

**PERSPECTIVAS SOBRE UM NECESSÁRIO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES* ****

**PROSPECTS ABOUT A NECESSARY CONTROL OF CONSTITUTIONALITY
OF THE BINDING JUDICIAL PRECEDENTS**

**Alexandre de Castro Coura
Rodrigo Francisco de Paula**

RESUMO

Este trabalho analisa criticamente a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional. Para tanto, parte-se da caracterização do enunciado da súmula vinculante como um verdadeiro texto normativo subordinado, que não deve ser concebido como a escolha interpretativa, única e inquestionável, do Supremo Tribunal Federal sobre certo assunto no exercício da jurisdição constitucional, mas, sim, como mais uma norma aplicável *prima facie* ao caso concreto, exigindo a mediação do intérprete, a quem caberá aplicá-la somente se for o caso de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito. Em seguida, uma vez caracterizadas as súmulas vinculantes como textos normativos, sustenta-se que, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sobretudo ao exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição, apontando-se as situações em que pode ser reconhecida a inconstitucionalidade incidentalmente da súmula vinculante (no caso de inconstitucionalidade formal, de reforma constitucional, de mutação constitucional, ou, ainda, como decorrência da hermenêutica constitucional), a fim de se abrir uma importante via para se promover uma interpretação pluralista da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: SÚMULAS VINCULANTES –
INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE – HERMENÊUTICA JURÍDICA

ABSTRACT

This paper is a critical analyze about the possibility – and necessity – to insert the binding judicial precedent under the control of constitutionality, more specifically, that one exercised diffusely in all constitutional jurisdiction levels. Thus, the binding judicial precedent is characterized as a real subordinate normative text, which should not be seen as the interpretative choice, unique and unquestionable, about some theme decided by the Supreme Court of Brazil exercising the constitutional jurisdiction. In fact, it

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

** Trabalho indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades de Vitória.

should be seen as another norm, applicable *prima facie*, requiring the mediation of the interpreter, who will apply its in case being judgment only if it is appropriated, according the law hermeneutic and second the paradigm of the rule of law. Then, once characterized the binding judicial precedents as normative texts, like all the others normative texts, they should be under the control of constitutionality, specifically that one exercised diffusely in all constitutional jurisdiction levels and it's pointed the situations that could be recognized incidentally the unconstitutionality of the binding judicial precedent (in the case of unconstitutionality formal, constitutional reform, constitutional mutation or even as a result of the constitutional hermeneutic) to open an important way to improve an pluralistic interpretation of the Constitution.

KEYWORDS: BINDING JUDICIAL PRECEDENT – UNCONSTITUTIONALITY – DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY – LAW HERMENEUTIC

1. INTRODUÇÃO

Que as súmulas vinculantes já fazem parte da realidade da jurisdição constitucional no Brasil é algo que não se pode mais ignorar, desde a publicação da Lei n.º 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Não bastaram as críticas, dos mais variados matizes, formuladas pela doutrina quanto à legitimidade de tal instituto: “três penadas do legislador transformaram bibliotecas inteiras em lixo”, para se usar a célebre expressão de Julius Hermann von Kirchmann, lembrada por João Maurício Adeodato (2009, p. XV).

A doutrina se vê agora diante dos problemas decorrentes da interpretação e aplicação das súmulas vinculantes aos casos concretos.

Daí o esforço, que já vem se afirmando, em se resgatar a “dignidade da teoria jurídica em face da jurisdição e da legislação”, como fez, por exemplo, Marcelo Cattoni (2009, p. 39-56), ao analisar criticamente o “desvio hermenêutico” do Tribunal Superior do Trabalho ao interpretar e aplicar a Súmula Vinculante n.º 04.

Diante de tal quadro, uma questão que também merece análise crítica é sobre a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional.

A problematização, então, que serve de mote para o desenvolvimento deste trabalho, é a seguinte: é possível, ou mesmo necessário, haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes?

2. O ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE COMO TEXTO NORMATIVO SUBORDINADO

Em primeiro lugar, convém assentar a natureza jurídica das súmulas vinculantes, em busca de sua identidade funcional no direito positivo brasileiro.

Do art. 103-A, *caput* e § 1.º, da Constituição, extrai-se que os requisitos materiais e formais, bem como os objetivos para a edição de súmulas vinculantes são os seguintes:

(i) *requisitos materiais*: haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional (envolvendo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas), a respeito da qual haja controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública;

(ii) *requisitos formais*: a edição das súmulas vinculantes pode ocorrer de ofício ou por provocação (pelos legitimados indicados no art. 3.º da Lei n.º 11.417/06), ouvido previamente o Procurador-Geral da República (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 11.417/06), exigindo-se decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 11.417/06) e publicação na imprensa oficial (art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 11.417/06);

(iii) *objetivos*: pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Quer dizer, o enunciado da súmula vinculante, produzido de acordo com o rito estabelecido na Constituição e na Lei n.º 11.417/06, deve condensar certo entendimento do Supremo Tribunal Federal, verificado a partir de reiteradas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, desde que seja para se amainar a controvérsia existente sobre o assunto, apta a gerar insegurança jurídica e a possibilidade de propagação de novos processos sobre o mesmo assunto. Por essa razão, o enunciado da

súmula vinculante fica confinado ao horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Mas para não haver um exercício indevido, pelo Supremo Tribunal Federal, de atividade legislativa, deve-se entender que, na criação dos enunciados das súmulas vinculantes, embora haja um inegável caráter prospectivo (decorrente da própria vinculação futura dos órgãos judiciários e administrativos ao enunciado da súmula vinculante), não estão disponíveis quaisquer argumentos. Argumentos de política – para se utilizar a distinção de Ronald Dworkin (1995, p. 148) – não devem justificar a edição das súmulas vinculantes, que, como visto, subordinam-se a certos requisitos materiais que devem ser necessariamente observados.

Com efeito, Dworkin (1995, p. 150 e 415) esclarece que as decisões judiciais devem ser desenvolvidas e justificadas mediante o recurso a “argumentos de princípio”, e não mediante diretrizes ou argumentos políticos. Assim, enquanto a justificação de um programa legislativo possibilita, além do recurso a argumentos de princípio, também o recurso a argumentos políticos, a justificação de um decisão judicial deve ter como base argumentos jurídicos, isto é, argumentos de princípio.

No caso da edição das súmulas vinculantes, os argumentos de princípios são decorrentes da reconstrução dos casos pretéritos, que deve ser conduzida pela procura de um traço de identidade entre as decisões já tomadas, que se mostre relevante de tal modo que seja suficiente a justificar a criação de um enunciado com força vinculante, para se atender os objetivos perseguidos com a sua edição (dirimir a controvérsia atual sobre a questão constitucional, para se evitar a multiplicação de processos versando sobre questões idênticas).

Enfim, o enunciado da súmula vinculante, em verdade, deve ser encarado como um verdadeiro texto normativo *subordinado*, porque criado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da interpretação/aplicação da Constituição na apreciação de vários casos concretos.

3. PORQUE AS SÚMULAS VINCULANTES NÃO DEVEM SER CONCEBIDAS COMO “AS” ESCOLHAS FEITAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Se são textos normativos subordinados, gerados a partir da interpretação/aplicação da Constituição a vários casos concretos, condensados em enunciados, daí não se segue que as súmulas vinculantes sejam *as* escolhas feitas pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional.

Esse alerta é feito levando-se em conta que, de um modo geral, boa parte dos operadores jurídicos no Brasil ainda adota – conscientemente ou não – os supostos teóricos do positivismo jurídico de Hans Kelsen, o que os leva, tendencialmente, a encarar os enunciados das súmulas vinculantes como *a* escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, a partir de “uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 1998, p. 390).

Como assevera Menelick de Carvalho Netto (1997, p. 27),

a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar, difusa e eficazmente, não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução dessa prática, ao determinar decisivamente o caldo da cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito.

Em outras palavras, dentre várias interpretações possíveis do direito positivo, haveria com a edição da súmula vinculante, no quadro de leituras possíveis, *uma* escolha feita pelo Supremo Tribunal Federal, cuja observância se tornaria obrigatória a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Não interessa, para os limites deste trabalho, apontar aqui as inconsistências de tal perspectiva teórica, como se fosse possível, *sic et simpliciter*, estabelecer-se de antemão o sentido possível das decisões, judiciais e administrativas, em casos concretos que envolvessem o mesmo assunto, num “retrocesso em direção à metafísica clássica”, ao se imaginar que “na súmula estaria ‘condensada a substância’ (essência) de cada ‘coisa’ jurídica, como se as súmulas fossem ‘juízos assertórios’ e uma ‘proposição pudesse mostrar o seu sentido’”, conforme assevera Lenio Streck (2005, p. 154).

Com efeito, o que não se pode conceber é que haja um “sequestro da temporalidade” (STRECK, 2005, p. 154) do caso que se põe a julgamento, aqui e agora, para cuja solução há necessidade de atribuição de sentido tanto ao enunciado da súmula

vinculante quanto aos argumentos discursivamente debatidos pelas partes no bojo do processo.

Toda aplicação do direito positivo envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa da abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete.

Desde Heidegger, passando por Gadamer, Wittgenstein e Langshaw, no contexto da filosofia da linguagem, depreende-se que o uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos é o que lhes confere seu significado, razão pela qual o fato de se compreender, semanticamente, o significado do enunciado de uma súmula vinculante não depende do que o Supremo Tribunal Federal tenha pretendido dizer, mas da situação histórica que se faz presente na sua aplicação, que delimita o sentido possível que condiciona o intérprete na solução do caso que, concretamente, põe-se diante de ti, com suas especificidades únicas.

O que se quer deixar claro, com isso, é que é indispensável que haja, efetivamente, a interpretação e aplicação do enunciado da súmula vinculante a partir do caso discursivamente reconstruído, no bojo de um procedimento contraditório, em que sejam levados em consideração os argumentos apresentados pelos sujeitos desse processo.

Isso torna evidente que, uma vez editado o enunciado da súmula vinculante, ele deve ganhar a conotação de *mais uma* norma aplicável *prima facie*, no discurso de aplicação do direito.

Desde tal perspectiva, de acordo com Klaus Günther, as súmulas vinculantes devem ser vistas como pretensões normativas igualmente válidas e à primeira vista cabíveis ao caso, mas que devem ser consideradas como “argumentos”, não contra a validade das outras normas aplicáveis *prima facie*, mas contra sua “adequação” ao caso, que deve ser descrito de forma completa (GÜNTHER, 2000, p. 90).

A “cláusula *prima facie*” apenas significa que será insuficiente sustentar que uma súmula vinculante é realmente aplicável a um caso concreto sem que antes seja realizado o “ônus recíproco de argumentação”, consistente na demonstração de boas razões que possam justificar a prevalência da aplicação da súmula vinculante, em detrimento da aplicação de outras normas igualmente *prima facie* aplicáveis (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Incumbe, assim, ao aplicador vinculado ao enunciado da súmula vinculante interpretá-lo à luz do caso concreto, naquele círculo hermenêutico que envolve um ir-e-vir, num processo circular de compreensão, dependente de um sentido que deve ser discursivamente construído a partir dos argumentos defendidos pelas partes que serão afetadas pela decisão.

Tendo em vista que, com a fixação do significado, algumas características do caso são determinadas como relevantes, enquanto outras nem tanto, deve-se justificar também esse ato seletivo, de modo a se justificar, ou não, a adequação da aplicação da norma ao caso concreto. Afinal, além do sentido de textos, é necessário interpretar também a situação de aplicação da norma. Dessa forma, é sempre necessário justificar a (ir)relevância de determinadas circunstâncias que integram a descrição da situação. Essa descrição deve ser a mais completa possível, de forma a considerar todas as circunstâncias da situação e todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis (incluindo-se aqui o próprio enunciado da súmula vinculante pertinente), para que seja possível declarar fundamentadamente qual entre as possíveis interpretações ajusta-se melhor ao caso (GÜNTHER, 2000, p. 93).

A partir do critério de adequação, é possível afirmar que, embora possam ocorrer diversas justificações para a aplicação de uma norma, apenas a construída a partir de uma interpretação coerente de todas as normas *prima facie* aplicáveis a uma descrição completa do caso é adequada. É relevante ressaltar que a cláusula *prima facie* aplicável não compromete a força normativa ou a normatividade, visto que considerar uma norma não adequada a uma situação descrita de forma completa é diferente de descumpri-la. O ônus de argumentação implica a reafirmação da validade da norma considerada não-adequada à determinada situação e, conseqüentemente, da possibilidade de que ela seja aplicada em outros casos.

Em suma, a partir do momento em que uma súmula ganha *força vinculante*, transforma-se, ela mesma, num texto normativo subordinado, que depende, para ser aplicado, de entrar novamente no jogo de interpretação/aplicação, no conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretada e somente ser aplicada *se for o caso* de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A proposta de Günther, há pouco delineada, reveste a coerência idealmente justificada do sistema jurídico de um significado distinto, abrindo-se, ainda, à pretensão de reconstrução racional do Direito vigente, presente na teoria de Dworkin, de tal modo que esse Direito admita precisamente uma única decisão correta para cada nova situação de aplicação.

Essa proposta pode resgatar a *legitimidade perdida* das súmulas vinculantes no sistema brasileiro, abrindo-lhes um horizonte de sentido constitucionalmente adequado, reforçando a legitimidade da própria tutela jurisdicional à luz do paradigma Estado Democrático de Direito.

Isso significa a exigência de se observar uma coerência na aplicação normativa, para a estabilização de expectativas de comportamento, buscada por meio do Direito, de forma que os precedentes e também as situações futuras, hipoteticamente consideradas, não sejam simplesmente desprezadas, a partir de referências argumentativas exclusivamente fundadas na situação de aplicação e na norma que supostamente decorreria do princípio cabível, como aponta Dworkin (1995, p. 155-156):

Um argumento de princípio pode servir de justificação para uma decisão determinada, amparada na doutrina da responsabilidade, somente se for possível demonstrar que o princípio citado é coerente com decisões anteriores que não foram modificadas e com aquelas que a instituição está disposta a tomar em circunstâncias hipotéticas. Não é muito surpreendente que seja assim, mas o argumento não seria válido se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos políticos. Dessa forma, eles estariam livres para dizer que uma política está bem servida, bem como que ela serviria apenas para o caso que se julga – concedendo, por exemplo, o subsídio necessário somente a uma indústria em dificuldades –, de modo que não teriam necessariamente que entender que as decisões anteriores e as hipotéticas decisões futuras estão a serviço da mesma política.

Nesse sentido, o princípio da integridade, no âmbito da aplicação normativa, requer que os juízes concebam o Direito como um todo, e não como uma sequência de decisões ou atos normativos isolados, que por eles podem ser livremente tomados e interpretados, de forma casuística e aleatória.

Assim, as súmulas vinculantes não podem ser usadas como um instrumento solitário para a solução dos casos concretos que, a princípio, reclamarem a sua observância. Devem, para além disso, ter sua aplicação coerentemente justificada, à luz de uma teoria discursiva da argumentação no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional, considerando as especificidades constitutivas de sentido do caso concreto a ser julgado.

Isso significa que a não-aplicação de uma súmula vinculante a um dado caso concreto que, a princípio, atrairia a sua aplicação, longe de representar o descumprimento do

enunciado com força vinculante, reitera, mesmo, a sua adequação somente aos casos em que, efetivamente, a sua aplicação se traduzir como a única resposta correta. Afinal, o discurso de aplicação representa o processo pelo qual se busca a realização da pretensão de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Essa concepção sobre a identidade funcional das súmulas vinculantes serve para lhes conferir alguma legitimidade, evitando que se convertam num instrumento cego, despropositado e altamente criticável no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional.

4. O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Como visto, as súmulas vinculantes devem ser concebidas como verdadeiros textos normativos, *subordinados*, já que o Supremo Tribunal Federal não dispõe dos mesmos argumentos que o Poder Legislativo na sua edição, estando mesmo jungido aos *requisitos materiais e formais*, bem assim aos *objetivos* estabelecidos para a criação dos enunciados. Mais ainda, as súmulas vinculantes se apresentam como normas aplicáveis apenas *prima facie* ao caso concreto, exigindo a mediação do intérprete, a quem caberá aplicá-la somente *se for o caso* de ser adequada à situação que se apresenta *hic et nunc*.

Se assim é, como textos normativos que são, as súmulas vinculantes, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sistema inerente à própria ideia de jurisdição constitucional.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade das súmulas vinculantes, não há maiores dificuldades em se vislumbrá-lo a partir do próprio procedimento de cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, disciplinado pela Lei n.º 11.417/06.

É bem verdade que existem algumas diferenças formais entre o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, realizado pela via da ação direta de inconstitucionalidade, e o cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, mas, em substância, é possível concebê-los como expressão única do exercício da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade de textos normativos, ou seja, tanto das leis e dos demais atos normativos, como das súmulas vinculantes.

Quanto às diferenças formais existentes, tem-se que os legitimados para propor o cancelamento do enunciado de súmulas vinculantes não são os mesmos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Realmente, além dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, da Constituição), ainda podem, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 11.417/06 e segundo o art. 103-A, § 2.º, da Constituição, deflagrar o processo de edição, revisão e cancelamento dos enunciados das súmulas vinculantes o Defensor Público Geral da União, os tribunais (Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares) e os Municípios (incidentalmente ao curso de processo em que seja parte).

Além disso, o quórum para edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante é de dois terços (art. 103-A, da Constituição; art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 11.417/06), ao passo que, para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, é de maioria simples (art. 23 da Lei n.º 9.868/99), exigindo-se, para a instalação da sessão, a presença de no mínimo oito ministros (art. 22 da Lei n.º 9.868/99).

Essas diferenças, contudo, não desnaturam a substância do controle de constitucionalidade exercido. O procedimento de cancelamento do enunciado de súmula vinculante trata-se, sem dúvida, de verdadeiro controle de constitucionalidade. Se a súmula vinculante é criada no exercício da jurisdição constitucional, contendo em seu enunciado o resumo, por assim dizer, de decisões tomadas reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, o cancelamento do seu enunciado somente se justifica se ele não se revelar mais compatível com a Constituição; em uma palavra, se se tornar evidente a sua inconstitucionalidade.

Com efeito, assim como ocorre com as leis e os atos normativos, as súmulas vinculantes podem entrar em rota de colisão com a Constituição, (i) seja pela *inconstitucionalidade formal*, verificada pela inobservância dos requisitos materiais e formais, bem como dos objetivos, estabelecidos para a sua criação; (ii) seja pela *reforma constitucional*, em virtude da alteração do texto constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição; (iii) seja pela *mutação constitucional*, com a mudança do sentido atribuído ao texto constitucional, tornando obsoleto o entendimento cristalizado no enunciado da súmula vinculante; (iv) seja, ainda, pela *hermenêutica constitucional*, ao se abrir um novo horizonte de sentido inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Essas são as situações que podem reclamar o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma súmula vinculante, a ser proclamado pelo cancelamento de seu enunciado, na via do controle concentrado de constitucionalidade, na forma disciplinada pela Lei n.º 11.417/06.

Se devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, já havendo, inclusive, procedimento específico na Lei n.º 11.417/06 quanto ao controle concentrado de constitucionalidade (sob o rótulo de *cancelamento* do enunciado das súmulas vinculantes, como visto), não há porque se recusar a possibilidade – e até mesmo a necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes.

Uma explanação sobre as situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes contribuirá para tornar evidente a necessidade de se admitir também o controle difuso de constitucionalidade.

(i) *inconstitucionalidade formal*: a inobservância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a criação das súmulas vinculantes é causa evidente para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante.

A edição das súmulas vinculantes – isso é algo fora de dúvida – só pode ocorrer se forem observadas as exigências constitucionais e legais para tanto. Aqui, no entanto, o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculante assume especial relevância, na medida em que, na edição dos enunciados, sói não ocorrer, no Supremo Tribunal Federal, a problematização do estrito cumprimento das exigências constitucionais e legais para a criação das súmulas vinculantes.

Vale dizer, súmulas vinculantes editadas sem que haja reiterada decisões sobre matéria constitucional determinada, tampouco sem que haja controvérsia a seu respeito (*requisitos materiais*), ou que não tenham obedecido o rito estabelecido na Lei n.º 11.417/06 (*requisitos formais*), ou, por fim, que não se prestem a pôr fim à insegurança jurídica causada pela controvérsia a respeito da matéria constitucional e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica (*objetivos*), são inconstitucionais e, nessas situações, muito provavelmente o Supremo Tribunal Federal, no momento da edição do enunciado, oblitera essas inconsistências.

Ora, nesse sentido, aos juízes, em todos os níveis da jurisdição, uma vez provocados no controle difuso de constitucionalidade com argumentos que problematizem o não-

cumprimento dessas exigências, caberá decidir sobre a compatibilidade formal da súmula vinculante com a Constituição, isto é, sobre a própria observância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a sua criação, devendo, se for o caso, reconhecer a sua inconstitucionalidade incidentalmente, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

(ii) *reforma constitucional*: a alteração formal da Constituição, pelo procedimento de reforma constitucional, também pode reverberar sobre a constitucionalidade da súmula vinculante.

Mudado o texto constitucional, pode ocorrer de a súmula vinculante se tornar frontalmente contrária à Constituição.

Aliás, não custa recordar que o efeito vinculante – típico das decisões proferidas no controle concentrado constitucionalidade (art. 102, § 2.º, da Constituição) e inerente à própria identidade das súmulas *vinculantes* (art. 103-A, *caput*, da Constituição) – não alcança o Poder Legislativo, mas somente os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Por isso, com o intuito mesmo de *corrigir* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cristalizada na súmula vinculante, o Poder Legislativo pode alterar a Constituição, tornando inconstitucional o enunciado.

Nesses casos, também poderá o juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da súmula vinculante, deixando de aplicá-la ao caso concreto, em obediência à própria normatividade da Constituição, pois não teria sentido aguardar-se o cancelamento do enunciado da súmula vinculante (no controle concentrado de constitucionalidade) para só, então, desobrigar-se os juízes de levar em consideração, como norma *prima facie* aplicável, um texto normativo que se mostra inconstitucional.

(iii) *mutação constitucional*: além do processo de reforma da Constituição, formal por definição, existem os “processos informais de mudança da Constituição”, resultantes de uma “interpretação evolutiva” ou de “construção constitucional”, consoante aponta Ana Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 125-145).

Trata-se, na verdade, da “atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes” (BARROSO, 2001, p. 145).

Nesses casos, assim como ocorre com a reforma constitucional, a normatividade da Constituição, que adquire um novo sentido em decorrência de *mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos ministros* ao editarem a súmula vinculante, impõe que se reconheça a inconstitucionalidade da súmula vinculante, constituindo, evidentemente, um ônus de argumentação a demonstração do fenômeno da mutação constitucional, apto a caracterizar essa inconstitucionalidade superveniente.

(iv) *hermenêutica constitucional*: por fim, consoante já exposto, a edição do enunciado das súmulas vinculantes é condicionada a um horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal.

Pode ocorrer de se abrir para o intérprete, diante do caso concreto, um novo horizonte de sentido da Constituição inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição.

Como as súmulas vinculantes não podem representar *as* escolhas interpretativas, únicas e inquestionáveis, do Supremo Tribunal Federal sobre certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional, é natural que se reconheça, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, que outros significados para a Constituição surjam no exercício difuso da jurisdição constitucional.

Pois bem. Em todas essas situações que ensejam o reconhecimento da inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, a atuação do juiz no controle difuso de constitucionalidade, em qualquer grau de jurisdição, afastando a aplicação da súmula vinculante considerada inconstitucional, revela-se imprescindível à afirmação de um sistema ideal coerente de normas válidas, ou seja, um sistema não contraditório, que possibilite uma resposta adequada para cada caso.

Evidentemente, caberá ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre a inconstitucionalidade da súmula vinculante. Mas, não há dúvidas, admitindo-se expressamente a possibilidade – e a própria necessidade – de haver o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, abre-se uma importante via para se promover uma “interpretação pluralista da Constituição”, a fim de que se reconheça, efetivamente, que, para a sua realização, devem estar “potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo

possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 2002, p. 13), já que o Supremo Tribunal Federal, se decidir ratificar a constitucionalidade da súmula vinculante, terá o ônus de afastar os argumentos levados em consideração no reconhecimento de sua inconstitucionalidade, realizado difusamente, em qualquer grau de jurisdição.

5. CONCLUSÃO

Embora a legislação e a jurisdição tenham o *poder* de transformar em *lixo* as teorias jurídicas, não têm, o legislador e o julgador, como escapar de uma análise teórica crítica que possa afetar, dos mais diversos modos e maneiras, a própria identidade do produto que criam (isto é, dos textos legislativos e das decisões judiciais). A dignidade da teoria jurídica reside, então, na projeção de um olhar crítico sobre a legislação e a jurisdição, que muitas vezes desvela aquilo que nem o legislador nem o julgador tiveram a capacidade de antever quando da criação de seus produtos.

No caso das súmulas vinculantes, descartadas as críticas quanto à legitimidade de sua inserção no direito positivo brasileiro, restou à doutrina, agora, a tarefa de lhes conferir um tratamento constitucionalmente adequado, que seja capaz de não apenas resgatar a sua legitimidade, mas, também, de fornecer aos intérpretes/aplicadores vinculados aos seus enunciados subsídios úteis para uma compreensão sobre os limites e as possibilidades de sua tarefa de lhes dar efetividade.

Sob esse influxo, e à luz das considerações desenvolvidas neste trabalho, conclui-se que a possibilidade – e necessidade – de inserção das súmulas vinculantes no âmbito do controle de constitucionalidade, mais especificamente, daquele exercido difusamente em todos os níveis da jurisdição constitucional, revela-se indispensável à manutenção da coerência do próprio sistema jurídico, aplacando-se contradições que impediriam a apresentação de uma resposta adequada para cada caso, além de contribuir, vividamente, para a promoção de uma interpretação pluralista da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 3, p. 27-30, jan./jun. 1997.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, vol. 03, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 39-56.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. *Los derechos en serio*. trad. Marta Guastavino. 2. Reimp. Barcelona: Ariel, 1995.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. trad. de Leonel Cesarino Pessôa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n.º 06, p. 85-102, 2000.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 145-205.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 04, n.º 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

Lenio Streck fez um excelente inventário sobre as críticas referentes à inadequação das súmulas vinculantes no direito brasileiro: O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 152-160. Cf. também: TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 04, n.º 12, p. 147-161, jan./mar. 2006.

É bem verdade que, com a possibilidade de haver a modulação temporal dos efeitos vinculantes da súmula, nos termos do art. 4.º, da Lei n.º 11.417/06, invariavelmente podem ser utilizados argumentos de política para se justificar tal providência, ainda que travestidos sob a roupagem de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

Quanto a isso, cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 31-43.

Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 34-37.

Assim sendo, o ônus da argumentação requerido implica realizar uma interpretação coerente de todas as normas válidas passíveis de aplicação a uma situação, que deve necessariamente ser descrita de modo completo.

No original: “Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada, amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si se puede demostrar que le principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas, y con decisiones que la institución está dispuesta a tomar en las circunstancias hipotéticas. No es muy sorprendente que así sea, pero el argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. Entonces estarían en libertad de decir que una política podría estar bien servida con sólo servirla en el caso se juzga – concediendo, por ejemplo, sólo el subsidio necesario a una industria en dificultades –, de modo que no hubiera que entender necesariamente que las decisiones anteriores ni las hipotéticas decisiones futuras estén al servicio de la misma política”.

Em matéria tributária, o Poder Legislativo tem atuado reiteradamente dessa forma, alterando a Constituição para *corrigir* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tome-se, como exemplo, o caso da contribuição para a seguridade social prevista originariamente no art. 195, inc. I, da Constituição. No texto constitucional originário, previa-se que o tributo poderia ser cobrado dos *empregadores* sobre a *folha de salários*, o *faturamento* e o *lucro*. A Lei n.º 7.787/89 estabelecia que a contribuição incidente sobre a *folha de salários* deveria incidir sobre o *total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores* (art. 3.º, inc. I). A declaração de inconstitucionalidade do art. 3.º, inc. I, da Lei n.º 7.787/89, no julgamento do RE n.º 166.772/RS (Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.05.1994, DJ 16.12.1994, p. 34896), se deu sob o argumento de que a relação jurídica mantida com administradores, autônomos e avulsos não resulta de contrato de trabalho, pelo que seus pagamentos não são realizados através da folha de salários, não podendo, portanto, integrar a base de cálculo para efeito de exigência da

referida contribuição, limitada que está a incidir sobre a folha de salários (resultante apenas dos pagamentos realizados aos empregados). Declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da lei, não tardou a ser promulgada a Emenda Constitucional n.º 20/98, que incluiu no inc. I do art. 195 da Constituição a alínea “a”, preceituando que a contribuição do empregador pode incidir *sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*. A partir daí, tornou-se possível, constitucionalmente, a incidência da referida contribuição não apenas sobre a remuneração paga aos empregados (realizada via folha de salários), mas, também, sobre a remuneração paga aos avulsos, autônomos e administradores.