

Jurisprudência na Suprema Corte brasileira: das antigas súmulas às súmulas vinculantes

Jurisprudence in the Brazilian Supreme Court: from ancient precedents to binding precedents

Alexandre Coutinho Pagliarini¹

Centro Universitário Internacional UNINTER
alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com

Vinicius Hsu Cleto²

Centro Universitário Internacional UNINTER
viniciushsu@gmail.com

Walber Toffoli³

walbertoffoli@hotmail.com

Resumo

Este *paper* analisa a regularidade do uso das Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal do Brasil, iniciando com um histórico comparativo entre os países que adotam a *Civil Law* e a *Common Law*, progredindo para o tema dos precedentes e seu tratamento pelo Supremo Tribunal Federal - agora com o efeito vinculante dos mesmos - inclusive com a nova forma de tramitação no Tribunal para aprovação destas Súmulas. Como análise de caso, foi esmiuçada a Súmula Antiga n. 377, datada de 1964, que regula o regime de separação de bens obrigatoriamente adotado em caso de casamento de pessoas com idade avançada, bem como as recentes Súmulas Vinculantes n. 11 (uso de algemas pela polícia) e n. 14 (acesso a inquéritos policiais). O problema que esta pesquisa enfrenta é o de saber se a Suprema

¹ Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Rua Luiz

² Mestrando em Direito. Centro Universitário Internacional (UNINTER). Rua Luiz Xavier, 103, 3 andar, Centro, Curitiba/PR, CEP 80.021-980, Brasil.

³ Especialista em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), em convênio com a Universidade Positivo (UP). Bacharel em Ciências Contábeis pela UFPR e em Direito pela Universidade Mackenzie. Centro Universitário Internacional (UNINTER). Rua Luiz Xavier, 103, 3 andar, Centro, Curitiba/PR, CEP 80.021-980, Brasil.

Corte brasileira ainda está a utilizar as antigas Súmulas como se vinculantes fossem, de forma que o objetivo é desvendar a problemática apontada por meio dos métodos indutivo e dedutivo, o primeiro quando da proposição de uma hipótese geral, o segundo quando da aferição de um dado certo, mais especificamente da análise jurisprudencial que faz parte deste trabalho científico.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Súmulas Antigas, Súmulas Vinculantes.

Abstract

This paper analyses the regularity of the use of binding precedents by the Brazilian Supreme Court, starting with a comparative history between the countries that adopt the Civil Law or Common Law legal system, progressing to the subject of precedents and its treatment by the Federal Supreme Court, now with the binding effect of these precedents, including the new procedures in the Court for their approval. The following cases are studied: the Ancient Precedent n. 377 (1964), which regulates the mandatory arrangement of separation of assets adopted in the elderly's marriage, as well as recent Binding Precedents n. 11 (police use of handcuffs) and n. 14 (access to police inquiries). The problem that this research faces is whether the Brazilian Supreme Court is still using the old summaries as binding, so that the objective is to unravel the problematic pointed out through the inductive and deductive methods, the first one when proposing of a general hypothesis, the second when assessing a certain data, more specifically the jurisprudential analysis that is part of this scientific work.

Keywords: Brazilian Supreme Court, Ancient Precedents, Binding Precedents

Introdução

No presente estudo é enfrentada a problemática do uso repetido (e constante) do que aqui se convencionou chamar de “Antigas Súmulas” do Supremo Tribunal Federal, mesmo que seja do conhecimento dos cientistas do Direito pátrio que tais apanhados jurisprudenciais são desprovidos de força vinculante. Logo, isso prova que, ao aplicar constantemente as Antigas Súmulas, o STF aumenta substancialmente o seu já altíssimo grau de ativismo judicial, extrapolando o que, em tese, só lhe seria possível pela edição e pela aplicação das novas súmulas, as denominadas Súmulas Vinculantes. Para enfrentar este problema que se considera aqui de enorme gravidade, este texto objetiva se utilizar da jurisprudência do STF na edição de algumas súmulas (das antigas e das vinculantes) consideradas paradigmáticas no Direito jurisprudencial brasileiro. Eis, pois, a metodologia: em primeiro lugar, uma hipótese geral a ser investigada (indução); em seguida, uma acurada análise jurisprudencial (dedução); não se deixa se analisar, aqui neste *paper*, a sempre indispensável visualização científica da doutrina.

Para que se possa compreender com mais clareza o grande objetivo deste texto, diga-

se que o seu escopo maior é a demonstração das diferenças e das proximidades entre as Antigas Súmulas e as Súmulas Vinculantes, estas aprovadas pelo constituinte derivado desde dezembro de 2004, chegando-se à conclusão de que a aprovação de Súmulas, vinculantes ou não, pode representar o engessamento de teses jurídicas, bem como o imobilismo jurídico do Direito material. Isso porque o teor dos enunciados acaba por se transformar em mantras sagrados nos gabinetes do Judiciário, não podendo ser profanados por quem quer que seja.

Na análise do dia-a-dia dos operadores do Direito, ou seja, na rotina dos juristas, uma das atividades que mais provocam exercícios hermenêuticos é a correta compreensão dos institutos de Direito, que sejam alternativamente aplicáveis a cada situação que lhes é apresentada, bem como das consequências destas normas jurídicas nos casos concretos. Cabe profunda reflexão jurídica no momento de postular, recorrer, opinar ou decidir, do que decorrerão efeitos consecutivos no deslinde das situações. No caso do exercício exegético posto a cabo pelo julgador, é grave a sua função à medida que este, numa interpretação sistemática includente do Direito Internacional, deve verter as normas gerais e abstratas em normas individuais e concretas, prolatando, assim, a sentença de modo pertinente, ou seja: de acordo com o sistema; quer dizer, segundo as normas gerais e abstratas, consideradas, acima de todas, as normas internacionais e nacionais de Direitos Fundamentais. Igualmente, uma das preocupantes falhas dos juristas contemporâneos é o uso exacerbado da doutrina e da jurisprudência para a solução dos casos concretos que lhe são postos para julgamento, isso porque, principalmente os magistrados no uso da jurisprudência, valem-se de "(...) sentenças já proferidas, o que é realmente mais prático do que analisar, (...) ponderar e até revelar aquilo que em determinado momento estava encoberto" (Schorr, 2016).

No Brasil, por conta da tradição da *civil law*, utiliza-se, normalmente, o juiz do Direito positivo geral e abstrato para a criação da sentença (norma individual e concreta). Insista-se que isso é uma decorrência da vinculação brasileira ao sistema jurídico dos países que adotam a tradição romanística, na qual há o primado do processo legislativo e das normas gerais e abstratas a serem observadas pelos Poderes Judiciário e Executivo em suas decisões. Denomina-se isto *Civil Law*, e encontra-se insculpido na Constituição Federal, no artigo 5º, caput e inciso 2º, que trata do princípio da legalidade, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Recorde-se que, desde a década de 1960, a Suprema Corte brasileira estabeleceu a criação de um repositório de enunciados de Súmulas, como consequência de tentativa de uniformização de jurisprudência controversa. Estes enunciados são conhecidos como Súmulas de Jurisprudência Predominante, Súmulas Persuasivas, Súmulas Antigas, ou simplesmente Súmulas, sendo o último o enunciado nº 736, aprovado em sessão plenária de 26.11.2003. Elas continuam presentes na pauta da Suprema Corte.

Apenas em 2004, mediante Emenda Constitucional, foi criado o instituto das Súmulas Vinculantes, dentro do marco de reestruturação do Poder Judiciário. Passados mais de dez anos de plena operação, é possível realizar a análise que ora se propõe. É neste sentido que é igualmente escopo do trabalho a análise pontual de uma das Súmulas Antigas, devendo-se lembrar, a título de contabilidade, que algumas das Antigas Súmulas têm sido aplicadas há mais de 50 anos.

A sociedade brasileira, hoje de modo mais aguçado, passa por uma crise de desconfiança sobre o Poder Judiciário, o que em parte foi atenuado com algumas inovações tecnológicas, capazes de conferir tramitação mais célere aos processos e procedimentos judiciais, bem como a atual transparência midiática de algumas Cortes e de alguns processos em maior evidência.

Apesar da modernidade tecnológica, não se pode esquecer que em muitos momentos ainda prepondera o ativismo judicial, que se aproxima de uma verdadeira teologia, no aspecto de ter por fundamento a "criação de autoridade pelo incentivo do desejo de obediência", tornando-se prejudicial a abordagem racional da ciência jurídica (Copetti Neto; Machado, 2009, p. 190-191).

Confrontando-se com este ativismo, que poderia resultar em verdadeiro poder teológico-político dos tribunais, a hermenêutica jurídica espraia seus conceitos, operando como única alternativa em defesa do Estado constitucional e democrático (Copetti Neto; Machado, 2009, p. 192).

As questões metodológicas e as problematizações (perguntas) seguem abaixo.

Prolegômenos metodológicos

Para chegar às conclusões que serão apresentadas ao final e responder às problematizações prequestionadas a seguir, utilizou este *paper*, numa primeira abordagem, o método indutivo; lembre-se que este é aquele que se configura como o processo mental que, para chegar ao conhecimento ou demonstração de uma verdade, parte de fatos particulares, comprovados, e, depois, conclui de forma genérica. Isso se chama indução e por meio dela se estabelece uma verdade universal – ou uma referência geral – a partir da qual se dão os passos de uma investigação com base no conhecimento de certo número de dados singulares (aqueles colhidos mais tarde *pela dedução*). A verdade que se põe, desde já, pela indução metodológica é: sendo o Brasil um país que historicamente adota a *civil law*, a utilização exagerada de súmulas (vinculantes ou não) só pode representar uma forma de metamorfose do Direito brasileiro de *civil law* em quase um Direito já bastante regido pela *common law*. Logo, de certo modo – pelo menos neste artigo científico –, misturam-se e se complementam os métodos indutivo e dedutivo.

(a) Problematizações científicas

Ao se levar em consideração os Prolegômenos Metodológicos acima descritos, resta ao cientista do Direito apresentar questionamentos e apontar soluções às problemáticas

introduzidas no texto. É nesse sentido que se propõem as seguintes perguntas, as quais serão respondidas, na melhor ordem, no decorrer deste *paper*, amparadas pelas justificativas jurisprudenciais e doutrinárias aqui constantes.

As perguntas – problematizadas – são:

A) Problema de pesquisa número 1: O Judiciário brasileiro ainda se utiliza das Antigas Súmulas?

B) Problema de pesquisa número 2: Após a Reforma do Judiciário brasileiro ocorrida em 2004 com a Emenda Constitucional número 45, o STF tem feito uso exagerado das Súmulas Vinculantes no sentido de inovar o sistema de normas gerais e abstratas que, em tese e *a priori*, deviam ter sido objeto de processo legislativo democrático?

Esses dois problemas serão enfrentados, um a um, do item 2 ao 5. No sexto (Conclusões), as perguntas acima postas serão respondidas objetivamente, sendo certo que a compreensão do texto só se propiciará na inteireza da sua leitura, a qual fica aqui proposta, desde já, com a meditação necessária.

Civil Law versus Common Law

Tratando-se de tema histórico, ainda que revestido de completa atualidade, recorde-se que existem dois grandes modelos de sistemas jurídicos que espraiam seus conceitos pelo mundo: *Civil Law* e *Common Law*. Ambos os modelos pretendem assegurar que o Direito: (1) seja um instrumento social para a realização do justo, do objetivo, do isonômico, preservando os objetivos da vida em sociedade; (2) seja estável, sem ser imóvel, para assegurar que futuras relações jurídicas estejam pré-reguladas, evitando-se o aleatório nas eventuais futuras decisões judiciais.

Não há que se falar em melhor ou pior sistema. Apenas há que se pontuar que são decorrentes de fatores históricos e circunstâncias sociais em vigor em cada grupo de países, sendo a *Civil Law* a vertente romanística (nações latinas, germânicas, entre outros grupamentos), com o primado das fontes do Direito no processo legislativo e na norma geral e abstrata posta no sistema pela autoridade competente; e a *Common Law* a vertente anglo-saxônica (nações anglófonas), onde há um primado misto entre o Direito costumeiro e o jurisprudencial (Reale, 2002. p. 141-142).

Há também que se considerar que as diferenças entre as famílias se radicam na própria concepção do Direito, já que nos países da *Civil Law* se identifica o Direito com a própria norma jurídica geral e abstrata. Já nos países da *Common Law*, o Direito positivo legislado é visto como fonte excepcional do Direito, muito disso por força do apego dos anglófonos ao Realismo Jurídico (Cappelletti, 1999, p. 122-3).

Hodiernamente, há o entendimento que "(...) ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento Judiciário e do Direito jurisprudencial" (Cappelletti, 1999, p. 124).

Tanto na *Civil* quanto na *Common Law*, o fato é que o juiz acaba por criar norma

individual e concreta naquilo que concerne ao caso que está sob a sua análise. A diferença é que na *Common Law* pode haver a profusão dos efeitos da decisão, e isso é tradição entre os anglófonos desde a Inglaterra. Tal “novidade” é relativamente recente nos países de berço romano-luso-germânico (excetuada a França por conta da sobrevalorização da *volonté général* de Rousseau, 1996, 224 p.)⁴, e desde que haja previsão constitucional, o que vem a ser o caso do Brasil – sem os exageros que vem sendo cometidos por um Judiciário – brasileiro – que, por múltiplos fatores jurídicos e extrajurídicos, está a impor uma espécie de ditadura da toga – em plenos tempos de viabilização de uma “Lava Toga”⁵. Tais estudos têm sido acompanhados pela doutrina há muitos anos, mais especificamente desde a edição da Emenda Constitucional número 45, de dezembro de 2004 (Pagliarini; Tesserolli, 2017, p. 13-47), e, no que se refere à jurisdição especificamente constitucional, desde Kelsen até Pfersmann (Pfersmann, 2014, p. 111).

Jurisprudência

O vocábulo jurisprudência, em sua etimologia, deriva do latim e significa “justa prudência”, podendo também ser inferido da expressão latina *Auctoritas Prudentum*, que significa “autoridade dos sábios ou prudentes” (Villar, 2017, p. 15).

Em uma interpretação mais atualizada e completamente doutrinária, jurisprudência é o conjunto de decisões no mesmo sentido, ou é a forma, como salienta Reale (2002, p. 167), “de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Decorre disto que a fonte formal da jurisprudência é a aplicação plena da atividade jurisdicional do Estado, dentro das atribuições do Poder Judiciário, representando um costume Judiciário que se forma pela prática dos tribunais, constituindo ao final uma forma de expressão do Direito positivo; não só um costume, mas, de fato e de direito, o exercício da função jurisdicional pela aplicação, pelo Judiciário, do Direito positivo criado pelo Poder competente para tanto, que é o Legislativo nas tradições de Roma, França, Portugal, Alemanha e Brasil; e isso, no Brasil, decorre de expressa previsão constitucional, que dedicou ao Poder Judiciário todo o Capítulo III.

Maria Helena Diniz (1999, p. 291) lembra que Ruy Barbosa já afirmava que a jurisprudência influencia no movimento evolutivo dos textos legais, suprimindo as deficiências destes.

Por natural que não se possa tratar um julgado isolado como jurisprudência, ou mesmo poucos julgados, uma vez que é necessário que haja diversas decisões coerentes e uniformes, construídas ao longo do tempo, emanadas de juízos singulares e de tribunais hierarquizados, para só então se caracterizar a existência de uma jurisprudência consolidada.

No Direito Português, havia a uniformização da jurisprudência pelo instituto do

⁴ Comentário dos autores: não é de se estranhar que a França, que é o país da *volonté general*, seja concomitantemente a pátria que, bem ou mal, fez a profusão contemporânea da doutrina da tripartição dos Poderes (MONTESQUIEU, 2013, p. 638).

⁵ Possível investigação parlamentar a ser instalada para analisar denúncias contra magistrados dos tribunais superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

Assento, que remete às Ordenações Manuelinas, já existentes em 1518. Disciplinava que, quando houvesse dúvida entre os Desembargadores e mesmo na Mesa Grande dos Desembargadores, a decisão seria determinada pelo Regedor, que mandava lançar no Livro Verde da Casa de Suplicação, o qual ficou conhecido como Livros de Assentos (Streck, 1998, p. 94).

Durante a fase imperial brasileira, os Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa foram aplicados em nosso país. Após a Proclamação da República, em 1889, este instituto português perdeu a eficácia no Brasil.

Ainda assim, a necessidade de uniformização de jurisprudência persistia. Foram aplicados, no Brasil, os institutos da revista e do prejudgado, datados do início do século XX, além do próprio recurso extraordinário, que hoje seria entendido como recurso especial.

O Código de Processo Civil de 1973 suprimiu o recurso de revista e o prejudgado. Adotou a uniformização de jurisprudência, conforme artigos 476 e seguintes, nos moldes do que já havia desde 1963 no Supremo Tribunal Federal (Streck, 1998, p. 95).

Súmulas no Supremo Tribunal Federal

As Súmulas *antigas* da Suprema Corte foram criadas por emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1963, sendo editadas as primeiras 370 Súmulas no início de 1964. O Ministro Victor Nunes Leal é homenageado como o grande idealizador e incentivador deste novo instrumento no Supremo Tribunal Federal.

Em discurso no Instituto dos Advogados de Santa Catarina, em 4.9.1981, o então Ministro Victor Nunes Leal, que havia sido aposentado compulsoriamente por Decreto de 16.1.1969, decorrente do Ato Institucional n.5, de 13.12.1968, revelou que foram de sua própria autoria a emenda regimental, bem como os primeiros 370 enunciados (Leal, 1981, p. 14). Revelou que a ideia nasceu do fato que era "juiz calouro, com a agravante da falta de memória" e que teve de "tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento" (Leal, 1981, p. 14). Afirmou que a Súmula é uma consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sintetizada e contextualizada para evitar dúvidas de interpretação, verdadeiro método de trabalho que consolida a segurança jurídica. Complementou, por meio de seu voto em sessão do STF de novembro de 1966:

A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência (...). Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado, previsto no Regimento (Leal, 1981, p. 13).

Torna-se evidente que um dos temores do Ministro criador das Súmulas era que as mesmas pudessem sofrer sucessivas e dúbias interpretações, representando verdadeiras reinterpretções da norma legal, retornando as decisões jurídicas à insegurança que as

Súmulas tentavam evitar. No mesmo discurso, reportou Nunes Leal haver participado do primeiro adendo, aprovado em 3.4.1964 (enunciados n. 371-404); do segundo, de 1º.6.1964 (enunciados n. 405-438); e do terceiro, de 1º.10.1964 (enunciados n. 439-472). Posteriormente, houve o quarto adendo, aprovado em 8.12.1969 (enunciados n. 473-551), e o quinto adendo, que foi aprovado em 15.12.1976 (enunciados n. 552-600).

Até outubro de 2017, haviam sido publicados, no total, 736 enunciados, sendo que os enunciados n. 601 a 621 foram aprovados em sessão de 17.10.1984, os enunciados de n. 622 a 721 foram aprovados em sessão de 24.9.2003 e os enunciados de n. 722 a 736 foram aprovados em sessão de 26.11.2003.

Como fato histórico, deve ser observado que a criação do instituto da Súmula foi decorrente de mera alteração *interna corporis*, promovida unicamente por ato dos próprios Ministros no Regimento do Supremo Tribunal. A reboque desta situação jurídica foi promulgada, em 30.5.1966, a Lei 5.010, que basicamente organiza a Justiça Federal de primeira instância. Na lei, há expressa previsão de criação de repertório de jurisprudência pelo então Tribunal Federal de Recursos (modificado pela Constituição Federal de 1988 para Superior Tribunal de Justiça), sendo aprovadas as Súmulas deste pelo Plenário, publicadas em Diário da Justiça, detalhando que estas prevalecem e serão revistas, no que couber, segundo a forma estabelecida no Regimento do Supremo Tribunal.

Em meados dos anos 90, havia um "conjunto sistematizado de emendas constitucionais que, se aprovadas, alterariam profundamente o perfil de nosso ordenamento jurídico" (Streck, 1998, p. 236), a serem implantadas em 1993/1994, que, entretanto, não foram concretizadas. Desde esta época, já havia tentativas de conferir força vinculante às Súmulas da Suprema Corte.

Reporta Dalmo de Abreu Dallari (1986, p. 62) que, em 1995, o Presidente da República encaminhou PEC, por iniciativa do Ministro da Justiça Nelson Jobim, almejando encerrar a indústria de liminares. Esta indústria vicejava à época por conta de sucessivas judicializações massivas de questões como expurgos de correção monetária em virtude de planos econômicos, bloqueio financeiro do governo Collor, entre outras, o que acarretou a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, na Emenda Constitucional 03/1993, na época em que o Presidente Itamar Franco implementava o Plano Real justamente por Medida Provisória, devidamente confirmada em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Em tom crítico e, de certo modo, em defesa das súmulas, salienta Dallari que não existe indústria sem matéria-prima, que esta se consubstancia nos atos inconstitucionais e ilegais do Poder Executivo. Criticava também que "não se cogita do aumento do número de juízes da Suprema Corte, da redução de suas competências, de sua reorganização ou da mudança de seus métodos de trabalho" (Dallari, 1986, p. 64).

Já as Súmulas Vinculantes foram inseridas na "Reforma do Judiciário", a qual foi iniciada pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 96/1992, que teve como seu primeiro signatário o Deputado Federal Hélio Bicudo. Entretanto, na referida proposta inicial, tramitada na Câmara dos Deputados, não havia menção à figura da Súmula Vinculante. A tramitação desta PEC no Senado foi iniciada em junho de 2000, e, no Parecer 538, datado de 13.3.2002, publicado no Diário do Senado Federal de 11.6.2002, o relator Senador Bernardo Cabral

(2002, p. 1093) analisa sob diversos aspectos os motivos da morosidade do Poder Judiciário, compilando e propondo soluções variadas. Aqui se mostra patente a discordância com a ocorrência de reabertura, em centenas de vezes, da discussão de matéria jurídica já pacificada nos Tribunais Superiores, situação que seria mitigada com a Súmula Vinculante. Esta seria principalmente dirigida às procuradorias e advocacias públicas, as quais "repisam e repõem os mesmos temas", com a interposição rotineira de "recursos vazios de sentido, de Direito e de interesse jurídico" (Cabral, 2002, p. 1.100).

A PEC teve por relator final o senador José Jorge, quem apresentou proposta de redação em novembro de 2004, convertida na Emenda Constitucional 45/2004. Ocorreram profundas discussões doutrinárias acerca da validade da criação da Súmula Vinculante em nosso sistema de *Civil Law*, em especial pela suposta afronta à independência dos juízes e pela eventual petrificação ou canonização das decisões superiores. Mesmo assim, houve a criação das Súmulas Vinculantes, situação que se materializou no bojo da Emenda Constitucional 45/2004, anteriormente exposta. Nesta mesma emenda constitucional foi criado o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, mediante o artigo 103-B, o qual tem por finalidade o controle externo do Judiciário nos seus aspectos administrativo, financeiro e funcional.

Na sequência, houve a promulgação da Lei 11.417, em 19.12.2006, com expressa previsão de que o "enunciado da Súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas", da mesma forma que previa a Constituição Federal, acrescentando que a Súmula Vinculante deve ser revista ou cancelada em ocorrendo a revogação ou modificação da lei em que se fundou a mesma.

Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 76) assevera ainda que:

Numa democracia representativa, como a nossa, ainda há outros graves riscos que podem viciar o processo democrático: (...) b) a deformação do equilíbrio no sistema de separação de poderes (a frequente supremacia de um poder sobre os demais, ou a frequente invasão de atribuições de um poder pelo outro, como o Executivo a legislar por medidas provisórias e Decretos, ou o Judiciário a legislar por meio de Súmulas Vinculantes, ou o Legislativo, no exercício do poder constituinte derivado, a suprimir garantias constitucionais de outros poderes).

O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, em seu artigo 927, IV, determina que juízes e tribunais observem os enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Questiona-se, assim, a validade das inúmeras Súmulas do Supremo Tribunal emitidas anteriormente a 1988, quando detinha competência recursal total, a qual foi mitigada com a criação do Superior Tribunal de Justiça, que hoje trata de matéria infraconstitucional e de legislação federal.

Há inúmeras Súmulas Antigas do Supremo Tribunal que tratam de Direito Civil, em matéria de contratos, família e sucessões, vizinhança, locações e aluguel; de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em matéria de tipificação, prescrição penal e execução penal, por exemplo, que deveriam ser alvo de imediata revisão pelo Supremo Tribunal, declarando-se expressamente se prosseguem ou não em sua validade. Isso causa descompasso no sistema

jurídico, visto que a segurança das decisões fica comprometida pela incerteza na aplicação destas Súmulas Antigas e duvidosas.

Tanto é assim que temos, por exemplo, a Súmula 347, de seguinte teor: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Ocorre que, em sede de Mandado de Segurança (MS 25.888 DF), foi afastada a aplicação desta Súmula, uma vez que foi aprovada em 1963, em contexto constitucional totalmente diferente do atual, que hoje prescreve o controle abstrato de normas, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, afastada a hipótese de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. A douta relatoria demonstra que "(...) a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347", em face da nova ordem constitucional. Tendo sido a liminar deferida em 21.3.2006 (há mais de 11 anos, portanto) a Súmula ainda continua no rol daquelas em vigência pelo STF.

Tratamento constitucional das súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional nº 45/2004, além de outras alterações, adicionou à Constituição Federal o artigo 103-A, com a seguinte redação:

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

§ 1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de Súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da Súmula, conforme o caso.

A matéria de edição, revisão e cancelamento das Súmulas Vinculantes apenas veio a ser tratada pelo Poder Legislativo na Lei 11.417/2006, que abriu margem ao STF para editá-

las.

O processo de criação da Súmula Vinculante é objetivo, sendo que não há presença de partes, mas de entes legitimados a provocar a decisão do Supremo Tribunal, em defesa do ordenamento jurídico constitucional considerado de maneira abstrata. Os legitimados à propositura de Súmula Vinculante não defendem interesses próprios, apenas, eventualmente, interesses institucionais. Não houve previsão legal de contraditório e de ampla defesa; não há relação de réu *versus* autor.

Na análise de viabilidade da Súmula Vinculante, o Supremo Tribunal verifica a melhor aplicação do Direito Constitucional a uma específica e determinada controvérsia, cujo entendimento, uma vez firmado, importará em plena vinculação, não apenas para sujeitos determinados e interessados na solução desta controvérsia, mas em alteração do próprio ordenamento jurídico. Note-se, inclusive, que as Súmulas Vinculantes podem oferecer a denominada “interpretação conforme”, aquela que afasta hermenêutica nociva aos objetivos previstos constitucionalmente (Teixeira; Nedel, 2018, p. 279).

Conseqüentemente, forma-se novo entendimento acerca da aplicação do Direito Constitucional, desta vez revestida da força normativa geral e abstrata de uma Súmula Vinculante. É a atuação válida do Supremo Tribunal nos processos objetivos constitucionais que sustenta a afirmação da existência de uma jurisdição constitucional.

O elemento fundamental para o início do processo de edição de Súmula Vinculante consiste na existência de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, coerentes e em um mesmo sentido.

Caso as decisões sobre determinada matéria ainda guardem divergência entre as Turmas do Supremo Tribunal, ou, ainda que proferidas num mesmo sentido, não forem expressivamente repetidos os casos, não aparenta estar satisfeito o requisito objetivo para a edição de Súmula Vinculante.

Deverá o Supremo Tribunal avaliar quando suas decisões estão maduras para a edição de uma Súmula Vinculante, apresentando-se um dever de cautela que não poderia ser expresso em lei pela fixação de um quantitativo com um número determinado de casos anteriormente analisados.

Deve ser salientado que não há previsão constitucional de sujeição do Poder Legislativo ao conteúdo dos enunciados das Súmulas Vinculantes, mas apenas ao próprio Poder Judiciário e a órgãos da Administração Pública.

Outrossim, os aspectos mais relevantes da regulamentação posterior foram o artigo 4º, pelo qual o legislador admitiu a modulação temporal dos efeitos da Súmula Vinculante, bem como o artigo 7º, que possibilitou o uso do instituto da reclamação ao próprio Supremo Tribunal para casos de eventuais descumprimentos de Súmula Vinculante.

Uma das questões mais criticadas pelos signatários do presente texto é a intenção de se imprimir às Súmulas Vinculantes a possibilidade destas modalidades jurisprudenciais obrigatórias dizerem que uma lei é inconstitucional. É o que se depreende da Proposta de Súmula Vinculante apresentada pelo Ministro Dias Toffoli à Presidência do STF no dia 9 de maio de 2018. Pela leitura desta proposta, perceber-se-á que um membro do Supremo Tribunal pretende implantar uma nova modalidade de controle de constitucionalidade, com

supremacia do Judiciário, uma vez que, caso aprovada a proposta, a Súmula Vinculante poderá declarar inconstitucional uma lei votada pelos representantes eleitos pelo povo. Neste sentido, Lenio Streck (2018) também opina.

Tramitação das Propostas de Súmulas Vinculantes (PSV)

Apenas em 2008, por meio das Resoluções 381 e 388, o Supremo Tribunal Federal instituiu nova classe processual, denominada Proposta de Súmula Vinculante, com a sigla PSV, bem como definiu a forma de tramitação interna, incluída a remessa à Comissão de Jurisprudência. Após manifestação deste órgão, prossegue-se com remessa de cópia aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, para então se encaminhar a proposta ao Ministro Presidente, que pautará a PSV para deliberação pelo Pleno.

Também houve alteração do Regimento Interno, com a inclusão dos artigos 354-A a 354-G, através da Emenda Regimental 46/2011, em que há previsão do mesmo trâmite para as propostas de edição, revisão ou cancelamento das Súmulas Antigas, tudo tramitado de forma eletrônica.

A última PSV protocolada no Supremo Tribunal foi a de número 129, em 16.8.2017, que trata de pedido de cancelamento de Súmula Antiga, tendo sido reautuada como simples petição por ilegitimidade de parte para postular revisão ou cancelamento de Súmula.

Há alguns fatos de interesse que foram noticiados na leitura dos votos dos Ministros, que serão expostos na sequência.

Na PSV n.1, na sessão de aprovação da Súmula, em 2.2.2009, pelo plenário do STF, a Ministra Ellen Gracie, em virtude dos primados da conveniência e da oportunidade, manifestou seu inconformismo, destacando que não percebe urgência e necessidade para uso de instrumento, que declara extremamente poderoso, em temas de menor abrangência. Destaca, ainda, que as Súmulas Vinculantes deveriam ser usadas para desafogar os tribunais, especialmente em matéria tributária e previdenciária. Neste caso específico, votou pela desaprovação da Súmula Vinculante, que conteria lacuna interpretativa em sua redação.

Na PSV n.29, em sessão de 2.12.2009, que definiu a não tipificação de crime tributário antes de aperfeiçoado o lançamento fiscal, a Ministra Ellen Gracie volta a manifestar seu inconformismo, quando inclusive lamentou o uso em matérias ainda não amadurecidas, comentando que a Súmula Vinculante deveria ser aplicada em matérias perenes, para soluções permanentes. Ademais, entende que não cabe sumulação em matéria penal.

Dada a morosidade do Supremo Tribunal em definir a forma de tramitação do instituto da Súmula Vinculante, visto que a lei é do ano de 2006, temos o caso da PSV n. 16 em que foi oferecida uma Ação Civil Pública em face do próprio Supremo Tribunal, pleiteando a suspensão da Súmula Vinculante 11, que trata da aplicação de algemas. Tal pedido acabou arquivado por falta de legitimidade ativa da parte autora.

Houve caso de pedido sucedâneo de PSV, protocolado junto ao Superior Tribunal de Justiça em janeiro de 2009, depois remetido ao Supremo Tribunal, redigido por cidadão preso, manuscrita, pedindo edição de Súmula Vinculante com matéria de execução penal. Trata-se da

PSV n. 17, em que se apresenta pleito por Súmula Vinculante regulando a progressão do regime carcerário dos apenados em crimes hediondos.

Na PSV n. 120, a qual tem por autor o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o proponente pleiteia a liberação de medicamentos para os portadores de neoplasia maligna, ainda que não registrados no Ministério da Saúde, com menção expressa do composto fosfoetanolamina sintética, para o qual não há estudos conclusivos, sendo que a mesma foi arquivada por completa falta de jurisprudência assentada no STF.

Da análise do conjunto numérico de 129 propostas, há 20 que foram sumariamente descartadas, em virtude ou de inexistência destas PSV no protocolo, ou em decorrência de erro na autuação (a qual é inserida pelo proponente no sistema sem qualquer intervenção prévia do Supremo Tribunal Federal), ou porque foram protocolados assuntos diversos em uma mesma PSV, o que levou ao desdobramento destas, caso, inclusive, da PSV n.3 e da PSV n.70.

Em procedimento de análise estatística, das 109 propostas restantes, a maioria foi originada dos próprios Ministros do Supremo Tribunal, como se pode inferir do quadro abaixo. O termo “entidades” abrange os mais variados conselhos, associações, federações, confederações, sindicatos, sociedades, uniões, institutos e mesmo partidos políticos.

Internas (STF)	59
Entidades Variadas	28
Defensoria Pública	6
Conselho Federal-OAB	4
Governadores	3
Prefeitos	3
Cidadãos	3
Ministério Público Federal	3

Dentre os assuntos que se sobressaem, encontra-se abaixo o quadro explicativo referente às matérias das propostas:

Servidores Públicos - Remuneração e Outros	24
Direito Processual e Administrativo	23

Direito Tributário	20
Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal	19
Provimento de Cargos e Concursos Públicos	9
Outros	14

Resumindo-se estas 109 propostas, 67 postulavam a edição de Súmula Vinculante, 17 requeriam o cancelamento ou revisão de Súmula Vinculante e 25 propunham a conversão de alguma Súmula Antiga para Súmula Vinculante.

Em 2.4.2012, o Ministro Gilmar Mendes protocolou PSV propondo a conversão de 22 Súmulas Antigas em Súmulas Vinculantes, sendo que 17 destas foram aceitas pelo pleno, 3 estão em tramitação e 2 foram rejeitadas.

Das 109 propostas, foram originadas 41 Súmulas Vinculantes e 30 encontram-se ainda em tramitação.

Os motivos para o eventual arquivamento das propostas foram: (1) a ilegitimidade do proponente, sendo este o mais frequente; (2) a inadequação formal pela inexistência de controvérsia ou de jurisprudência assentada; e (3) a efetiva apreciação pelo plenário, quando a PSV foi rejeitada em seu mérito.

Apenas as Súmulas Vinculantes de 1 a 13, bem como os verbetes 30 e 32, foram originadas de ofício pelo Supremo Tribunal, sendo que todas as demais foram aprovadas na tramitação na classe processual PSV, como antes mencionado.

A partir de 29.10.2008, data em que foi editada a Resolução 381 do Presidente do Supremo, as propostas de edição, revisão ou cancelamento de Súmula, vinculante ou não, passaram a ser protocoladas na classe processual PSV, com processamento de acordo com a Resolução 388, de 5.12.2008.

A Súmula Vinculante 30 encontra-se pendente de publicação, mas foi aprovada no curso da PSV 41, em sessão de 4.2.2010. Refere-se à inconstitucionalidade de lei estadual que retém parcela de ICMS dos Municípios. Este assunto já havia sido alvo de discussões em sessão plenária de 18.6.2008, quando foi adiado.

Contrariamente à Resolução 388, a Súmula Vinculante 32 foi aprovada no julgamento do Recurso Extraordinário 588.149, em sessão de 16.2.2011, e se refere à impossibilidade de incidência de ICMS na alienação de salvados pelas seguradoras. Esta Súmula Vinculante foi aprovada sem qualquer das formalidades exigidas na Resolução do próprio Supremo Tribunal, em vigor e em efetiva aplicação para outras Súmulas Vinculantes de mesma época.

O direito sumular escondido: súmula antiga 377 e sucessão patrimonial dos casados em regime de bens legalmente imposto

“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Plenário do STF, sessão de 3.4.1964)

Como é conhecido, para normatização da relação patrimonial entre os cônjuges e destes com terceiros, são prescritos atualmente quatro regimes de bens, os quais estão inseridos no Código Civil de 2002, dispostos entre os artigos 1.639 a 1.688, em que se encontram todas as suas características, regras e garantias.

Até a Lei 6.515, que estabeleceu a possibilidade do divórcio em 1977, o regime geral de bens no Brasil era a comunhão universal. Com a alteração legislativa, a regra passou a ser a comunhão parcial. Isto significa que, no silêncio dos nubentes, será aplicado este regime geral. Mantém-se admitida a escritura de pacto antenupcial para a escolha de outra forma de regime de bens entre os cônjuges, ou mesmo para mitigar alguma das formas ou estabelecer aspectos diferentes, exceto quando da imposição da separação legal de bens, que não pode ser abrandada.

A separação legal de bens, decorrente de imposição do Código Civil, é um regime de caráter protetivo do patrimônio daquele em situação de suposta vulnerabilidade, seja pela idade avançada, seja por um casamento imposto aos de menor idade por uma gravidez indesejada ou por uma incontrollável paixão juvenil.

De uma forma ou outra, com redação e hipóteses de aplicação pouco diferentes, a imposição de separação legal de bens também constava do Código Civil de 1916, sendo um instituto reconhecidamente válido no Brasil.

O que o legislador civil sempre pretendeu foi a proteção dos incautos contra tentativas de terceiros de enriquecimento ilícito, os denominados "golpes do baú". O cenário social, pela ótica do legislador, sempre foi aquele que reconhecia a existência de aventureiros e alpinistas sociais apoderando-se de patrimônio alheio por conta do casamento, ou com herdeiros muitas vezes jovens e inexperientes, ou com cônjuges mais idosos, com patrimônios consolidados.

O que os Ministros do Supremo Tribunal Federal aparentemente pretenderam foi assegurar que, em casamentos com regime de separação legal de bens, houvesse a prevalência da comunhão daquilo que foi amealhado pelo trabalho de ambos após o casamento. O que de fato ocorreu foi a transformação da separação obrigatória de bens em um sucedâneo impróprio a outro regime de bens, qual seja, o de comunhão parcial de bens.

Porém, pelas lacunas de ambos os ordenamentos, hoje restam mais dúvidas do que garantias, tanto com a legislação civil quanto com as decisões judiciais em que foi discutida a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, como será detalhado a seguir.

A Súmula em análise tem por precedentes quatro julgados do Supremo Tribunal Federal publicados em 1945, 1948 e 1951, que nem esgotaram a questão nem seguiram semelhante linha de raciocínio. Em realidade, sequer foram decididos por unanimidade (Valadares; Rocha, 2015, p. 134). Em outras palavras, usando-se uma expressão atual, a

questão não parecia estar "madura" para ter sido aprovada como Súmula pelo Supremo Tribunal Federal.

Como os precedentes citados datam do final dos anos 1940, deve ser lembrado que em 1962 foi promulgada a Lei 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que trouxe algumas novidades para a situação jurídica das mulheres. Até então, a sociedade conjugal tinha o marido por chefe em disposição expressa. Somente mediante autorização do marido a cônjuge poderia exercer profissão ou aceitar ou renunciar a legado ou herança.

Salientamos que, até a promulgação da Lei 4.121, a mulher era relativamente incapaz, denotando que a realidade social e jurídica da mulher no Brasil, casada ou não, era bem diferente do que vigora atualmente. Pode-se inferir que na época vigia a plena submissão da esposa ao marido.

A análise da Súmula 377 é de crucial importância na contemporaneidade, já que, mesmo concebida há mais de 50 anos, ainda comporta dúvidas sobre sua atual validade e acarreta, ainda, severas divergências sobre a forma como deve ser aplicada, uma vez analisados os julgados do Superior Tribunal de Justiça. Deve ser salientado, ainda, que para esta Súmula faz-se presente interpretação autêntica, é dizer, aquela emitida pelo próprio órgão prolator da norma; no caso, um acórdão em Agravo de Instrumento de 1977. Por natural, os Ministros relatores dos precedentes citados, do final da década de 1940, não são os mesmos da aprovação da Súmula, adotada em 1964; tampouco coincidem com os Ministros em 1977. A interpretação autêntica, bem como a validação da Súmula, ocorreu em 1977, nos termos do acórdão no julgamento do Agravo de Instrumento 70.303-RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

Declarada a *ratio decidendi* nesta interpretação do Ministro Moreira Alves, a controvérsia aqui se verifica na necessidade de comprovação de esforço comum na aquisição do patrimônio a ser, no caso, partilhado em divórcio.

No caso em julgamento, houve aquisição de patrimônio após a separação de fato, o que pressupõe a impossibilidade de esforço comum para a aquisição deste patrimônio, sendo que mesmo assim o Supremo Tribunal manteve a comunicabilidade dos aquestos.

Dentre os diversos autores que escreveram sobre o tema, destaca-se o objetivo entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 131):

O mesmo não ocorre com o regime de separação obrigatória, apesar do parecer de opinados autores, favoráveis à comunicação, neste caso amparados pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula nº. 377). A nós nos parece que se o Código institui a comunicabilidade 'no silêncio do contrato', somente teve em vista a situação contratual, pois, se desejasse abranger, no mesmo efeito, a separação compulsória, aludiria à espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrato é admitido.

A falta de convergência na aplicação de uma Súmula do Supremo Tribunal do ano de 1964 fica patente no 1.171.820-PR, de 7.12.2010, especificamente no voto do relator vencido, Ministro Sidnei Beleti, do Superior Tribunal de Justiça, que trata da necessidade de efetiva

comprovação de esforço comum dos cônjuges para aquisição do patrimônio, entre outros fatos.

Também há dúvidas recorrentes na doutrina e na jurisprudência sobre a diferenciação de origem dos recursos usados na aquisição do patrimônio posterior, se fruto do trabalho de ambos, ou se produto de bens anteriores, em respeito ao art. 5º, § 1º, da Lei 9.278/96, que trata da união estável, de seguinte teor: “Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união”.

Recentemente, foi editado o Provimento 08/2016, da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o qual estabeleceu que existe possibilidade de os interessados afastarem os efeitos da Súmula 377 em situações de casamento com separação obrigatória de bens, mediante pacto antenupcial, com o que ficou referendada a aplicabilidade local desta Súmula.

Dentre os considerandos é expressamente citado que o regime de separação obrigatória, sob os efeitos da Súmula 377, torna-se “equipotente ao próprio regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.658 do Código Civil)”, e que os nubentes “colocam-se inscientes a respeito de tais efeitos ao tempo da celebração do casamento”. Também cita que o afastamento desta Súmula “constitui um correto exercício de autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público”.

Neste contexto, evidente que os temores do Ministro Victor Nunes Leal se tornaram realidade, revelando as idiosincrasias das Súmulas, carecendo de extensivas e contínuas novas interpretações, pelos seguintes motivos, aplicáveis à Súmula 377:

- 1- Encontra-se em vigor há mais de 50 anos, sem qualquer revisão;
- 2- Vigora hoje em uma realidade jurídica e social completamente diferente daquela de que os precedentes se originaram, datados do final da década de 1940;
- 3- Verifica-se, hoje, uma série de lacunas em sua redação, como, por exemplo, se é admitida, ou mesmo possível, a prova em contrário, na distinção de fruto do trabalho conjunto ou produto de patrimônio anterior, e se a aplicação desta Súmula pode ser afastada por pacto antenupcial.

O direito sumular escrachado: súmula vinculante 11 e os critérios para utilização de algemas

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (Sessão Ordinária do STF, 13.8.2008)

Esta Súmula Vinculante foi aprovada em procedimento anterior à exigência de maior formalidade contida no trâmite da PSV. Após mera minuta e debates entre os Ministros houve

a aprovação, de forma sumária, em sessão do Supremo de 13.8.2008. Ressalte-se que já neste momento houve pronunciamento conflitante com o tema pelo representante do Ministério Público Federal.

Nos debates foram lembrados os incisos III (“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”) e XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”) do artigo 5º da Constituição Federal em vigor.

Foi expressamente lembrado pelos Ministros que o preso não pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante, infamante ou humilhante nem pode ser exposto como troféu de exibição policial, o que violaria a presunção de inocência.

Condenam também os atos de submeter o preso à execução pública ou a constrangimento absolutamente desnecessário, que meramente serviriam como veículo de desmoralização do acusado ou do preso.

Baseou-se no julgamento do HC 91.952, ocorrido em sessão de 7.8.2008, quando foi anulada a condenação imposta pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista-SP, em razão do uso de algemas durante o julgamento, sem qualquer justificativa pela juíza-presidente. Foram citados, para justificar a reiteração jurisprudencial e a controvérsia, os julgamentos dos HC 89.429, julgado em 22.8.2006; HC 71.195, julgado em 25.10.1994 e o Recurso em HC 56.465, julgado em 5.9.1978.

Ocorre que esta Súmula Vinculante é flagrantemente subjetiva, pois pretende que o agente encarregado da prisão ou de transporte e guarda dos custodiados possa ponderar o risco de fuga ou o risco de perigo de situações ou atos violentos, sempre presentes naquelas situações. Além disso, caso não justificada adequadamente a aplicação de algemas, possibilita a nulidade da prisão ou do ato processual respectivo, responsabilizando-se o agente público pela ilegalidade, bem como seus superiores hierárquicos, o juiz-presidente do ato e até mesmo o promotor público eventualmente presente.

Houve o protocolo de duas tentativas de cancelamento desta Súmula Vinculante, quais sejam, as PSV n.13 e n.16.

A PSV n.13, protocolada em 19.2.2009 pela COBRAPOL, Confederação Brasileira dos Policiais Civis, teve parecer favorável do Ministério Público Federal em 27.10.2009, e acabou sendo arquivada em 1º.10.2015, sendo rejeitada no mérito em votação sumária no plenário do Supremo.

O parecer favorável ao cancelamento decorreu da inexistência de controvérsia atual, da inexistência de reiteradas decisões, da inexistência de legislação em conflito, entendendo o Ministério Público que o Supremo teria agido com a autoridade do Poder Legislativo.

A PSV n.16, que foi protocolada realmente em 5.11.2008 como Ação Civil Pública, foi arquivada sumariamente por ilegitimidade de parte.

Recorde-se que na oportunidade da aprovação da Súmula Vinculante 11 estava em evidência a Operação *Satiagraha*, que foi deflagrada em 8.7.2008 pela Polícia Federal. Foram presos o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, o investidor Naji Nahas e outras 14 pessoas, todas reconhecidamente famosas e poderosas (Warth, 2008). Insta salientar ainda que o banqueiro Daniel Dantas teve sua prisão revogada pela ilegalidade da aplicação das algemas, no entendimento do então presidente do Supremo (Plenário, 2015).

Como o também banqueiro Salvatore Cacciola, obteve *Habeas Corpus* sob a mesma alegação, alguns juízes contrários à "Súmula das algemas" passaram a chamá-la de "Súmula Cacciola-Dantas" (Plenário, 2015).

Como fato superveniente à aprovação da Súmula em 2008 e de sua confirmação pelo Supremo em 2015, há o Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016, que finalmente regulamentou o disposto no artigo 199 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal.

Tal Decreto traz entre suas diretrizes a proteção da dignidade da pessoa e a proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, cita Resolução da ONU sobre o tratamento de mulheres presas (Regras de Bangkok) e cita também o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanizado dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade.

De maneira definitiva, agora há dispositivo legal proibindo expressamente uma das maiores crueldades que se possa imaginar: a condição medieval de presas grávidas, em trabalho de parto, num hospital, algemadas.

Ainda, deve ser observado que o Decreto cita expressamente parte do texto da Súmula Vinculante 11, o que revela o Direito jurisprudencial sendo usado como fonte do Direito positivado.

O direito sumular escrachado: súmula vinculante 14 e a garantia de acesso à investigação já documentada

"É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do Direito de defesa." (Resultado do julgamento da PSV n.1, apresentada pelo Conselho Federal da OAB, sessão de 2.2.2009)

Mediante petição datada de 5.8.2008 e protocolada no Supremo em 11.9.2008, o Conselho Federal da OAB deu início a classe processual PSV, sendo esta petição autuada como PSV n.1, buscando a edição de Súmula Vinculante para garantir aos advogados, devidamente constituídos pelos investigados, o pleno acesso aos autos de inquérito, mesmo sigilosos.

Reporta em sua petição que há frequente desrespeito à emblemática decisão contida no julgamento do HC 82.354, proferida pelo Supremo, que afirmou a inoponibilidade, ao advogado do indiciado, do Direito de vista dos autos do inquérito policial.

Relata, ainda, que a cada operação da Polícia Federal, presos os indiciados ou conduzidos os alvos, os delegados querem reduzir a termo as declarações destes, porém negando o acesso aos autos do inquérito, chegando a ser "odioso o desdém para com as decisões do Supremo", e mesmo para com as garantias democráticas.

Cita também o procedimento que denomina de "burla de etiquetas", quando os convocados a prestarem declarações são colocados em situação indefinida, não se esclarecendo a real situação do intimado. Ora, não sendo qualificados nem como testemunhas,

nem qualificáveis como vítimas, e sendo desconhecido se constam como indiciados, a autoridade policial inviabilizaria, sob qualquer forma, o acesso prévio aos autos de inquérito, e mesmo assim pretende ouvi-los.

O Ministério Público Federal, em parecer de 5.10.2008, assevera que a natureza do inquérito policial é de mero procedimento administrativo, e que a revelação antecipada de diligências em andamento pode representar a impunidade dos investigados.

Assevera que este não se rege pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, e que o objeto do procedimento é verificar a existência ou não de elementos que possibilitem a formação da *opinio delicti*.

Assim sendo, o pleno acesso ao teor da investigação realizada no inquérito policial, pelo advogado constituído, não pode ser visto como Direito absoluto e ilimitado.

Em sessão plenária de 2.2.2009, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante 14, cujo enunciado foi antes consignado.

Deve ser destacado que a Ministra Ellen Gracie trouxe sua preocupação quanto à irrelevância do assunto, principalmente em vista de temas previdenciários e tributários que assolam os tribunais, bem como afirma a possível lacuna interpretativa contida na redação da Súmula, a cuja edição se opõe, restando vencida.

O Ministro Lewandowski, nas folhas 17-18 da ata de julgamento, contrapõe o caráter vinculante da Súmula, afirmando: “De outra parte também, atento às preocupações do douto Ministério Público, observo que uma Súmula vinculante não é uma lei, como todos sabemos, podendo eventualmente a autoridade descumpri-la em face do caso concreto, de modo fundamentado, quando o interesse público assim o exigir.”

No voto do Ministro Carlos Britto, citando Dworkin e Alexy, presente a preocupação com o caráter de mandato de otimização entre princípios que parecem colidentes, como o da justiça penal eficaz e da absoluta necessidade da segurança pública e os princípios da ampla defesa e das garantias da profissão de advogado como mecanismo essencial à justiça,

No longo voto do Ministro Celso de Mello, basicamente ficou assente o postulado da comunhão da prova, entre a defesa e a acusação. Na solução final encontrada pelos Ministros entendeu-se que deve ser preservado o sigilo daquelas investigações e diligências ainda em andamento, que não se encontram encartadas nos autos do inquérito.

Conclusões

Há uma preocupação entre os doutrinadores e até mesmo entre os magistrados menos apegados à judicialização segundo a qual a aprovação de Súmulas Vinculantes possibilitará a situação de absoluto conformismo das demais instâncias do Poder Judiciário. Por certo, os críticos da Súmula Vinculante não quiseram salientar as técnicas de confronto, de interpretação e de aplicação, que poderiam gerar a situação de *distinguishing*, mas, sim, quiseram eles se referir ao comodismo natural.

A aprovação de Súmulas, vinculantes ou não, pode representar o engessamento de teses jurídicas, bem como o imobilismo jurídico do Direito material. Isso porque o teor dos

enunciados acaba por se transformar em mantras sagrados nos gabinetes do Judiciário, não podendo ser profanados por quem quer que seja.

Parcialmente, o fenômeno já ocorre mesmo com as Súmulas Antigas, verdadeiros dogmas consolidados, algumas com mais de 50 anos, faltando-lhes a adequada revisão exigida pelas muitas transformações políticas, sociais e legislativas dadas neste país.

O fato é que a Súmula pode surgir com a vocação de ser alterada. Se o seu objetivo é justamente a segurança jurídica, ela deve, na medida do possível, ser escrita em mármore para ser permanente, perene, para demonstrar rumos para o futuro. É evidente que até as pedras de mármore caem dos edifícios mais ilustres e que modificam e que se alteram. No entanto, ela não pode partir, ela não pode ter como ponto inicial, uma necessidade de alteração; ou seja: não se deveria criar uma Súmula Vinculante já considerando a sua futura retirada do sistema normativo. De fato, para os defensores da Súmula Vinculante há a necessidade de se atingir a segurança e a certeza nas decisões determinadas aos jurisdicionados, isso porque a diversidade interpretativa causa incerteza, tornando o Direito algo injusto e indefinido, causador de ainda maiores dissabores sociais, mostrando-se incapaz de garantir soluções equânimes aos conflitos de interesses individuais e mesmo coletivos.

Esta diversidade interpretativa pode ocorrer na hermenêutica legislativa, mas jamais poderia ocorrer com enunciados oriundos das altas Cortes do Poder Judiciário, geralmente plenos de conteúdo, sob pena de tornar vazios de sentido os provimentos contidos nas decisões emanadas a partir destes enunciados.

Mas o que tem ocorrido – e isso é ruim! – é a *pulverização desenfreada de Súmulas para todos e quaisquer assuntos*, o que retira a importância delas, tornando-as vulgares, arremessadas a lugar-comum. Isso, em vez de garantir a segurança jurídica, torna o já instável sistema normativo brasileiro pior ainda, e, o que é mais triste, com o aval da Suprema Corte.

Concedendo margem para o subjetivismo dos Ministros da Suprema Corte, a Emenda Constitucional 45/2004 exigiu aprovação por 2/3 dos Ministros e deixou para critérios próprios dos julgadores a apreciação do tempo transcorrido e do número de decisões anteriores, o que em algumas situações parece insuficiente para garantir a almejada segurança jurídica.

A partir da análise da situação específica da Súmula 377, aprovada que foi nos anos 1960, contando com meio século de existência, ficou evidenciado que o decurso de excessivo prazo tornou duvidosa sua aplicabilidade, por conta das contradições percebidas com o transcurso do tempo; de certo, o mesmo pode ter ocorrido com outras inúmeras Súmulas Antigas. Sem qualquer manifestação que preserve a atualidade destas Súmulas Antigas pela Suprema Corte, fica a validade destas em situação de permanente dúvida, estando as mesmas convertidas em meros dogmas observados pelas instâncias inferiores.

Ora, atualmente, cabe à Suprema Corte apenas a matéria estritamente constitucional, por força da Constituição de 1988, sendo competência do Superior Tribunal de Justiça a matéria infraconstitucional. Tendo em vista que esta específica Súmula 377 aborda apenas situação de sucessão patrimonial entre cônjuges, matéria puramente de Direito civil, deveria

ser esta expressamente cancelada pela Suprema Corte e reeditada - ou não - mas desta vez, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Deve ainda ser salientada a existência dos princípios constitucionais, tanto o do amplo acesso ao Judiciário, como o do duplo grau de jurisdição, e, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º, o princípio da garantia de razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim pode-se dizer que as Súmulas são um válido instrumento para atingir estes princípios, que podem parecer antagônicos e colidentes, mas que são em realidade uma prova da existência de mandados de otimização.

Em conclusão e ofertando as respostas amalgamadas às duas problematizações postas em forma de perguntas, sustente-se aqui que o Poder Judiciário representa o elo conclusivo da democracia, significa a essência da própria funcionalidade dos Poderes Executivo e Legislativo, e, por natural, compete-lhe manifestar-se plenamente na hermenêutica legislativa, mas dentro de seu campo competencial próprio, sem se (re)vestir da autoridade que, historicamente, na *Civil Law*, nunca lhe coube.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 634, de 1975*. Diário do Congresso Nacional, de 13/06/1975, Seção I, Suplemento B ao 61. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=85>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão Especial sobre as Emendas do Senado Federal ao projeto de lei 634, de 1975, que "institui o código civil"*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A3EF35D527E76317BA0507B1FFFC2D1.proposicoesWebExterno1?codteor=303077&filename=Tramitacao-PL+634/1975#page=220>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Votação da redação final do projeto de lei 634 de 1975, em sessão de 06/12/2001*. Diário da Câmara dos Deputados 189, de 0712/2001. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07DEZ2001.pdf#page=317>>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Turma, Recurso Especial 1.171.820 - PR (2009/0241311-6). Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 07.dez.2010*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1016979&num_registro=200902413116&data=20110427&formato=PDF>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento 70.303-RJ, Agravante: João Baptista de Pina. Segunda Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, 10.mai.1977*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 83. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/083_1.pdf>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental. Diário da Justiça de 30/08/1963*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_23_3agosto1963.pdf>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda regimental 46, de 06 de julho de 2011*. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL046-2011.PDF>>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.888-DF. Impetrante: Petrobrás. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 22.mar.2006*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=61&dataPublicacaoDj=29/03/2006&incidente=3707285&codCapitulo=6&numMateria=39&codMateria=2>>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução 381, de 29 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO381-2008.PDF>>. Acesso em 1.abr.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução 388, de 05 de dezembro de 2008*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO388-2008.PDF>> Acesso em 1.abr.2018.

CABRAL, B. *Parecer 538 de 2002. Senado Federal*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/06/2002&paginaDireta=10934>>. Acesso em 1.abr.2018.

CAPPELLETTI, M. 1999. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, Fabris Editor.

CONSULTOR JURÍDICO. *Notícia*. Plenário do Supremo Tribunal Federal mantém "Súmula das algemas" em vigor. 24.set.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/plenario-supremo-mantem-sumula-algemas-vigor>>. Acesso em 1.abr.2018.

COPETTI NETO, A.; MACHADO, F. D. A. 2009. A Hermenêutica Jurídica Em Defesa Da Civilização: uma contradição à barbárie teológica dos tribunais. In: M. A. de Oliveira; F. D. A. Machado (Org.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte, Del Rey.

DALLARI, D. de A. 1986. *O Poder dos Juizes*. São Paulo, Saraiva.

DINIZ, M. H. 1999. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo, Saraiva.

LEAL, V. N. 1981. Passado e Futuro da Súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo FGV*, **145**:1-20.

MAZZILI, H. N. 2007. *O Acesso a Justiça e o Ministério Público*. 5 ed. São Paulo, Saraiva.

MONTESQUIEU, C. L. de S. B. de. 2013. *De l'esprit des lois*. Paris, Flammarion.

PAGLIARINI, A. C.; TESSEROLLI, E. R. C. 2018. Duplicidade versus unidade de jurisdição: as questões administrativas no Direito comparado. *Revista da AJURIS*, **44**(143):13-48.

PEREIRA, C. M. da S. 1997. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 5. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Corregedoria Geral de Justiça. *Provimento 08/2016, de 30 de maio de 2016*. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1246652/PROVIMENTO+N_+08_2016+_+CGJ+-+original.pdf/6e9d0faa-717f-be23-895c-058e2d932694>. Acesso em 1.abr.2018.

PFERSMANN, O. 2014. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e Organização: Alexandre Coutinho Pagliarini. 1. ed. São Paulo, Saraiva / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

- REALE, M. 2002. *Lições Preliminares de Direito*. 26 ed. São Paulo, Saraiva.
- ROUSSEAU, J.-J. 1996. *Du contrat social*. Paris, LFG.
- SCHORR, J. S.; BRONZATI, B. F. B. 2016. *Doze Homens, Diversas Sentenças*. Disponível em: <<https://www.garantismobrasil.com/single-post/2016/1/16/Doze-homens-diversas-sentencas>>. Acesso em 1.abr.2018.
- STRECK, L. L. 2018. *É paradoxal uma Súmula vinculante dizer que uma lei é inconstitucional*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/senso-incomum-paradoxal-sv-dizer-lei-inconstitucional>>. Acesso em 1.abr.2018.
- _____. 1998. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função, a Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- TEIXEIRA, A. V.; NEDEL, N. K. 2018. Interpretação conforme a Constituição: uma análise da atual perspectiva do Supremo Tribunal Federal a partir dos seus limites doutrinários e jurisprudenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, **13**(1):276-304.
- VALADARES, I. F.; ROCHA, T. S. 2015. Direito Civil Constitucional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPED (Aracaju-SE, UFS, 2015). *Da Inaplicabilidade da Súmula 377 do STF no Ordenamento Atual: Da Sua Superação pelo Código Civil de 2002*. Florianópolis, Conpedi. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/18J89qcG8P13rE4u.pdf>>. Acesso em 1.abr.2018.
- VILLAR, A. S. 2017. *Direito Sumular: STF*. 2. ed. Leme, J.H. Mizuno.
- WARTH, A. 2008. PF já prendeu 17 pessoas na Operação Satiagraha. *Estadão*. São Paulo, 08.jul. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pf-ja-prendeu-17-pessoas-na-operacao-satiagraha,202678>>. Acesso em 1.abr.2018.

Submetido: 24/05/2018

Aceito: 24/06/2019