Canotilho (2013, p. 1428), o Presidente do STF determinará seu arquivamento.

A Súmula (sic) é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas

---

<sup>52</sup> Os legitimados indicados nos itens IX a XI foram incluídos pela Lei nº 11.417/06, o que os tornam legitimados exclusivamente para a proposta de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, não constando do rol de legitimados previsto na Lei nº 9.868/99, que trata da ADI.

<sup>53</sup> A propositura de PSV pelo Município não autoriza a suspensão do seu processo, conforme determina o art. 3º, §1º, da Lei nº 11.417/06.

*in abstracto* que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional pelo tribunal que as editou. (Nery Júnior; Nery, 2009, p. 529, grifo dos autores)

A súmula é editada a partir do julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, momento em que o tribunal estabelece a tese jurídica ganhadora, elaborando verbete a ser adicionado em súmula de sua jurisprudência dominante, conforme Nery Júnior e Nery (2009, p. 529).

A tese jurídica expressa na súmula vincula somente o tribunal que a elaborou, autorizando-se os demais órgãos jurisdicionais vinculados ao tribunal proferir decisão divergente da tese jurídica firmada, faculdade estendida àqueles juízes que terão suas decisões revistas, em sede de recurso, pelo tribunal prolator da súmula, podendo os julgadores decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado, sendo permitido a todos os tribunais jurisdicionais pátrios, incluindo o STF, a elaboração de súmulas próprias, sem caráter vinculante, conforme ensinam Nery Júnior e Nery (2009, p. 529).

Logo, é possível concluir, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 529), que os tribunais federais e estaduais, superiores ou não, têm competência para a edição de súmula simples, cabendo exclusivamente ao STF à edição de súmulas vinculantes.

O ordenamento jurídico pátrio autoriza a coexistência de duas súmulas no STF, conforme Nery Júnior e Nery (2009, p. 529-530): simples (ou não vinculante), para aquelas teses derivadas de julgamentos que não atendam aos requisitos previstos no artigo 103-A da CRFB/88; vinculante, hipótese em que a tese firmada deverá atender as regras contidas no artigo 103-A da CRFB/88.

Os órgãos da administração deverão decidir de acordo com as previsões contidas na Constituição, nas leis e atos normativos, nos termos do comando do artigo 37 da CRFB/88<sup>54</sup>, o que também deverá ser observado pelos juízes aos quais ainda é exigido o livre convencimento motivado, não existindo a obrigação de observância das teses

---

<sup>54</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
[...]

integrantes de súmulas simples editadas pelo STF, as quais vinculam somente o próprio STF, conforme ensinam Nery Júnior e Nery (2009, p. 530).

A elaboração de súmula vinculante é de competência exclusiva do STF, possuindo regime jurídico próprio: preenchidos os requisitos do artigo 103-A da CRFB/88 e da Lei nº 11.417/06 (lei da súmula vinculante), a tese adotada pelo STF, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), vincula todos os órgãos do Poder Judiciário nacional e também da administração direta e indireta, em âmbito federal, estadual e municipal, devendo todos estes órgãos decidir nos termos da disposição contida na súmula vinculante.

O mesmo aplica-se ao Poder Legislativo quando do exercício de função administrativa, hipótese em que se sujeita à tese expressa em súmula vinculante do STF; contudo, quando este Poder exerce a atividade jurisdicional *stricto sensu*, como, por exemplo, nas hipóteses do artigo 52<sup>55</sup>, I e II, da CRFB/88, ele não se subordina ao comando contido

---

<sup>55</sup> Art. 52, CRFB/88: Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

em súmula vinculante do STF, uma vez que está no exercício de controle político privativo das atividades jurisdicionais a ele atribuídas pela própria Constituição, conforme ensinam Nery Júnior e Nery (2009, p. 530).

A súmula vinculante brasileira, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 531), assemelha-se ao instituto português denominado assento, pois ambos: (I) traduzem-se por meio de enunciados literais elaborados pelos tribunais supremos; (II) afastam-se dos casos que lhes originaram; (III) possuem força obrigatória geral. Contudo, o instituto português conhecido por assento foi declarado inconstitucional pela corte constitucional portuguesa.

O Tribunal Constitucional Português, informa Castanheira Neves (1994, p. 44), declarou a inconstitucionalidade dos assentos, instituto assemelhado a sumula vinculante, exatamente porque eles criariam normas gerais vinculantes tanto a tribunais quanto a terceiros, o que somente é permitido a lei fazer.

A súmula vinculante é elaborada pelo STF oriunda de decisão de 2/3 de seus Ministros, após reiteradas decisões em âmbito constitucional que tenham como objeto a validade, a interpretação e a eficácia de determinada norma, em relação a qual exista divergência atual entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário, ou entre tais órgãos e a administração pública, provocando séria situação de insegurança jurídica e elevado número de processos sobre o mesmo tema, tendo a súmula vinculante conteúdo normativo geral, somente podendo tratar de matéria constitucional, conforme ensinam Nery Júnior e Nery (2009, p. 531).

---

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Os três poderes subordinam-se à Constituição Federal, conforme ensinamento de Nery Júnior e Nery (2009, p. 531), sendo o STF o seu guardião, nos termos do artigo 102 da CRFB/88, cabendo ao Supremo à edição de súmula vinculante visando interpretar a norma constitucional, ou eventual norma legal confrontada com a Constituição.

As súmulas em vigor, em grande parte, não preenchem os requisitos exigidos para elaboração das súmulas vinculantes previstas no artigo 103-A da CRFB/88, de acordo com Canotilho (2013, p. 1428-1429), que assevera que não basta à adição do requisito do quórum (2/3) para elevar tais súmulas à categoria de súmula vinculante, o que caracterizaria ato discricionário do STF e em total desacordo com a previsão contida na EC 45/04, pois, de acordo com o autor, a reforma do judiciário realizada pela EC 45/04, objetivou concretizar, da forma ampla, o acesso à justiça pelos cidadãos, não pretendendo obstaculizar tal acesso, não sendo, assim, crível na simples conversão das súmulas com a adição do quórum.

A súmula vinculante traduz a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre determinado tema, caracterizando uma “interpretação fixa” sobre o assunto, imposta a todos, guardando semelhança com os “assentos”, conforme ensina Silva (2005, p. 564).

A súmula vinculante apresenta enunciado sintético, geral e abstrato, que expressa à razão de decidir comum às decisões reiteradas proferidas em matéria constitucional pelo STF, devendo os demais órgãos - tanto da Administração direta e indireta quanto do Poder Judiciário - observar o comando nela exarado, de acordo com Jansen (2005, p. 228).

A previsão da súmula vinculante está no artigo 103-A da CRFB/88. Sua finalidade, prevista no §1º, é garantir a validade e a eficácia, além de interpretação, de normas que estejam sendo aplicadas de maneira distinta pelos integrantes do Judiciário, ou que haja divergência entre a aplicação dado por este Poder e aquela dada pelos demais órgãos da administração pública, provocando, assim, tanto insegurança jurídica quanto grande número de processos envolvendo a mesma situação (BRASIL, 1988).

De acordo com Silva (2005, p. 564), em 1843, José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou projeto dando ao Supremo Tribunal de Justiça - que era a maior corte

jurídica do país - a aptidão de julgar, em definitivo, demanda em que fosse dada revista, argumentando que não era possível admitir que as cortes inferiores julgassem de modo diverso do decidido pela corte suprema; em 1855, diante de julgados contraditórios, foi retomada a ideia sobre a necessidade de adoção de interpretação uníssona entre os integrantes do Poder Judiciário, ideia que foi rejeitada sob o argumento de que isso causaria a violação dos princípios de direito público, cabendo exclusivamente ao Poder Legislativo à interpretação autêntica das leis, sendo conferindo-se aos magistrados a capacidade de aplicação da lei ao caso concreto, sendo vedados os “assentos”, figura que equivale as nossas atuais súmulas vinculantes.

A ideia de súmula vinculante é tema repetido, de acordo com Jansen (2005, p. 226), eis que do descobrimento do Brasil até a promulgação da Constituição de 1891 vigorou no país as denominadas ‘fazañas y alvedrios’, posteriormente transformadas nos assentos da ‘Casa de Suplicação’.

Para Mendes Júnior:

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

Os mesmos conceitos e distinções poderiam ser feitos hoje em relação aos julgados e às súmulas vinculantes. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 47)

Para a edição da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, único legitimado para a sua elaboração, pode agir tanto oficiosamente quanto por provocação, sendo a decisão tomada por meio da manifestação de 2/3 (dois terços) dos seus membros, desde que o tema seja objeto de reiteradas decisões, nos termos do *caput* do artigo 103-A da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Publicada a súmula vinculante na imprensa oficial, os órgãos integrantes do Poder Judiciário e aqueles que compõem a administração pública direta e indireta, em âmbito

federal, estadual e municipal, estarão a ela vinculados, conforme determina o *caput* do artigo 103-A da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Determina o mesmo artigo a possibilidade de revisão e de cancelamento da súmula vinculante, o que será decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, mesmo órgão que elaborou o comando.

Tavares destaca que a súmula vinculante tem por objeto a lei em seu sentido *lato sensu*:

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 eficácia, e (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição. (TAVARES, 2009, p. 41)

A observância da súmula vinculante assemelha-se aquela devida as normas oriundas do Poder Legislativo, sendo que ela traduz norma que prescreve, proíbe ou faculta uma certa conduta humana, assemelhando-se à lei, a uma norma jurídica geral, considerando que se aplica a todos de maneira igualitária, destinando-se a situações presentes e futuras, conforme ensina Jansen (2005, p. 239-240).

Os legitimados a proporem ação direta de inconstitucionalidade também poderão propor aprovação, revisão e cancelamento de súmula vinculante, conforme determina o parágrafo 2º do artigo 103-A da CRFB/88 (BRASIL, 1988), são eles, nos termos do artigo 103 da CRFB/88 bem como do artigo 2º da Lei nº 9.868/99: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal bem como a da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e o do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político que tenha representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988; 1999).

Caso algum ato administrativo ou alguma decisão judicial decida de modo diverso ao determinado em súmula vinculante, será possível a propositura de reclamação para o STF: sendo a mesma julgada procedente, o ato administrativo será anulado ou a decisão

judicial será cassada, sendo determinado, ainda, que nova decisão seja dada, podendo ou não haver a incidência da súmula, de acordo com o caso concreto (artigo 103-A, §3º, CRFB/88).

Apesar da previsão constitucional, existem vozes contrárias às súmulas vinculantes, conforme ensina Gomes (1997, p. 127), diante (I) da violação ao princípio da independência judicial, (II) do conflito com o princípio da separação dos poderes, (III) da impossibilidade do Poder Judiciário em editar normas gerais, universais e abstratas, por falta de legitimidade democrática, (IV) da possível invalidação do princípio da tipicidade das leis bem como do juiz natural imparcial, (V) da inobservância do princípio do pluralismo político, o qual sustenta o cabimento de múltiplas interpretações para o mesmo texto legislativo, (VI) do não atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do momento que suprime do julgador a atividade judicial essencial, qual seja, a sua capacidade de autodeterminação, (VII) da eficácia questionável, eis que não poderá impedir o acesso ao Judiciário, sob pena de violação do direito de inserido no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88.

Parte da inspiração da ideia da súmula vinculante deriva do *stare decisis* norte americano, conforme ensina Jansen (2005, p. 236), salientando, porém, a diferença básica entre os institutos: no *stare decisis* o que vincula é a decisão em si - não havendo a figura da súmula, a qual pode ser entendida como um resumo da decisão -, sendo uma forma de segurança jurídica e de respeito aos órgãos superiores de justiça; na súmula vinculante a imposição da norma deriva de emenda constitucional, sendo necessário criar a consciência sobre a mesma naqueles que militam na área jurídica.

As súmulas vinculantes têm poder normativo, de acordo com Jeveaux e Pepino (2012, p. 04), eis que retiram a capacidade de livre decisão dos julgadores, os quais devem seguir os comandos por elas editados.

A súmula vinculante vigora em nosso país como se fosse efetivamente uma lei, uma norma geral e abstrata, de aplicação obrigatória, ressaltando o caráter de disposição legislativa das súmulas, conforme ensinam Streck e Abboud (2015, p. 133-134).

Considerando-se a súmula vinculante como uma espécie de ato normativo, a possibilidade de sua impugnação, via ação direta de inconstitucionalidade, resta evidenciada, de acordo com Andrade (2007, p. 62).

A função jurisdicional, de acordo com Carvalho (1997, p. 181), se sujeita somente a lei e a consciência jurídica, a qual deve ser o guia do julgador, cabendo a ele extrair, por meio da interpretação, o sentido da norma legal aplicável ao caso concreto, sustentando que o magistrado não deve abdicar da atividade de consenso entre a sua consciência jurídica e o fim pretendido pela lei, nem mesmo em nome da celeridade jurisdicional.

As súmulas objetivam obstaculizar os recursos, de acordo com Canotilho (2013, p. 1432), situação que vem desde a Lei nº 8.038/90, o que demonstra que as súmulas já vinculavam, contudo, sem previsão expressa; com a EC 45/04 foi expressa a possibilidade da súmula vinculante, havendo o mecanismo da reclamação caso a mesma não seja aplicada. Sobre o artigo 38<sup>56</sup> da referida lei:

[...] ao editar uma Súmula (sic), o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, 'legislam', ao conceberem a interpretação 'correta' de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, *tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso 'que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.* E não se diga que a exceção constante nas expressões 'nas questões predominantemente de direito' teria o condão de impedir o vício, pela simples razão de serem inócuas, visto que, pela própria Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, repetindo o teor da Súmula 279 do Pretório Excelso, 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'. Ou seja, se as questões não forem 'predominantemente de direito', o recurso não terá guarida por outra razão que não o da contrariedade ao disposto na Súmula do Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça). (STRECK, 1998, p. 148-149, grifo do autor).

A possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF, de acordo com Rocha (1997, p. 58), elevará o órgão ao patamar de "reformador da Constituição", outorgando-lhe poderes para a criação de normas constitucionais, sem, contudo, permitir a participação popular, não autorizando, também, a sua modificação por meio de processo legislativo infraconstitucional.

---

<sup>56</sup> O art. 38 da Lei nº 8.038/90 foi revogado pela Lei nº 13.105/15.

A EC 45/04, ao criar a súmula vinculante, provoca violação ao direito de acesso à justiça, violando, desse modo, a previsão contida no artigo 60, §4º da CRFB/88, que veda qualquer possibilidade de supressão de direitos e garantias fundamentais, por meio das denominadas cláusulas pétreas.

Quanto aos direitos fundamentais deve ser aplicado o princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da eficiência, segundo o qual deve ser dada a uma norma constitucional a interpretação que lhe permita a maior eficácia possível:

Este princípio, também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas [...], é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1999, p. 1149, grifo do autor).

#### **4.1.1 Histórico**

O Supremo Tribunal Federal, desde 1964, consolida a sua jurisprudência dominante por meio de enunciados, os quais recebem o nome de súmula, prática consolidada com o Código de Processo Civil de 1973, quando parte significativa da doutrina passou a conferir à súmula força obrigatória, nos mesmos moldes daquela dada à lei, conforme ensina Canotilho (2013, p. 1425).

A ideia da capacidade vinculante das súmulas ganhou força diante do quadro enfrentado pelo Poder Judiciário, com elevado número de processos, demora excessiva na resolução das demandas e custo alto de manutenção da máquina estatal, fatores, segundo Canotilho (2013, p. 1425-1426), que motivaram parte da comunidade política e jurídica a apresentarem como solução à crise a vinculação constitucional das decisões proferidas pelo STF, por meio de súmulas, vinculando tanto as outras instâncias jurídicas quanto os órgãos da administração pública.

Na revisão constitucional de 1993 houve propositura de emenda revisional objetivando conferir às súmulas efeito vinculante, além da aprovação de dispositivo que permitia ao STF a iniciativa de lei visando conferir a outras decisões de mérito da Corte a eficácia *erga omnes* bem como sobre a possibilidade de conferir efeito vinculante de tais decisões tanto para os órgãos quanto para os agentes públicos, conforme narrado por Canotilho (2013, p. 1426).

O efeito vinculante pretendido pelos parlamentares, de acordo Canotilho (2013, p. 1426), conferiria eficácia adicional às decisões proferidas pelo STF, dando-lhes alcance além do caso analisado, possibilitando que tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo fossem atingidos pelo efeito vinculante, já que tais Poderes deveriam observar tanto a parte dispositiva da decisão quanto a norma abstrata dela exarada.

Após a revisão constitucional de 1993, outras tentativas de implantação do efeito vinculante da súmula foram apresentadas, conforme narrado por Canotilho (2013, p. 1426), destacando o texto substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro, que provocou o exame em conjunto, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, dos projetos de emendas constitucionais 96<sup>57</sup> e 112<sup>58</sup>, o qual previa ampla reforma do Poder Judiciário e também do Ministério Público, com destaque para os seguintes pontos:

I) criação do Conselho Nacional de Justiça, com poderes até mesmo para cassar magistrados de seus cargos, conforme artigos 92, II e 94, §2º;

II) vinculação das súmulas editadas tanto pelo STF quanto por outros Tribunais Superiores, nos termos do artigo 98;

III) previsão de configuração de crime de responsabilidade, com perda do cargo, sem prejuízo de outras sanções, para o caso de reiterado descumprimento ou desobediência das decisões vinculantes, de acordo com a redação do artigo 98, §4º;

---

<sup>57</sup> De autoria do Deputado Hélio Bicudo.

<sup>58</sup> De autoria do Deputado José Genuíno.

IV) cabimento de reclamação do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariasse súmula vinculante ou que a aplicasse indevidamente;

V) instituição do incidente de inconstitucionalidade *per saltum* diretamente ao STF, que teria decisão vinculante, conforme artigo 107, §5º;

VI) previsão do efeito vinculante oponível a todos das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, conforme artigo 106, §2º.

Após tal projeto, houve uma continuidade temática nos demais projetos que tramitaram no Congresso, conforme ensina Canotilho (2013, p. 1426), até a aprovação da Emenda Constitucional 45/04, conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”, que trouxe várias das propostas apresentadas anteriormente, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, a instituição do efeito vinculante para as súmulas do STF, o efeito vinculante para as decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, bem como o uso do instituto da reclamação para os casos de descumprimento, por parte dos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, das decisões vinculantes proferidas pelo STF.

Apesar da súmula vinculante somente ter emergido expressamente em nossa legislação a partir da promulgação da EC 45/04, anteriormente, por meio de outros institutos, é possível identificar-se uma espécie de vinculação à decisão proferida pelo STF, conforme se observa no artigo 102, I, a, da CRFB/88, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e também da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que tem efeito *erga omnes*, nos termos da previsão contida no artigo 28 da Lei nº 9.868/99, ou seja, gera efeito para todos, o que evidencia a sua capacidade de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário à sua decisão.

#### **4.1.2 Emenda constitucional 45/04**

A súmula vinculante foi introduzida no Brasil por meio da EC 45/04, publicada no DOU da 31/12/2004 (BRASIL, 2004), a qual adicionou ao texto constitucional o artigo 103-A, tendo a Lei nº 11.417/06 (BRASIL, 2006) regulamentado o seu processo de elaboração, edição, modificação e revogação. Além disso, as Resoluções 381/08 e 388/08, ambas do STF, tratam do instituto da súmula vinculante.

A EC 45/04, de acordo com Canotilho (2013, p. 1426), introduziu a figura do denominado “precedente” jurisprudencial com caráter vinculante, representado pela obrigatoriedade de adoção, pelos Tribunais e juizes, da orientação dada pelo STF, sob pena de nulidade da decisão, salientando que esta figura é típica dos países que adotam o sistema do *common law*, citando como exemplo a Inglaterra e os Estados Unidos, justificando sua introdução no país diante da necessidade de se sistematizar e dar coerência ao sistema jurídico nacional, salientando que países de tradição romano-germânica também desenvolveram mecanismos visando à vinculação da instância máxima de controle de constitucionalidade e os outros órgãos integrantes do Poder Judiciário.

[...] com a EC 45/2004, nasce a súmula vinculante, que obriga diretamente os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo e possibilita a qualquer interessado fazer valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recursos, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A). (Canotilho, 2013, p. 1425-1426)

A EC 45/04, de acordo com Pedra (2017, p. 226), possibilitou ao STF a edição de “diretivas gerais”, o que ocorre por meio das súmulas vinculantes, visando o exercício da função de protetor da Constituição.

A súmula vinculante, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 531-532), apesar de não ter natureza estrita de lei, a ela equipara-se, eis que vincula, de maneira geral e abstrata, o Poder Judiciário em sua totalidade – STF e demais órgãos integrantes do Poder Judiciário – e o Poder Executivo – em sua totalidade, incluindo a administração pública direta e indireta, em âmbito federal, estadual e municipal – evidenciando a sua característica de lei *lato sensu*, submetendo-se, assim, ao controle de constitucionalidade, seja ele difuso, seja ele concentrado.

Há quem discorde dessa, como é o caso de Canotilho (2013, p. 1427), que sustenta que a maneira de se trabalhar com a súmula é diversa daquela da lei, diante da diferença entre a natureza jurídica dos institutos. Para o autor português:

I) para a aplicação da súmula é necessário analisar a narrativa das decisões anteriores que a originaram, no intuito de solucionar os processos com coerência e integridade do direito; para proposição, revisão e cancelamento da súmula o instrumento adequado é a reclamação.

II) para a aplicação da lei não há necessidade de analisar o contexto que originou a norma legal, devido ao processo legislativo; na hipótese de desconformidade da lei com as disposições constitucionais, existe a possibilidade de controle concentrado - por meio de ADI e ADC, do mesmo modo que podem ser utilizadas as ações constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública), além do cabimento do controle difuso, por meio do sistema recursal.

A Resolução 381/08 (BRASIL, 2008), do Supremo Tribunal Federal, cria nova classe processual em seu sistema, denominada de “proposta de súmula vinculante”, designada pela sigla “PSV”, utilizada para o processamento de propostas objetivando a edição, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante.

A Resolução 388/08 (BRASIL, 2008), do STF, por sua vez, disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas, estabelecendo:

I) apresentada proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, seja ela vinculante ou não, a mesma será registrada e autuada, publicando-se no sítio eletrônico do STF bem como no diário de justiça eletrônico, visando dar ciência aos interessados, além de possibilitar a manifestação dos mesmos, no prazo de 05 (cinco) dias;

II) ato contínuo, o processo será remetido para a Comissão de Jurisprudência<sup>59</sup> para apreciação da adequação formal da proposta, também no prazo de 05 (cinco) dias;

---

<sup>59</sup> A Comissão de Jurisprudência (art. 32 do Regimento Interno (RI) da Corte) é comissão permanente do STF (art. 27, §1º, II, RI), composta por três membros, todos integrantes do STF, com mandato idêntico ao do Presidente do STF (art. 28 RI), presidida pelo membro mais antigo (art. 29 RI), cabendo à comissão a

III) posteriormente, a manifestação da Comissão, juntamente com a proposta de súmula vinculante deverá ser remetida aos Ministros da Corte e ao Procurador-Geral da República, remetendo o processo para a conclusão do Ministro Presidente, o qual incluirá o processo em pauta a fim de submetê-lo à deliberação do Tribunal Pleno;

IV) os interessados, assim como o Procurador-Geral da República, manifestar-se-ão, se for o caso, em sessão plenária;

V) a proposta de súmula vinculante será por meio de processo eletrônico, devendo as informações referentes ao mesmo ficar disponíveis aos interessados no sítio eletrônico do STF.

Sobre o efeito vinculante, Northfleet (1997, p. 134) manifestou seu entendimento sobre a necessidade da jurisprudência ser “[...] considerada como a interpretação autorizada do país, e, como tal, vincule a administração pública”.

## **4.2 REQUISITOS DA SÚMULA VINCULANTE**

O STF deve observar alguns requisitos ao editar súmula vinculante, nos termos do artigo 103-A da CRFB/88, conforme leciona Nery Júnior e Nery (2009, p. 532):

I) a tese jurídica a ser tratada por meio de súmula vinculante deve ser referente à norma constitucional;

II) o objeto da súmula vinculante deve ser a validade, a interpretação ou a eficácia de uma norma constitucional;

---

análise da adequação formal da PSV apresentada. O parecer emitido pela comissão não é vinculante, podendo o Presidente do STF submeter a PSV ao Plenário mesmo que em desacordo com o entendimento da Comissão, conforme ensina Canotilho (2013, p. 1428). O Regimento Interno do STF está disponível no endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

III) a existência de controvérsia atual entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e administração pública sobre a validade, a interpretação ou a eficácia da norma constitucional questionada;

IV) a configuração de situação de grave insegurança jurídica gerada pela controvérsia atual;

V) a elevada multiplicação de processos sobre questão idêntica, em decorrência da controvérsia existente sobre a norma constitucional discutida;

VI) a reiteração de decisões proferidas pelo próprio STF no mesmo sentido da tese jurídica sustentada na súmula vinculante;

VII) a decisão da tese jurídica exposta na súmula vinculante deve ser tomada por meio de quórum qualificado, ou seja, por 2/3 (dois terços) dos membros do STF, o que equivale ao número de 08 (oito) ministros;

VIII) a súmula vinculante deverá ser publicada na imprensa oficial, seja no Diário Oficial da União seja no Diário de Justiça da União.

Se a PSV não tiver sido apresentada pelo Procurador-Geral da República, o mesmo deverá se manifestar sobre o processo antes da sua apreciação pelo Plenário do STF, de acordo com a previsão contida no artigo 2º<sup>60</sup>, §2º, da Lei nº 11.417/06 (BRASIL, 2006).

---

<sup>60</sup> Art. 2º, Lei nº 11.417/06: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

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

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Apresentada ao Plenário, a PSV dependerá de aprovação de 2/3 dos seus membros, devendo ser publicado o enunciado objeto do julgamento no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, em seção especial, nos termos do artigo 2º, §§3º e 4º da LSV (BRASIL, 2006).

A súmula vinculante, em regra, tem eficácia imediata, contudo, é permitido ao STF, por decisão de 2/3 de seus membros, restringir os seus efeitos, ou decidir que tais efeitos somente terão eficácia em outro momento, desde que seja para garantir a segurança jurídica ou excepcional interesse público, conforme artigo 4º<sup>61</sup> da LSV (BRASIL, 2006).

Não existe na legislação regulamentação sobre os resultados decorrentes de um cancelamento de uma súmula vinculante, sustentando Canotilho (2009, p. 1428) que tal cancelamento tem eficácia *ex nunc*, gerando efeito a partir da publicação da decisão na imprensa oficial.

Na hipótese de revogação ou modificação da lei sobre a qual a súmula vinculante fundou-se, caberá ao STF, de ofício ou por provocação, realizar a sua revisão, podendo, inclusive, concluir pelo seu cancelamento, nos termos da previsão do artigo 5º<sup>62</sup> da LSV (BRASIL, 2006).

Uma vez apresentado o processo de PSV, os processos nos quais haja discussão da mesma matéria terão seu curso normal, sendo vedada a suspensão dos mesmos, conforme artigo 6º<sup>63</sup> da LSV (BRASIL, 2006).

O objeto da súmula vinculante, conforme artigo 103-A da CRFB/88, é a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais exista controvérsia atual, o que

---

<sup>61</sup> Art. 4º, Lei nº 11.417/06: 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.

<sup>62</sup> Art. 5º, Lei nº 11.417/06: Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

<sup>63</sup> Art. 6º, Lei nº 11.417/06: A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

demonstra que o constituinte derivado uniu validade, eficácia e interpretação, de acordo com Canotilho (2013, p. 1429).

Uma lei é válida quando está de acordo com a Constituição. Contudo, é possível que uma lei esteja vigente, mas não seja válida. Ao se discutir a validade de uma lei, de acordo com Canotilho (2013, p. 1429), considera-se superada a questão da observância do procedimento e da competência do legislador para sancionar o texto legal: para a elaboração de uma súmula vinculante, o STF deverá discutir os juízos, positivos (a norma está sendo interpretada de acordo com a Constituição) e negativos (a norma não está sendo interpretada de acordo com a Constituição), feitos pelos tribunais sobre determinado dispositivo; sendo esta controvérsia atual e relevante, o STF apresentará a resposta acertada, de acordo com a Constituição. Para o autor português, a súmula vinculante tem a função de mostrar a resposta adequada, de acordo com a Constituição, a determinado questionamento.

Sobre a interpretação tratada no §1º do artigo 103-A da CRFB/88, explica Canotilho (2013, p. 1429-1430) que a mesma considera já superada a questão da validade, analisando, no caso, as várias interpretações existentes sobre determinado dispositivo constitucional, hipótese em que o STF manifestar-se-á sobre o sentido correto a ser atribuído ao texto controvertido, o que significa dizer que os diversos tribunais estarão, cada uma a seu modo, manifestando-se pela constitucionalidade da norma debatida, havendo divergência, somente, sobre a interpretação dada ao texto.

A expressão eficácia constante no §1º do artigo 103-A da CRFB/88, de acordo com Canotilho (2013, p. 1430), refere-se à sua aplicabilidade, ou seja, à possibilidade de ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos, não considerando se a norma efetivamente produzirá efeitos no cotidiano (que seria uma análise da eficácia social).

### **4.3 DIREITO INTERNACIONAL – SISTEMA DE *STARE DECISIS***

A distinção entre o direito consuetudinário e o direito escrito ocorreu no século XVI, especialmente na França, alertando, contudo, que a simples análise do modo como o direito romano foi recepcionado nos países que adotam um ou outro sistema não é suficiente para a distinção entre eles, eis que o direito romano estava presente em ambos, em maior ou menor grau: nos países de direito escrito o direito romano atuava como fonte primária; nos países de direito consuetudinário o direito romano funcionava como fonte subsidiária, conforme ensinam Streck e Abboud (2015, p. 21-23).

No *common law* inglês o direito foi usado como uma ferramenta do governo na época da conquista da Normandia, em 1066, de acordo com Cannata (1996, p. 208-212), que salienta, ainda, que o atual sistema derivou da concentração da jurisdição na pessoa do monarca, o qual criou o denominado *sheriff*, responsável por executar e garantir efetividade das decisões do monarca.

Os julgadores da época, objetivando coerência, se utilizavam de decisões proferidas anteriormente em situações similares, diante da confiança depositada nos juízes, conforme David (2004, p. 428-431).

A doutrina de precedente, de acordo com Streck e Abboud (2015, p. 25, 28-29), surge desse cenário, que asseveram que o sistema do *common law* inglês guarda relação com o sistema do *civil law*, alertando, ainda, para a incorreção na definição do *common law* unicamente como um direito não codificado, como se tivesse somente uma base jurisprudencial, asseverando que grande número de regras jurídicas aplicadas tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos é elaborada ou pelo Legislativo ou pelo Executivo.

O sistema do *common law* inglês, para Van Caenegem (1991, p. 176), vivenciou uma época, no século XVIII, em que se acreditava que cabia ao Poder Judiciário, e não ao Parlamento, a criação do direito.

O *civil law*, por sua vez, tem origem no direito romano e no direito alemão medieval, conferindo destaque o Poder Legislativo, dando às leis uma posição diferenciada em relação às demais normas, de acordo com ensinamento de Favela (1981, p. 130).

O precedente tem força em decorrência do modo como ingressou no sistema jurídico norte americano, derivando da “tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição tampouco em regra de ofício”, conforme Streck (2006, p. 414).

No direito norte-americano existe a doutrina do *stare decisis*, também denominada de aplicação do precedente, conforme Nery Júnior e Nery (2009, p. 530): quando um Tribunal julga uma determinada questão legal, os casos posteriores que se assemelhem ao já decidido deverão seguir a mesma linha, observando a decisão inicialmente proferida.

Logo, situação jurídica decidida por um Tribunal norte-americano deverá ser observada e seguida pelos demais Tribunais daquele país até o momento em que, eventualmente, ocorra a modificação do entendimento firmado. De acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), esta postura representa uma política de tribunal no intuito de manter o precedente, não alterando nos casos posteriores o precedente definido em momento anterior por outro, ou até pelo mesmo, Tribunal.

A definição do que seja o precedente, de acordo Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), pode parecer simples, se pensado de maneira abstrata. Porém, de acordo com o autor, a situação real não é essa, o que também é defendido por Fine (2000, p. 1-2), salientando a complexidade da definição, eis que a aplicação do precedente exige do julgador prudência e descrição judicial.

Comumente, no Brasil, associa-se a súmula vinculante ao instituto do *stare decisis* americano, como se fossem institutos semelhantes. Porém, a súmula vinculante é instituto do *civil law*, enquanto o precedente é derivado do sistema do *common law*, sendo o *stare decisis* um dos principais elementos que permitem fixar a diferença entre o *civil law* e o *common law*, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530).

No Brasil vigora o sistema do *civil law*, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), no qual há a primazia da lei, devendo o julgador extrair dela os princípios capazes de solucionar a demanda; no *common law*, por sua vez, o julgador, ao decidir uma lide, deve, num primeiro momento, recorrer aos princípios adotados em decisões anteriores

proferidas por tribunais superiores; a diferença entre o sistema adotado pelo Brasil e aquele do *stare decisis* não se limita, somente, à primazia da lei ou do precedente.

As decisões tomadas por tribunais superiores, nos países que adotam o sistema do *civil law*, têm, sim, importância para a solução das demandas, porém, em tais países, como é o caso do nosso, vigora a primazia da lei, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), a qual não pode ocupar posição inferior ao de uma súmula elaborada por um Tribunal.

O Tribunal Constitucional Português, o acórdão 810/93, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 530), declarou a inconstitucionalidade dos assentos, instituto similar ao da súmula vinculante, exatamente porque eles criariam normas gerais vinculantes tanto a tribunais quanto a terceiros, o que somente é permitido à lei fazer.

Muitas são as diferenças entre o precedente do *stare decisis* e a súmula vinculante de nosso país: aquele permanece vinculado ao caso concreto que lhe originou, não sendo representado por um enunciado geral e abstrato, considerando-se tanto a parte dispositiva quanto a fundamentação da decisão; a súmula vinculante, por sua vez, desvincula-se do caso concreto que a originou, traduzindo-se por meio de um enunciado literal autônomo elaborado pelo STF, segundo ensina Nery Júnior e Nery (2009, p. 530).

No sistema do *stare decisis* muitas vezes há controvérsia sobre quais partes da decisão devem, efetivamente, ser consideradas como precedentes – afinal, os precedentes implicam em vinculação normativa: somente são consideradas precedentes as partes que passaram por criteriosa análise judicial, fruto de efetivo contraditório entre as partes; eventual parte da decisão que não tenha se submetido a rigoroso contraditório entre as partes não é classificada como precedente, e sim como *dicta*, que não possui valor de precedente, conforme ensina Fine (2000, p. 03).

Além disso, a regra de vinculação dos precedentes do *stare decisis* é mais flexível que a adotada pelas súmulas vinculantes, conforme Nery Júnior e Nery (2009, p. 531): no *common law*, a vinculação por precedentes do *stare decisis* não é fixa nem rígida, representando, efetivamente, um equilíbrio entre estabilidade e continuidade jurídica,

bem como entre a abertura e a liberdade jurisdicional, havendo, ainda, a possibilidade de utilização dos instrumentos de *distinguishing* e de *overruling*.

A vinculação por precedentes do sistema do *stare decisis*, de acordo com Nery Júnior e Nery (2009, p. 531), fornece ao julgador mecanismos para que o mesmo deles se afaste, quais sejam: *distinguishing*, situação na qual o julgador evidencia tanto as semelhanças como também os elementos específicos que distinguem o caso analisado daquele decidido anteriormente; *overruling*, hipótese na qual o julgador rejeita o precedente diante da possibilidade de produção de resultado injusto; nos dois mecanismos o julgador deverá fundamentar o afastamento do precedente.

Em consonância com o pensamento acima, Canotilho (2013, p. 1427) ratifica o entendimento sobre a falta de semelhança entre a súmula e o precedente, asseverando que naquela (I) o efeito vinculante está previsto em texto normativo, conforme artigo 103-A, §2º, da CRFB/88; (II) a finalidade do efeito vinculante é criar um obstáculo para novo debate sobre a matéria tratada na súmula, não objetivando solucionar a demanda existente entre as partes litigantes. Contudo, para o autor, há uma incompatibilidade entre a regra do precedente e a da súmula inserida no sistema brasileiro, contudo, tal divergência não afasta a justificativa da súmula vinculante.

A súmula vinculante, no Brasil, apresenta vinculação obrigatória, motivo pelo qual Nery Júnior e Nery (2009, p. 531) defende a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso da súmula vinculante.

Importante, ainda, apresentar a distinção entre caso julgado, precedente e súmula, conforme Canotilho (2013, p. 1426-1427): (I) caso julgado: a resolução da demanda não influencia decisões futuras, eis que a motivação da decisão não gera novo paradigma, apenas reproduz um previamente existente; (II) precedente: deriva de um julgamento em concreto, sendo criado um paradigma (*holding*), o qual tem força para influenciar outras decisões; contudo, a utilização do paradigma em casos similares não deriva de processo dedutivo, mas sim de uma aproximação histórica considerando-se a similitude dos casos concretos apresentados para julgamento; (III) súmula: representa enunciado geral e abstrato – isto é, características próprias da lei – visando solucionar casos futuros.

O princípio expresso no precedente constitui a fundamentação da decisão ou é somente um *dictum*, de acordo com Canotilho (2013, p. 1426-1427), o qual assevera a existência, no sistema norte americano, da diferença entre texto e norma, explicando que a força vinculante é dada aos fundamentos da decisão, articulando, ainda, que a elaboração dos precedentes ocorre para solucionar o caso analisado, que se torna o caso passado: a aplicação dos precedentes em casos futuros é incidental e não obrigatória, a formação do precedente visa solucionar o caso concreto, podendo, eventualmente, influir em decisões futuras.

A regra do precedente, para Canotilho (2013, p. 1426-1427), que também a denomina de *stare decisis*, explica-se pela máxima *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as “coisas decididas e não mover as coisas quietas”, esclarecendo que o precedente possui uma *holding*, a qual expande seu efeito vinculante para todo o sistema, situação que ocorre em decorrência da tradição e do costume, e não de uma previsão legal ou constitucional.

O instituto do *distinguishing*, do *common law*, possibilita a “realização de distinções entre casos a fim de que determinado precedente não seja aplicado de forma indevida”, conforme ensina Marinoni (2016, p. 119).

#### **4.4 DISTINÇÃO ENTRE SÚMULA VINCULANTE E PRECEDENTES DO *STARE DECISIS***

A súmula vinculante assemelha-se ao instituto do assento português, de acordo com Abboud (2008, p. 01), inclusive no tocante à sua natureza jurídica, apontando 04 (quatro) distinções entre aquela e o precedente derivado do sistema de *stare decisis*: modo de aplicação, dimensão, teleologia e âmbito de vinculação.

Abboud defende, no tocante ao modo de aplicação, que:

[...] o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, [...]. Já para a súmula vinculante, tal qual era para os assentos, o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange [...].

A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa característica da ponderação de cada caso concreto. Destarte, o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei [...]. (ABBOUD, 2008, p. 02).

Prossegue o autor tratando do alcance da súmula e do precedente, este último no sistema do *stare decisis*:

[...] súmula vinculante, esta possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto do verbete sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação [...]. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente. (ABBOUD, 2008, p. 02)

Assim, vê-se que no sistema do *stare decisis*, em muitos casos, há controvérsia sobre qual seria o precedente aplicável, sobre qual parte da decisão é considerada precedente, o que não se verifica com a súmula vinculante, já que seu enunciado, que traduz o comando normativo, não se vincula, necessariamente ao caso analisando, considerando que essa é promulgada visando à produção de efeitos futuros.

O precedente, no sistema do *stare decisis*, somente poderá ser aplicado se derivado de ato que tenha assegurado o direito do contraditório, bem como se estiver devidamente fundamentado: se tais características não estiverem presentes, estar-se-á diante de *dicta*, que é a parte da decisão que não se sujeitou integralmente, a análise do tribunal, não tendo, desse modo, efeito vinculante, de acordo com Fine (2000, p. 03).

Sobre a teleologia dos institutos, Abboud explica que:

Essa confrontação da gênese desses institutos permite compreender ao menos uma das razões que diferenciam a teleologia dos precedentes e de instrumentos como a súmula vinculante, afinal os primeiros renovam o sistema enquanto as últimas o engessam, isto porque os precedentes surgiram para fortalecer o Judiciário diante do rei, enquanto que a súmula vinculante

serve para romper com a autonomia do Judiciário na medida em que compromete a independência decisória dos juízes. (ABBOUD, 2008, p. 04)

Finalmente, no tocante ao âmbito de vinculação, ensina o autor:

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103-A da CF/1988 [...], a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de sem nenhum exagero podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de apreender a razão. (ABBOUD, 2008, p. 04)

Além disso, Streck (2006, p. 414) informa mais uma diferença entre os institutos, qual seja, o modo de ingresso nos sistemas jurídicos: enquanto no sistema norte americano o precedente deriva da tradição, dispensando texto escrito, no Brasil a entrada do “precedente sumular” deriva de emenda constitucional.

O precedente, de acordo com Castanheira Neves (1983, p. 12 e 228), deriva de uma decisão jurídica dada em um caso concreto, vinculando-se à história do caso, aplicando-se o precedente para casos semelhantes. O mesmo não se pode dizer da súmula vinculante, a qual surge como um texto normativo geral e abstrato, com aplicação em casos futuros, atuando do mesmo modo que a lei, assim como ocorria com o assento do direito português, conclui o autor.

#### **4.5 DO CARÁTER NORMATIVO ABSTRATO DA SÚMULA VINCULANTE E DA POSSIBILIDADE DE SEU CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO**

O instituto da súmula vinculante inserido no artigo 103-A da CRFB/88 vinculam os operadores do Direito, que deverão observá-la, não sendo admitida aplicação de modo diverso do previsto em seu texto, ao contrário do que ocorre com a lei, a qual pode não ser aplicada caso o magistrado entenda que seu conteúdo é inconstitucional, realizando,

desse modo, o controle de constitucionalidade difuso. A súmula vinculante gera uma rigidez na interpretação das normas nela tratada.

A súmula vinculante desvincula-se do julgado que a originou, passando a usufruir de autonomia. De acordo com Nery Júnior, Nery (2009, p. 532), a súmula vinculante tem maior alcance que a lei, diante da vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em âmbito federal, estadual e municipal, nos termos do artigo 103-A da CRFB/88.

A súmula vinculante, para Nery Júnior e Nery (2009, p. 532), tem natureza legislativa e eficácia *erga omnes*, apresentando enunciado geral e abstrato elaborado no intuito de solucionar casos futuros, desvinculando-se do caso originário. Enfatiza o autor, ainda, que a súmula vinculante, assim como os assentos portugueses, tem característica de disposição legislativa.

A súmula, para Canotilho (2013, p. 1431), da mesma maneira que a lei, é uma espécie de texto do qual emana uma norma; traduz-se como uma “pauta geral”, tal como ocorre com as leis; tem a pretensão de “generalidade e abstração”, como a lei.

A súmula, assim como a lei, é considerada prejudicial quando é inconstitucional, de acordo com Streck e Abboud (2015, p. 143), que asseveram não haver grande distinção entre a súmula e a lei, alegando, porém, que a primeira, no Brasil, é mais respeitada que a segunda.

A súmula vinculante, assim como a lei, aplica-se a todos indistintamente, demonstrando seu caráter geral e abstrato. Streck e Abboud (2015, p. 148) asseveram que “[...] as Súmulas Vinculantes (sic) são textos e como tal são interpretáveis [...]”.

Antes mesmo da inserção do atual artigo 103-A da CRFB/88, Mancuso (1999, p. 284-285) já defendia que caso a súmula vinculante fosse efetivamente introduzida no Brasil, o deveria sê-lo por meio de emenda constitucional, diante a inovação que o instituto provocaria no modelo político jurídico do país, no qual a primazia é da norma legal como fonte apta a regular a relação entre cidadãos e destes com o Estado, “[...] dado que o pacto fundamental estabeleceu a norma legislada como o padrão de conduta

obrigatório, geral, abstrato e impessoal [...]”, somente sendo autorizado ao constituinte derivado alteração no sistema, não podendo a modificação ser realizada por meio de norma infraconstitucional, até porque não se trata de simples matéria processual – o que seria competência da União, nos termos do artigo 22, I, da CRFB/88<sup>64</sup>.

Rocha (1997, p. 56-58) afirma que a natureza da súmula vinculante é idêntica à da lei, dada sua natureza “obrigatória, genérica e abstrata”, defendendo que a lei será, na verdade, a própria súmula vinculante, a qual terá “força de norma constitucional”.

Para Rocha:

Não se afirme que a vinculação é apenas para o Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Antes se afirme que a vinculação ressalva a possibilidade de modificação da “norma” criada, havida e “positivada” (posta à obrigatoria observância de todos) pelo Poder Legislativo. Se fosse incluído esse Poder, o Direito seria única e exclusivamente obra do Poder Judiciário, sem condições de ser contrastado nem por lei... (Rocha, 1997, p. 56)

Sobre o cabimento do controle de constitucionalidade, afirma Rocha:

Ocorre que a própria Constituição, no resguardo de sua garantia, fixou que ao Poder Judiciário compete uma das atuações que a salvaguarda de atentados e de fraudes, qual seja, a de exercício do controle da constitucionalidade. Entrega-se, contudo, a outro dos poderes do Estado, e ainda assim por um processo específico e rígido, o processo de sua modificação, qual seja, a emenda constitucional pela qual se veicula a sua reforma. Essa é controlada em sua correção e validade pelo Poder Judiciário, que não é e nem pode ser autor de modificação constitucional formal (sendo certo e aceitável que a mutação constitucional pode-se dar pela interpretação levada a cabo pelos órgãos desse Poder). (Rocha, 1997, p. 58)

Na democracia, de acordo com Calmon de Passos (2002, p. 08), “não há senhores nem súditos”, ideia que somada ao princípio da legalidade, torna todos iguais, sujeitos exclusivamente à vontade soberana e constitucional da lei, impondo a possibilidade de impugnação e de “controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente de Poder”, o que evidencia o cabimento do controle de constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes, as quais, caso não se sujeitem ao controle de constitucionalidade,

---

<sup>64</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

provocarão violação ao sistema democrático. Para o autor: “O direito de impugnar qualquer decisão judicial é direito fundamental, decorrência necessária e essencial do sistema democrático, que impõe o império da lei e repudia toda e qualquer forma de arbítrio”.

Para Calmon de Passos:

Para eliminar a arbitrariedade, incompatível com a democracia, exige-se a fundamentação das decisões e possibilita-se o seu controle por outros magistrados, competentes para proceder ao reexame desse julgamento, no pertinente à correção dos juízos formulados sobre as questões de fato e sobre as questões de direito impugnadas. (CALMON DE PASSOS, 2002, p. 09).

Para o autor “a súmula, ou jurisprudência com força vinculante” assemelha-se à “norma de caráter geral de natureza interpretativa editada pelo legislador”, não podendo nem devendo valer mais nem menos, asseverando que “o Juiz inferior não é subalterno do juiz superior, pois que ambos detêm o mesmo poder e só se distinguem em termos de competência” (CALMON DE PASSOS, 2002, p. 14).

[...] juízes não têm superiores, sejam eles do primeiro, do segundo ou do grau extraordinário ou excelso, porque se os tiverem, serão tudo, menos juízes, porquanto o juiz, porque servidor dos cidadãos, dos membros do grupo social que o instituiu politicamente como agente de uma função pública que, por destinação e origem, é só pode ser serviço, devem contas unicamente a quem detentor real da soberania – o povo. Seria agravarmos o que já é tão grave entre nós exacerbar a violação do menos, enquanto deixamos impune a violação do mais. E isso ocorreria, caso o desrespeito à súmula acarretasse para os magistrados conseqüências (sic) severas, quando elas inexistem para as violações da lei e da própria Constituição. (CALMON DE PASSOS, 2002, p. 14)

#### **4.6 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DA SÚMULA VINCULANTE COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

A CRFB/88 assegura como direito fundamental o acesso à justiça, conforme artigo 5º, XXXV, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Trata-se de cláusula pétrea, como já visto no

presente trabalho, que não pode ser alterada pelo constituinte derivado, tampouco por órgão do Poder Judiciário.

Desse modo, não se pode admitir que o cidadão seja privado de seu direito de levar uma demanda ao conhecimento do Judiciário, para análise, em decorrência da existência de súmula vinculante em sentido contrário, devendo o julgador receber sua inicial e realizar todo o contraditório e ampla defesa, a fim de verificar se efetivamente a súmula vinculante aplica-se ao caso apresentado e, principalmente, se é compatível com a ordem constitucional vigente.

O controle difuso de constitucionalidade passa, dessa forma, a ser o instrumento de controle das chamadas súmulas vinculantes e tem como função primordial garantir a eficácia do disposto no inc. XXXV do artigo 5º da CRFB/88, e, assim, assegurar ao jurisdicionado o efetivo acesso à justiça. Não se abordará a forma processualmente correta de suscitar a inconstitucionalidade da súmula vinculante, pois não é o objeto do presente trabalho, mas é importante destacar que as partes deverão, em face da existência de súmula vinculante contrária à pretensão a ser defendida em juízo, suscitar a incompatibilidade com o disposto na CRFB/88.

Assim, a parte, ao propor a demanda, ou apresentar sua defesa, alegará que a previsão constante na súmula vinculante, se aplicada ao caso concreto, provocará lesão a seu direito constitucional, requerendo, então, antes da análise do mérito, a declaração da inconstitucionalidade da súmula vinculante, hipótese em que o julgador exercerá o denominado controle de constitucionalidade difuso.

Estando a demanda em trâmite perante o Tribunal, o controle de constitucionalidade incidental deverá observar a cláusula da reserva de plenário, nos termos do artigo 97<sup>65</sup> da CRFB/88 e da súmula vinculante nº 10<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Art. 97, CRFB/88: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>66</sup> Súmula vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Contudo, existe doutrina em sentido contrário, defendendo que decisão proferida pelo pleno ou por órgãos especial, em sede de controle de constitucionalidade difuso, mesmo que não tenha eficácia *erga omnes*, ultrapassa o limite do caso analisado e produz efeito por todo o tribunal julgador, provocando, desse modo, a vinculação dos órgãos a ele vinculados, ideia defendida por Zavascki (2001, p. 26).

Este raciocínio foi adotado no julgamento do Recurso Especial 617.389, de relatoria do ministro Lewandowski:

[...] III – A existência de orientação do Plenário da Corte sobre a questão constitucional debatida legitima o julgamento monocrático do recurso nos termos do art. 557 do CPC. IV - Agravo regimental improvido, o qual defende que a vinculação da jurisprudência no controle difuso garante segurança e igualdade. Assim, uma vez esgotada a decisão nos plenários dos Tribunais – principalmente pelo Pleno do STF –, não é necessária nova apreciação de casos paradigmas ou equivalentes pelo plenário. [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 617389 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012 – Processo eletrônico DJe-099, divulgado em 21-05-2012, publicado em 22-05-2012)

O controle difuso de constitucionalidade produz efeito *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, a decisão somente aplica-se às partes litigantes, produzindo efeitos de maneira retroativa.

Diante do caráter de disposição legislativa da súmula vinculante, Nery Júnior e Nery (2009, p. 532) defendem o cabimento de seu controle de constitucionalidade difuso, afinal, o julgador pode controlar, no caso concreto, a constitucionalidade de lei, seja ela complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face de dispositivo constitucional, sendo autorizado, desse modo, ao julgador, a realização do controle de constitucionalidade difuso de súmula vinculante do STF, a qual tem caráter geral, abstrato e normativo.

Para Nery Júnior e Nery (2009, p. 532), no sistema do *stare decisis* existe flexibilidade de vinculação ao precedente, sendo autorizado ao julgador utilizar-se dos mecanismos de *distinguishing* e de *overruling* visando afastar a incidência do precedente no caso concreto; logo, realizadas as adaptações necessárias, o procedimento do *common law* assemelha-se ao controle de constitucionalidade em abstrato, ratificando o cabimento do mesmo em relação à súmula vinculante.

A inadequação do instituto do *overruling* é sustentada por Streck e Abboud (2015, p. 139), que argumentam a inexistência, no Brasil, de um verdadeiro sistema de precedentes, mesmo após as inovações trazidas pelo CPC/15; para os autores, a maneira correta de se afastar a incidência de uma súmula vinculante, caso sua aplicação resulte em inconstitucionalidade no caso concreto, é utilizar-se do controle de constitucionalidade difuso, que é um “direito fundamental do cidadão”, apesar do STF discordar dessa tese.

[...] a necessidade de admitir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes (que a partir do NCPC passarão a ser quase todos os enunciados dos Tribunais Superiores STF/STJ) sob pena de infringirmos os princípios constitucionais do direito de ação e da independência decisória, e do Judiciário se transformar numa estrutura autoritária, hierarquizada e burocrática, no qual não há lugar para a independência apenas para a obediência e dependência, em total confronto com o Estado Democrático de Direito presente na CF de 1988, diante do qual os juízes são independentes, mesmo que existam diversos grau de jurisdição.

[...] negar-se a possibilidade de desaplicação da súmula vinculante, quando sua incidência acarretar inconstitucionalidade, seria a derrota da particularidade do próprio caso concreto, bem como da atividade judicante. (Streck; Abboud, 2015, p. 139).

É preciso que a doutrina demonstre a imprescindibilidade da realização do controle difuso da súmula vinculante, utilizando-se como argumento a necessidade e a importância do sistema apresentar respostas corretas aos casos levados à sua análise, sendo permitido ao julgador analisar o cabimento, ou não, da previsão expressa na súmula vinculante ao caso concreto, especialmente por ser a súmula vinculante um texto normativo, sujeito, então, ao controle difuso e ao concentrado. Para Streck e Abboud (2015, p. 140): “não admitir o controle difuso é dar à súmula uma resposta para todas as perguntas possíveis e imagináveis”.

Mostra-se inaceitável, para Calmon de Passos (2002, p. 15), a retirada da liberdade do julgador de piso para interpretar e aplicar a norma ao caso levado à sua análise, devendo ser aplicado o mesmo entendimento para as súmulas vinculantes.

#### **4.6.1 Do controle concentrado de inconstitucionalidade como forma de garantir o acesso à justiça e afastar a súmula vinculante do ordenamento jurídico**

Abordar-se-á neste tópico, apesar da distinção feita no presente trabalho e na ênfase de que é o controle difuso o instrumento assecuratório da possibilidade de acesso à justiça, o controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em face de normas federais que ratificam a limitação do direito fundamento previsto pelo artigo 5º, XXXV, da CRFB/88.

Nery Júnior e Nery (2009, p. 532) salientam que, diante de seu caráter geral e vinculador do Poder Judiciário e do Poder Executivo, consoante previsto em leis federais, em flagrante oposição ao previsto pela CRFB/88, está autorizado o uso do controle concentrado de constitucionalidade.

Induvidoso, contudo, que a suprema corte dificilmente julgará procedente uma ação com esse escopo, especialmente em face da composição atual que entende necessário restringir o acesso à justiça. O instrumento, de qualquer forma, é válido e pode ser usado para buscar a declaração da inconstitucionalidade da EC 45/04 e das leis que regulamentaram, direta ou indiretamente, o acesso à justiça em face da existência de súmula vinculante sobre o tema. Nesse sentido, lógico-dogmático, essa forma de controle foi prevista pela Lei 11.417/06 que contemplou as formas pelas quais as súmulas vinculantes devem ser revistas. Isso só, contudo, não basta. A revisão da súmula não altera o conteúdo das normas federais que consagram a restrição ou limitação do direito de acesso à justiça, claramente inconstitucionais ou incompatíveis com a ordem constitucional vigente, pelas razões já expostas.

Em sentido contrário posicionam-se Streck e Abboud (2015, p. 139-140), sustentando que o STF apresenta bons argumentos para sustentar a inaplicabilidade do controle concentrado de constitucionalidade da súmula vinculante, destacando o instrumento que permite a sua revogação, caso um dos legitimados apresente pedido nesse sentido, destacando que o quórum para revogação da súmula vinculante é, inclusive, maior que o

exigido para a declaração de inconstitucionalidade, alegando uma coerência entre os instrumentos analisados.

Respeitosamente, olvidam os autores citados do fato de que a súmula, por si mesma, não impede o acesso à justiça. São as normas federais que, ao disciplinarem a matéria, invadem competência reservada ao constituinte originário e violam o disposto nas chamadas cláusulas pétreas e, dessa forma, ao menos em tese, não se trataria de uma forma alternativa de revisão da súmula vinculante. O que se buscará, eventualmente, em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade é a declaração de incompatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com o texto entregue pelo constituinte originário. Nesse sentido, inclusive, deve se admitir que a súmula vinculante, ao menos em tese, como já visto neste trabalho, ultrapassa os limites do conteúdo decisório reservado ao Judiciário e invade a seara reservada ao Poder Legislativo, já que a súmula vinculante obriga todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

#### **4.7 A SÚMULA VINCULANTE NA LEI Nº 11.417/06 E SUA MODIFICAÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

A Lei nº 13.105/15, no Livro III - Dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais - evidencia a intenção do legislador em uniformizar as decisões dos Tribunais, primando pela estabilidade, pela integridade e pela coerência dos julgados, estimulando a elaboração de súmula que traduza a jurisprudência dominante nos Tribunais, conforme redação do artigo 926, §1º, CPC/15<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Art. 926, CPC/15: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

[...]

O intuito do legislador ao elaborar o CPC/15, para Bueno (2015, p. 34-35), foi inserir na cultura do direito pátrio a dinâmica dos precedentes judiciais, visando dar concretude ao princípio da isonomia e da segurança jurídica, nos termos do evidenciado pelo artigo 927 (BRASIL, 2015) do diploma legal, que determina a observância:

- I) das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade;
- II) das súmulas vinculantes;
- III) dos acórdãos proferidos em sede de incidente assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas (IRDR), de recursos extraordinário (REExt) e especial (REsp) repetitivos;
- IV) das súmulas do STF em tema de direito constitucional e do STJ em relação à matéria infraconstitucional;
- V) da orientação emanada do plenário ou do órgão ao qual estejam o juízo e o tribunal vinculados.

O mesmo artigo 927, especificamente em seus parágrafos (BRASIL, 2015), apresenta as regras sobre a incidência ou não dos comandos contidos nos incisos I a V do mesmo artigo, além das hipóteses de sua não utilização e/ou de sua superação, nos seguintes termos:

- I) determina que os julgadores observem os comandos dos artigos 10<sup>68</sup> e 489<sup>69</sup>, §1º do CPC ao julgarem com fundamento no artigo 927;

---

<sup>68</sup> Art. 10, CPC/15: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>69</sup> Art. 489, CPC/15: São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

II) autoriza a realização prévia de audiências públicas e participação de pessoas, de órgãos ou de entidades que possam contribuir com a rediscussão da tese em caso de modificação de tese jurídica prevista em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos;

III) permite a modulação de efeitos da alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou das proferidas em julgamento de casos repetitivos, em atenção ao interesse social e à segurança jurídica;

IV) determina a necessidade de fundamentação adequada e específica, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia, nas hipóteses de modificação de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos;

V) determina que os tribunais deem publicidade a seus precedentes, devendo organizá-los por tese jurídica decidida, divulgando-os por meio da internet, preferencialmente.

Além de tais previsões, o CPC/15 prevê em sua Parte Especial, Livro III, Título I<sup>70</sup>, Capítulo VIII, o denominado incidente de resolução de demanda repetitiva, que autoriza aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a avocação, para julgamento, de uma determinada tese jurídica a fim de definir sua interpretação, a qual terá caráter vinculante para todos os órgãos jurisdicionados a eles sujeitos a partir do momento do julgamento efetivo do recurso ou da demanda em que a tese é apresentada, nos termos do artigo 978, parágrafo único<sup>71</sup> (BRASIL, 2015).

---

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

<sup>70</sup> Livro III (dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais).

<sup>71</sup> Art. 978, CPC/15: O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

As hipóteses de admissibilidade do IRDR estão previstas nos incisos I e II do artigo 976<sup>72</sup> do CPC/15 (BRASIL, 2015), cabendo quando houver, simultaneamente, repetição de processos que apresentem controvérsia sobre a mesma questão de direito, unicamente, e que ofereçam risco de violação à isonomia e à segurança jurídica.

Caso haja o julgamento do mérito de eventual RExt e/ou de REsp interposto em face de acórdão proferido em sede de IRDR, determina o §2º do artigo 987<sup>73</sup> do CPC/15 (BRASIL, 2015) que a tese adotada pelo tribunal superior julgador terá aplicação em âmbito nacional, gerando efeitos tanto em processos individuais como em demandas coletivas que tratem da mesma matéria de direito decidida no julgamento do recurso.

De acordo com Bueno:

Saber se o novo CPC pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas *devam* ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e estadual, é questão que não pode mais ser evitada.

Sim, porque, decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização *constitucional* – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional. (Bueno, 2015, p. 568, grifo do autor).

Marinoni (2016, p. 40-41), ao analisar o artigo 926<sup>74</sup> do CPC/15, destaca a importância da distinção entre as funções dos tribunais nacionais visando afastar equívocos naquilo

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

<sup>72</sup> Art. 976, CPC/15: É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

[...]

<sup>73</sup> Art. 987, CPC/15: Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

[...]

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

<sup>74</sup> Art. 926, CPC/15: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

que se refere à eficácia de suas decisões, por meio da verificação da “pertinência de determinadas atividades desempenhadas pelas cortes” e da análise da adequação de sua estrutura, destacando que a finalidade pretendida pela corte é feita não pela organização judiciária, mas pelo direito processual civil.

*A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes.* Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes. (MARINONI, 2016, p. 41, grifo do autor).

Cabem aos órgãos jurisdicionais ordinários, Cortes de Justiça, à elaboração de “decisões justas”, nos termos do artigo 6<sup>o</sup><sup>75</sup> do CPC/15; aos órgãos jurisdicionais extraordinários, Cortes Supremas, compete a “promoção da unidade do Direito, mediante a formação de precedentes”, conforme artigos 926 e 927 do CPC/15, conforme ensina Marinoni (2016, p. 42-43).

O autor parece fazer confusão sobre a necessidade da existência de precedentes, indicativos da uniformização do entendimento de uma determinada corte, e a elaboração normativa por tribunais, manietando órgãos do Judiciário e da Administração Pública, em todas as suas esferas, em flagrante afronta ao disposto no artigo 2º da CRFB/88.

Não obstante, as ponderações de natureza processuais trazidas pelo autor são pertinentes, especialmente quando assevera que ao Poder Judiciário compete a análise do caso concreto, por meio dos fatos, das provas e do direito, no intuito de proferir decisão “justa, efetiva e tempestiva para as partes”, além de provocar o debate acerca das soluções interpretativas cabíveis para as questões jurídicas, por meio da jurisprudência, de acordo com Marinoni (2016, p. 43).

---

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

<sup>75</sup> Art. 6º, CPC/15: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse sentido, corrobora o entendimento aqui adotado, de que, somente em face do conjunto probatório trazido a julgamento é que o Judiciário pode se pronunciar. Não é possível, dessarte, que as chamadas súmulas vinculantes impeçam o normal funcionamento do Estado juiz e dos deveres a ele impostos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho procurou-se responder ao problema inicialmente formulado sobre a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, como forma de garantir a efetiva aplicação do direito fundamental de acesso à justiça.

Tomou-se como marco teórico a obra de Hans Kelsen em que o autor defende a existência hierarquizada de normas dentro do ordenamento jurídico. A Constituição, na visão kelseniana, ocupa o ápice da pirâmide normativa e subordina todas as demais normas. Nesse sentido, tendo o constituinte originário permitido a revisão da Constituição, exceto no que concerne aos direitos fundamentais e às matérias enumeradas pelo artigo 60, § 4º, da CRFB/88, e, especialmente, como tema do presente trabalho, os direitos fundamentais.

Demonstrou-se que a súmula vinculante tem estrutura normativa, a exemplo do que ocorre com as normas descritas pela CRFB/88, analisadas no capítulo 3, gozando de abstração e generalidade e, especialmente, invadindo a esfera privativa de competência do constituinte originário.

A resposta ao problema formulado não é simples, pois além da possibilidade de revisão das súmulas vinculantes, prevista pela Lei 11. 417/06, há a possibilidade de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, já que gozam de abstração e generalidade e, mais, interferem na forma de funcionamento do Poder Judiciário, federal e estadual, e dos órgãos da administração pública, federal, estadual, distrital e municipal.

Como visto em parte do capítulo 3 e no capítulo 4, as súmulas vinculantes são espécies normativas que, por sua vez, são reguladas por normas federais (EC 45/04, Lei 11.417/06 e CPC/15). Todas podem ser objeto de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, especialmente em face de afrontarem cláusula pétreia da CRFB/88 e violarem, ao impor ao Poder Executivo a obrigatoriedade de observância do conteúdo sumulado e adjetivado vinculante, em flagrante desrespeito ao disposto no artigo 2º da CRFB/88.

O jurisdicionado, privado do acesso à justiça, deve utilizar, segundo a proposta do presente trabalho, o controle difuso de constitucionalidade a fim de garantir que a ameaça ou lesão a direito seja apreciada pelo Judiciário.

O disposto nos artigos 2º a 4º da LSV estabelece o procedimento para revisão da súmula vinculante, a ser feito pela suprema corte brasileira. Não obsta, como alguns autores imaginam, outras formas de controle, em especial o de constitucionalidade difuso. É evidente que o objeto do pedido declaratório de inconstitucionalidade pode se restringir à EC 45/04, à LSV, ao CPC/15 ou a própria súmula, como ato normativo que é.

Nesse sentido, o artigo 102, I, *a*, da CRFB/88, expressamente admite o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos que afrontarem às disposições constitucionais. Isso demonstra que é possível, já que a súmula vinculante tem a natureza jurídica de ato normativo, o controle concentrado de constitucionalidade perante o próprio Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso ou incidental de constitucionalidade, como visto no capítulo 2, pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal e, segundo interpretação recente da suprema corte, pelo próprio STF e, nesse caso, com efeito *erga omnes*.

No controle difuso, que encontra sua origem no *Madison versus Marbury* (1803) julgado pelo juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana, a inconstitucionalidade é apreciada diante de casos específicos, concretos, como questão prejudicial ao julgamento do mérito. Seus efeitos, exceto se julgada a inconstitucionalidade incidental pelo STF<sup>76</sup>, limitam-se aos interessados, *inter partes*, e assim não afetam as demais situações jurídicas.

Nesse contexto de ideias, considerada a impossibilidade de modificação das chamadas cláusulas pétreas, entende-se, neste trabalho, que é possível o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes e das normas que as regulamentam, como forma de garantir o direito de acesso à justiça e expurgar do ordenamento jurídico as

---

<sup>76</sup> ADIs. 3406/RJ e 3470/RJ.

leis e atos normativos que não se compatibilizem com as disposições constitucionais vigentes.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Fábio Martins de. Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC nº 45/2004 e lei nº 11.417, de 19.12.2006). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 174, abr/jun2007, p. 49-72. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140964/R174-23.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 19, n. 76, out./dez1982, p. 97-124. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181410>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 1. reimpressão.

BARROSO, Luís Roberto Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 233-268.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** = L'eta dei Diritti. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 14. tiragem.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico** = Teoria dell'ordinamento giuridico. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004, p. 9. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 maio 1990, p. 10.159. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 2006, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 381**, de 29 de outubro de 2008. Estabelece procedimentos para a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=1634>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 388**, de 05 de dezembro de 2008. Disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas e

dá outras providências correlatas. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=1652>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, julgado em: 25/11/2010, publicado em: 19/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>>. Acesso em: 31 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 617389 Distrito Federal**. Agravante: Cargill Agrícola S/A. Agravada: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em: 08/05/2012, publicado em: 22/05/2012, Segunda Turma. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3895154>>. Acesso em: 31 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 886**, 27 de novembro a 01 de dezembro de 2017. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, julgados em: 29/11/2017, Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**, atualizado até 19/01/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, DF, 2016. Disponível : <[http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias**. Brasília, DF, 30/06/2017. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85025-cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo>>. Acesso em: 18jan2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias**. Brasília, DF, 15/09/2017. Disponível : < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85407-ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil> >. Acesso em: 18 jan. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. Saraiva: São Paulo, 2015.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 136, out/dez1997, p. 29-35. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/288>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan2002. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf) >. Acesso em: 19 dez. 2017.

CANNATA, Carlo Augusto. **Historia de la Ciencia Juridica europea**. Madrid: Tecnos, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e teoria da Constituição**. 3. ed. 1999, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2380p, (6. tiragem, 2014).

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, António. O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra, 1983.

\_\_\_\_\_. **O problema da constitucionalidade dos assentos**: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 134, abr/jun1997, p. 175-184. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/234/r13415.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** = Les grands systèmes du droit contemporains. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Coleção Justiça e Direito.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44, n. 173, jan/mar2007, p. 175-191. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141331/R173-12.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

ESPAÑA. **Constitución Española**, de 29 dezembro de 1978. Disponível em: <[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

FAVELA, José Ovalle. **Estudios de derecho processual**. México: Universidad Autónoma de México, 1981, n. IV.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 782, dez. 2000, p. 90-96. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000160f17580e89b0c72db&docguid=Ida6c75c0f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ida6c75c0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=15&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>. Acesso em: 28 dez. 2017. Versão eletrônica, p. 01-05.

GIUSTINA, Vasco Della. **Controle de constitucionalidade das leis: ação direta de inconstitucionalidade, tribunal de justiça e município, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Súmula vinculante e independência judicial. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 59, n. 177, jan/mar1997, p. 122-133. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/97w70w.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. **O direito fundamental de acesso à justiça: em especial as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo no contexto brasileiro**. São Paulo: LTr, 2015

GUIMARÃES, Alexandre José. A edição de medidas provisórias por quem não tem a primazia do processo de legiferação e o estado democrático de direito. In: **Temas atuais de Direito**. MORANDI, Gilvan Bastos; LEITE, Claudia Farinelli; ROSINDO, Susi Mara (Org.). Curitiba: CRV, 2016. P. 59-80.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

ITÁLIA. **Costituzione dela Repubblica Italiana**, de 01 de janeiro de 1948. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr2005, p. 225-264. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43627>. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43627>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco. **Comentários às súmulas vinculantes**: com pesquisa sobre a regra do art. 52, X, da CF. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. **Revista de Direito Brasileira**. [S.l.], v. 16, n. 7, abr2017, p. 324-345. doi:10.5585/563. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/563>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito** = Reine Rechtslehre. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 1999, São Paulo: Martins Fontes, obra original de 1934, 3. tiragem.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional** = Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates, nach der neuen österreichischen Bunderverfassung vom I... 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, obra original de 1929, Coleção Justiça e direito.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: **Estudos Avançados** [online]. 1997, vol.11, n.30, pp.55-65. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141997000200005>. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005)>. Acesso em: 02 jan. 2018.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 145, jan. 1981, p. 1-20. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar. O controle de constitucionalidade no Brasil. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/controle\\_de\\_constitucionalidade\\_v\\_\\_Port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/controle_de_constitucionalidade_v__Port1.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. Disponível em: <  
<http://livrosjuridicosdp.blogspot.com.br/2010/07/os-indigenas-do-brasil-seus-direitos.html>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. VI.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis** = De l'Esprit des lois. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**: e legislação constitucional. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 132, out/dez1996, p. 321-330. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 dez. de 2017.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 33, n. 131, jul/set 1996, p. 133-134. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176482/000512743.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 dez. de 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1974, Disponível em:  
<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2018

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 133, jan/set 1997, p. 133-134. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/r133-06.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estud. av.** São Paulo, v. 18, n. 51, , ago. 2004, p. 79-101. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marcelo Wendel. A unidade, coerência e completude no ordenamento jurídico e o conceito de reincidência tributária. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia – UFU**. Uberlândia, v. 37, 2009. ISSN: 2178-0498. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/viewFile/18331/9827>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

VAN CAENEGEM, R. C. **Legal history: a european perspective**. London: Hambledon Press, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WALD, Arnaldo. Justiça e segurança. In: **O correio da manhã**. Rio de Janeiro, edição 22096, 18/04/1965. Disponível em: <[http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842\\_07&pagfis=63849&url=http://memoria.bn.br/docreader#>](http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=63849&url=http://memoria.bn.br/docreader#>). Acesso em: 02 jan. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derecho, justicia**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.