

SÚMULA VINCULANTE E DIREITO À IGUALDADE

ANTONIO MOREIRA MAUÉS*
MÔNICA MACIEL SOARES FONSECA**
LORENA DE PAULA DA SILVA RÊGO***

RESUMO

O trabalho analisa o instituto das súmulas vinculantes com base no direito à igualdade na aplicação judicial do direito. Partindo do caráter construtivo da interpretação jurídica, destaca que a aplicação das súmulas deve observar as circunstâncias do caso concreto, a fim de proteger tanto o direito a um tratamento igual quanto o direito a um tratamento desigual. Realiza o estudo dos fundamentos dos precedentes de diversas súmulas editadas pelo STF após a Constituição de 1988, identificando os juízos de igualdade que presidiram sua elaboração e argumentando que tais juízos continuam sendo necessários para a correta aplicação das súmulas. Apresenta conclusões criticando a outorga de efeito vinculante a súmulas que desestimulam o julgador a apreciar as circunstâncias do caso, defendendo sua utilidade em situações que visam garantir o direito a igual tratamento.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Direito à igualdade. Supremo Tribunal Federal.

* Professor Associado da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do CNPq.

** Juíza de Direito do Estado do Pará. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará.

*** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista da CAPES.

I INTRODUÇÃO

Durante o longo debate que levou a sua adoção¹, a súmula vinculante foi amplamente defendida com base em argumentos inspirados pela segurança jurídica. Diante da divergência judicial em torno da aplicação de determinada norma, a edição de súmulas vinculantes pelo STF traria a uniformização da jurisprudência sobre a matéria, eliminando as incertezas quanto ao entendimento esposado pelos tribunais. Além disso, as súmulas permitiriam um julgamento mais rápido das demandas e a utilização, pelo STF, do meio expedito da reclamação para cassar as decisões judiciais contrárias a elas.

A defesa da súmula vinculante em nome da segurança jurídica, contudo, padece de contradição. Seu ponto de partida é o reconhecimento de que os juízes interpretam de modo diferente um mesmo conjunto normativo. Como essa divergência não é residual, mas se funda em razões aceitas pela comunidade jurídica, gera-se uma situação de insegurança decorrente da incerteza dos pronunciamentos do judiciário sobre a matéria. Para dirimir a controvérsia, propõe-se a edição de uma súmula vinculante que venha delimitar em seu enunciado os significados válidos do texto legal. Dessa forma, acredita-se que é possível resolver as divergências de interpretação sobre a norma produzindo um novo texto normativo, pois se os textos anteriores possibilitavam várias interpretações, não seria necessário interpretar a súmula para aplicá-la.

Na base dessa contradição, em que alguns textos normativos podem ser interpretados e outros não, ressoa o velho brocardo latino “*in claris cessat interpretatio*”, ou seja, o aplicador do direito somente interpreta as normas quando elas não são claras. Além de não reconhecer que a decisão sobre a clareza ou obscuridade da norma já resulta de um processo de interpretação, o maior erro dessa concepção consiste em imaginar que algumas normas, ou mesmo a maioria delas, estão “dadas” no texto normativo, não cabendo ao intérprete mais do que captar o sentido expresso no texto. Dessa forma, a interpretação não seria uma constante na aplicação do direito, mas uma atividade intelectual reservada aos casos em que o sentido não poderia ser extraído imediatamente da leitura do texto.

Essa visão do intérprete como um sujeito passivo oculta o caráter construtivo da interpretação do direito. Mesmo se nos limitarmos a uma análise semântica, é patente que muitos enunciados jurídicos possuem um caráter ambíguo e vago, utilizando termos e orações que oferecem mais de um sentido ou que não determinam

1 Para uma síntese, ver MANCUSO (2005) e MEDINA; WAMBIER; WAMBIER (2005).

os objetos aos quais se aplicam. Além disso, a legislação recorre com frequência a conceitos essencialmente controvertidos, os quais demandam do aplicador formular juízos de valor que lhes dêem concretude (FERRERES COMELLA, 1997: 19-36).

As características dos textos normativos indicam que sua leitura oferece várias possibilidades de interpretação, fazendo com que o intérprete participe ativamente da elaboração da norma ao conferir sentido aos enunciados jurídicos. O reconhecimento de que a partir de um mesmo texto podem ser construídas diferentes normas significa que a norma não se confunde com o texto nem é um dado anterior à intervenção do intérprete, mas sim o resultado de um processo de interpretação, indispensável para a aplicação do direito.

A compreensão de que é o intérprete que atribui sentido à norma, nos leva a indagar sobre o “lugar” de onde provém esse sentido. Assim como é impossível comunicar-nos sem respeito às regras da linguagem, o intérprete também desempenha seu papel seguindo as concepções do direito presentes na comunidade. Ao contrário de outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa, o que significa que para considerar uma ação juridicamente devida, proibida ou permitida, não basta identificar sua ocorrência no mundo empírico, sendo necessário apresentar argumentos que fundamentem esse julgamento (DWORKIN, 1991: 13).

A validade de tais argumentos depende dos critérios que utilizamos para identificar o próprio direito. As teorias positivistas acreditam na existência de um único critério válido para essa identificação, que consiste, basicamente, em derivar as normas jurídicas da manifestação da vontade do poder soberano (BOBBIO, 1995). No entanto, um exame mais atento da prática judicial mostra que essa vontade – além de ser dificilmente verificável – é constantemente confrontada com critérios de justiça e equidade, que visam estabelecer limites ao exercício do poder estatal. A consagração de princípios morais na Constituição vem ratificar a insuficiência da concepção positivista do direito, tendo em vista que, apesar de ser um produto da vontade constituinte, a Constituição reconhece direitos fundamentais frente ao Estado, trazendo os argumentos sobre o que é justo e injusto para o coração da prática jurídica e não apenas para os casos difíceis.

Convivendo na comunidade jurídica diferentes concepções sobre o direito, a interpretação de um texto normativo representará sempre a aplicação de uma dessas concepções, que orientará, inclusive, a decisão sobre a própria validade do texto que está sendo interpretado. Portanto, independentemente da maior ou menor clareza dos termos usados no texto normativo, sua interpretação sempre estará presente, vinculando-se ao sentido que o intérprete atribui ao direito.

No exercício desse papel, o intérprete tanto pode manter quanto reformar as concepções existentes, o que acentua o caráter histórico da interpretação. Onde a prática argumentativa do direito se desenvolve, os intérpretes não apenas reproduzem os sentidos que lhe são tradicionalmente atribuídos, mas também refletem sobre os valores e princípios a que o direito deve servir, propondo novas interpretações dos institutos jurídicos que venham a se ajustar a essas justificativas (DWORKIN, 1991: 66). Isso permite que, mesmo sem alteração do texto, as normas jurídicas sejam modificadas para atender àquelas exigências que, em dado momento histórico, são consideradas como o fim do direito.

Essa evolução é marcada não apenas pelo surgimento de novas interpretações gerais do direito, mas pelo aparecimento de casos cuja originalidade impõe ao intérprete refletir criticamente sobre suas concepções. Tais casos difíceis, portanto, trazem à tona os pressupostos que o intérprete utiliza na aplicação do direito, exigindo-lhe rever sua validade para a decisão do caso. Como os sentidos que o intérprete pode atribuir ao texto são construídos a partir das concepções jurídicas existentes em uma sociedade determinada, tampouco é possível interpretar qualquer texto normativo de modo puramente abstrato (OLLERO, 2005: 45; STRECK, 2006: 206). Mesmo que o intérprete não se encontre diante de um caso concreto, mas busque interpretar as palavras do texto ou elabore uma situação imaginária, as concepções jurídicas que ele assume como válidas serão mobilizadas nessa tarefa.

Por essa razão, o reconhecimento do caráter construtivo da interpretação jurídica é relevante não apenas por fornecer uma compreensão mais adequada dessa atividade, mas também pela orientação prática que oferece à aplicação do direito, particularmente à aplicação judicial. Diante de um caso concreto, o intérprete deve refletir se o sentido tradicionalmente atribuído à lei está de acordo com as circunstâncias do caso, de modo a aplicar de forma correta os princípios constitucionais. Se o intérprete é responsável pela construção do direito, não há como deixar de reconhecer a relevância do contexto em que essa construção se desenvolve.

Tal exigência decorre de uma concepção do direito adequada à Constituição democrática, na qual os direitos fundamentais são princípios que possuem aplicabilidade direta e fundamentam as decisões judiciais. Assim, o cumprimento da Constituição demanda do aplicador que desenvolva argumentos plenamente compatíveis com seus princípios, os quais fornecem a justificação última da interpretação da norma. Mesmo um enunciado legal “claro” somente pode ser aplicado corretamente quando confrontado com as normas constitucionais, pois a interpretação literal de um preceito também deve estar de acordo com a Constituição.

Esse complexo interpretativo, cujo desenvolvimento é necessário para uma correta aplicação do direito, não é devidamente valorizado em muitas das análises das súmulas vinculantes. Ao não reconhecer que a súmula também está sujeita a diferentes interpretações, concebendo a norma como dada em seu enunciado, essa visão desestimula o juiz a apreciar as circunstâncias do caso concreto, realizando um juízo reflexivo sobre a concepção daquele conjunto normativo diante da individualidade da situação posta a seu julgamento, a fim de realizar a justiça. Em conseqüência, a súmula passa a ser vista como uma premissa maior a partir da qual basta ao juiz subsumir os fatos para tomar sua decisão (STRECK, 2005: 139).

Compreendida dessa maneira, a aplicação da súmula acaba afetando a Constituição por menosprezar, em nome de uma preocupação isolada com a segurança jurídica, um outro direito fundamental: o direito à igualdade na aplicação judicial do direito.

A consagração do direito à igualdade no Estado Liberal compreendia que era suficiente para sua proteção o estabelecimento de comandos legais genéricos e abstratos, que deveriam ser aplicados pelo juiz sem levar em consideração a particularidade das situações. Com o reconhecimento de que a subordinação do juiz à lei não significa sua aplicação automática, mas que ele a interpreta aplicando, nota-se que o texto normativo é insuficiente para garantir a igualdade perante a lei, a qual também passa a depender dos critérios utilizados pelo juiz no julgamento dos casos concretos.

Assim, o direito à igualdade vincula tanto o legislador na feitura da lei quanto o juiz na aplicação da lei, obrigando-lhe a julgar da mesma forma os casos iguais. O cumprimento desse dever impõe ao juiz um duplo papel: não discriminar as situações iguais, aplicando os precedentes, e discriminar as situações desiguais, deixando de aplicar os precedentes. A falha em cumprir com a primeira obrigação viola o *direito a um tratamento igual*, em que não devem ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; a falha em cumprir com a segunda viola o *direito a um tratamento desigual*, em que devem ser levadas em consideração determinadas diferenças.²

Essa dupla dimensão do direito à igualdade destaca que sua proteção sempre depende de um juízo sobre as circunstâncias factuais e jurídicas (ALEXY, 1993: 387), o qual não se baseia na separação entre “questões de fato” e “questões de direito”, mas antes significa um juízo sobre a qualificação jurídica dos fatos (OLLERO, 2005: 26). Na medida em que mesmo casos semelhantes contêm diferenças, corresponde ao julgador discernir se elas são suficientes para justificar, com o objetivo de garantir

2 Adaptam-se, aqui, os conceitos expostos em DWORKIN (2002: 349-350).

o direito à igualdade, um tratamento desigual desses casos. Vale lembrar que o desrespeito a esse direito também sujeita a decisão judicial à reclamação, por indevida aplicação da súmula (art. 103-A, § 3º).

A vinculação do juiz ao direito à igualdade renova a importância da exigência constitucional de fundamentação das suas decisões (art. 93, IX). O *locus* da sentença judicial onde devem ser explicitadas as razões para julgar situações semelhantes de modo igual ou diferente é a motivação. Nela, o juiz deve esforçar-se para apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedente para os casos futuros.

Ao conter a sistematização da parte dispositiva de um conjunto de decisões, o enunciado das súmulas não é suficiente para conhecer as razões que as fundamentaram. Do ponto de vista da proteção do direito à igualdade, isso vem dificultar o exercício correto da função judicial, tendo em vista que é impossível, sem analisar os critérios que presidiram as discriminações feitas em um caso determinado, decidir se o juiz deve aplicar o precedente a casos semelhantes.

Enquanto no direito norte-americano o princípio do *stare decisis* impõe o conhecimento das *ratio decidendi* que fundam a norma jurídica, conduzindo a um constante exame das circunstâncias que justificam a aplicação do precedente ou demonstram sua inadequação ao caso (*distinguishing*) (MIRANDA, 2006), a adoção da súmula vinculante no Brasil pode desvalorizar o processo hermenêutico que forjou os precedentes. O conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões que levaram à edição da súmula leva a equívocos na identificação das circunstâncias que demandam a sua aplicação, deixando-se de lado as discriminações que o direito à igualdade exige no exercício da função jurisdicional. Tendo em vista que as súmulas são interpretadas como qualquer texto normativo, a garantia da igualdade em sua aplicação demanda uma reflexão sobre a fundamentação dos precedentes. Não basta, portanto, conhecer o resultado da interpretação que foi dada a determinado conjunto normativo, mas também os casos que presidiram o desenvolvimento dessa interpretação, buscando as razões que fundamentaram a construção da norma.

Essa necessidade torna-se mais nítida quando sabemos que parte das súmulas tratam exatamente do reconhecimento do direito a um tratamento igual ou do direito a um tratamento desigual. A divergência judicial que leva à edição de súmulas decorre muitas vezes de diferentes juízos formulados pelos tribunais acerca de casos semelhantes, fazendo com que as mesmas características levem alguns juízes a tratar igualmente esses casos e outros a tratá-los desigualmente. De modo coerente com essa realidade, o próprio texto constitucional coloca como condição para a edição de

súmulas vinculantes a existência de “multiplicação de processos sobre *questão idêntica*” (art. 103-A, § 1º).

Esse conjunto de razões justifica a preocupação de que a adoção das súmulas vinculantes no Brasil venha a incentivar uma incorreta compreensão do processo de interpretação/aplicação do direito, com prejuízos para a concretização da Constituição (STRECK, 2005: 158). Cabe, portanto, aprofundar a reflexão sobre o direito à igualdade na aplicação judicial do direito como um antídoto ao risco de diminuição da proteção dos direitos fundamentais. Na seção seguinte, iremos examinar algumas súmulas editadas pelo STF após a Constituição de 1988 sob o ponto de vista da dupla dimensão do direito à igualdade na aplicação judicial do direito. Nosso objetivo é identificar os juízos de igualdade que presidiram o processo de elaboração da súmula e destacar que tais juízos continuam sendo necessários para sua correta aplicação. Para isso, desenvolvemos a análise dos acórdãos citados como precedentes da súmula, buscando as razões que fundamentaram essas decisões. Ao final, indicaremos alguns critérios para a edição de súmulas vinculantes, com base no direito à igualdade.

II ANÁLISE DAS SÚMULAS

O primeiro conjunto de súmulas que será analisado nos permite identificar que a decisão do STF versou sobre a existência ou não de um direito a igual tratamento.

Súmula 657: “A imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”.

De acordo com o dispositivo constitucional acima citado, a imunidade de livros, jornais e periódicos inclui o “papel destinado a sua impressão”. Nos precedentes dessa súmula, o STF decidiu que os filmes e papéis fotográficos utilizados para o mesmo objetivo também estariam abrangidos pela imunidade, considerando que esses insumos, utilizados nas modernas técnicas de impressão, assemelham-se ao papel. Para justificar a igualdade de tratamento dos dois casos, o Supremo buscou identificar a finalidade da imunidade nessa matéria, concluindo que seu objetivo é assegurar a liberdade de comunicação e de pensamento, protegendo-se a educação e a cultura. Assim, a interpretação extensiva do preceito seria necessária para garantir a realização dos objetivos constitucionais diante do avanço tecnológico, reconhecendo o direito à igual tratamento, para fins de imunidade tributária, dos filmes e papéis

fotográficos em relação ao papel convencional. Outro argumento, também utilizado pelo STF, destaca que uma interpretação restritiva do conceito de papel levaria a um aumento da carga tributária das empresas jornalísticas, fazendo com que somente uma pequena parcela do empresariado nacional pudesse arcar com os custos de produção, reduzindo a possibilidade de exercício da liberdade de comunicação.

Súmula 724: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

De modo semelhante ao caso anterior, o STF fundamenta os precedentes da súmula em um exame teleológico das imunidades conferidas às entidades de assistência social, justificando sua interpretação extensiva como forma de maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos valores constitucionais que inspiram as limitações ao poder de tributar. Dessa forma, não caberia discriminar as rendas obtidas pelo aluguel de imóveis daquelas produzidas pelo objeto social da entidade, sempre que os valores sejam utilizados em suas atividades essenciais.

Súmula 730: “A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, C, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários”.

Ainda no campo das imunidades tributárias, esta súmula diz respeito às entidades de previdência privada, considerando que aquelas em que ocorre contribuição dos beneficiários não possuem direito a um tratamento igual ao das entidades assistenciais. Para o STF, as instituições assistenciais, que se caracterizam por concederem benefícios independentemente de contraprestação, devem ser discriminadas das entidades privadas de gênese contratual, as quais somente conferem benefícios aos seus filiados casos estes recolham as contribuições pactuadas. Para chegar a essa conclusão, o Supremo Tribunal apóia-se ainda na distinção, feita pela Constituição Federal, entre *previdência* e *assistência*, sendo a primeira destinada aos segurados ou contribuintes (art. 201), e a segunda dirigida “a quem dela necessitar”, independentemente de contribuição (art. 203).

Nesse conjunto de súmulas, os dois primeiros casos ilustram o reconhecimento pelo STF de um direito a igual tratamento, vedando a discriminação, para fins da imunidade tributária, de filmes e papéis fotográficos e das rendas auferidas de aluguéis. No último caso, ao revés, o STF entendeu que não havia esse direito, jul-

gando que as diferenças entre as entidades de assistência e previdência autorizavam o tratamento desigual. Nota-se, portanto, que o fio condutor dessas súmulas foi a análise das circunstâncias do caso para decidir sobre a existência do direito a um tratamento igual, raciocínio este que continua a ser necessário diante de casos semelhantes àqueles tratados nas súmulas, em relação aos quais os critérios estabelecidos pelo STF na fundamentação dos precedentes podem ser utilizados.³

O segundo conjunto de súmulas caracteriza-se por conter, em seu próprio enunciado, o reconhecimento de que as circunstâncias do caso devem reger a decisão judicial sobre o tratamento igual ou desigual. Por essa razão, a possibilidade de orientação oferecida pela súmula depende integralmente do conhecimento dos casos que geraram sua edição.

Súmula 683: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Essa súmula considera constitucional a discriminação por idade, desde que necessária para o exercício do cargo. A análise dos casos mostra a variedade de situações que o STF julgou, em quase todos eles negando legitimidade à exigência de idade, tal como ocorreu com os cargos de Advogado de Ofício da Justiça Militar (máximo de 35 anos), Técnico do Tesouro Nacional, Médico (máximo de 45 anos), Magistério (máximo de 45 anos), Delegado de Polícia (máximo de 35 anos) e Procurador do Estado (máximo de 35 anos). Identificam-se nos precedentes somente duas situações em que o limite de idade foi admitido: para o cargo de Agente Penitenciário (mínimo de 21 e máximo de 35 anos), tendo em vista que o exercício de funções de policiamento dentro dos presídios exigiria aptidão física, sendo equiparadas às funções militares; e para o cargo de Auditor do Tribunal de Contas do Estado (idade mínima de 35 anos), com base na existência de igual exigência para o cargo de Ministro do TCU e Conselheiro do TCE.

Essa variedade de casos mostra que a súmula não pode ser aplicada sem o conhecimento das decisões que a basearam. Apesar de seu enunciado poder ser lido como autorizativo da discriminação, a maioria dos precedentes fornece argumentos para julgar contrárias à Constituição exigências de idade para o preenchimento de cargos públicos.

3 No caso da imunidade de jornais e periódicos, o STF não inclui outros insumos necessários à sua produção, tais como tintas (RE 190.761); já a imunidade das rendas obtidas de aluguel também beneficia as entidades religiosas (RE 325.822).

Súmula 684: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.”

A formulação dessa súmula é muito semelhante à da súmula anterior. Um de seus fundamentos é o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, uma vez que a utilização de critérios subjetivos ou a não revelação dos critérios de avaliação do candidato impede a análise de sua correção pelo Judiciário. Nos casos analisados pelo STF, o veto imotivado decorria da verificação sigilosa da conduta do candidato e da ausência de divulgação dos critérios do exame psicotécnico. Assim, o STF mais uma vez convida o aplicador a identificar as circunstâncias do caso: não julga inconstitucional qualquer vedação à participação em concursos públicos, mas oferece alguns parâmetros para decidir quando tal veto não contraria a Constituição.

Ainda neste conjunto, várias súmulas em matéria penal também indicam que cabe ao juiz apreciar as circunstâncias do caso para decidir sobre a aplicação da norma. Nessas situações, expressamente se reconhece que o direito à igualdade somente pode ser atendido levando-se em conta as particularidades da situação.

Súmula 718: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Súmula 719: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

As duas súmulas complementam-se no que diz respeito à possibilidade de imposição de regime de cumprimento mais severo da pena. Enquanto a Súmula 718 afirma que a mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não autoriza a discriminação, a Súmula 719 reconhece que esse ônus pode ser imposto se a motivação for idônea. A análise dos precedentes mostra alguns dos parâmetros considerados válidos pelo STF para a imposição do regime mais severo: condenação decorrente de crime hediondo, pena superior a oito anos e ausência de primariedade e bons antecedentes. Portanto, essas súmulas explicitam que o direito à igualdade, relacionado aqui ao princípio da individualização da pena, somente pode ser preservado se as circunstâncias que cercam o crime e seu autor forem devidamente apreciadas pelo juiz.

Além dos casos em que o próprio enunciado expressa a necessidade de realizar um juízo sobre o direito à igualdade, o STF também nos mostra a importância desse juízo na aplicação da súmula, tal como no exemplo a seguir.

Súmula 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.”

Tornou-se bastante conhecido o caso do HC 86.864, em que o STF afastou a aplicação dessa súmula, ordenando liminarmente a liberação de Flávio Maluf, filho de Paulo Maluf, estendendo a este, co-réu no processo criminal, os efeitos da decisão.

No raciocínio desenvolvido pelo relator, Min. Carlos Velloso, a prisão fora decretada sem apoio legal, pois nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal estava presente no caso. Assim, apesar de reconhecer que foi um dos primeiros a sustentar o conteúdo da Súmula 691, o Min. Carlos Velloso afirmou que: “a súmula 691 admite, entretanto, abrandamento, ao que entendo: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, fechar os olhos, quedar-se inerte”, lembrando ainda que no HC 85.185 o STF já discutira a questão e, apesar de ter rejeitado o cancelamento da Súmula 691, deferira o *habeas corpus*, por flagrante ilegalidade.

A decisão, por maioria, expressa a divergência entre os Ministros sobre a justificativa para não aplicação dessa súmula. Assim, os votos minoritários não discordam que a súmula admita abrandamento, mas se os pacientes teriam direito a um tratamento desigual nesse caso. Assim, o Min. Joaquim Barbosa não reconhece “a teratologia invocada na inicial. Ao contrário, o decreto de prisão preventiva do paciente está, a princípio, suficientemente fundamentado. Análise mais aprofundada das alegações constantes da inicial deve ser levada a efeito por ocasião do julgamento do mérito do *habeas corpus* pelo Tribunal Regional Federal”.⁴

4 O debate entre os Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa é ilustrativo dessa divergência:
 Ministro Carlos Velloso (Relator): “Vossa Excelência me permite um aparte? Vossa Excelência está consciente do argumento básico para a decretação?”
 Ministro Joaquim Barbosa: “Estou plenamente consciente”.
 Ministro Carlos Velloso: Vossa Excelência, então, não admite que um réu possa conversar com outro réu?”
 Ministro Joaquim Barbosa: “O que não admito é o privilégio, ministro Carlos Velloso”
 Ministro Carlos Velloso: “Qual privilégio?”
 Ministro Joaquim Barbosa: “O privilégio de que temos uma súmula que proíbe o conhecimento”.
 Ministro Carlos Velloso: “Mais do que isso, Ministro, acentuo no meu voto que o Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor da Constituição e, portanto, o guardião-mor dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. Vossa Excelência deverá atentar: primeiro, que a prisão preventiva foi decretada por conveniência da instrução criminal. O paciente, entretanto, não tentou aliciar ou ameaçar testemunha. Houve conversa entre réus, pelo telefone”.
 Ministro Joaquim Barbosa: “Eu não chego a conhecer disso”.

De modo semelhante manifestou-se o Min. Carlos Britto, para quem não havia na decretação da prisão preventiva do paciente “aquela saliente ou protuberante ilegalidade que justificaria o abrandamento do rigor da Súmula n. 691, pena de – como lembrado pelo Ministro Joaquim Barbosa – injustificada supressão de instância”.

A necessidade de analisar caso a caso para decidir acerca da aplicação da súmula é destacada ainda pelo Min. Marco Aurélio, que critica seu “conteúdo linear” e reconhece que, como relator, atua mitigando situações tidas por ele como “extravagantes”, e pelo Min. Sepúlveda Pertence, para quem: “a sessão de hoje confirma, exatamente, o que tive oportunidade de assinalar quando da rediscussão da Súmula n. 691, no julgamento do HC 85.185. Como, então, anteví, teria sido muito melhor cancelá-la do que submetê-la a este exercício que estamos a praticar: primeiro examinamos se há ilegalidade, para, depois, conhecer, ou não, do *habeas corpus*”

Esse “abrandamento” da Súmula 691, que nada mais é do que o resultado de sua interpretação em determinadas situações, tem sido utilizado em outros julgamentos do STF, mesmo quando não envolve pessoas públicas, tal como no HC 89.178, em que a paciente havia sido condenada por tentativa de furto de uma “duchinha”. Portanto, o STF tem identificado características do caso que lhe impõem o dever de deferir o pedido de *habeas corpus* para evitar ofensa à Constituição.

Destacamos, por fim, duas súmulas cujo enunciado não se ajusta aos precedentes, dificultando a identificação dos casos que levaram a sua edição.

Súmula 645: “É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

Ministro Carlos Velloso: “E por quê? Vossa Excelência, então, fecha os olhos à violação de uma liberdade, de um direito, de uma garantia constitucional?”.

Ministro Joaquim Barbosa: “Não conheço porque a súmula desta Corte proíbe. Posso concluir, Senhora Presidente?”.

Ministro Carlos Velloso: “Vossa Excelência me concedeu um aparte e estou fazendo uso dele, com todo respeito, mas querendo esclarecer por que essa prisão preventiva foi decretada. O argumento básico é o que foi revelado no meu voto. Assim, agradeço a Vossa Excelência o aparte que me foi concedido, mas que ficou sem resposta”.

Ministro Joaquim Barbosa: “A análise mais aprofundada das alegações constantes da inicial deve ser levada a efeito por ocasião do julgamento do mérito do *habeas corpus* pelo Tribunal Federal da 3 Região, sob pena de se incorrer em supressão de instância, como reiteradamente todos nós temos decidido nesta Corte.

Do exposto, voto pelo não-conhecimento da impetração, lembrando que a Súmula 691 tem aplicação a todos os *habeas corpus* impetrados, não importando quem figure como paciente, ressalvada, é claro, a hipótese de decisão teratológica.

Não conheço, portanto, do *habeas corpus*”

Súmula 646: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

O caráter genérico do enunciado dessas súmulas não esclarece que os precedentes versaram, exclusivamente, sobre farmácias e drogarias, o que nos permite cogitar que outras circunstâncias poderiam ensejar uma orientação distinta.

Uma dessas hipóteses encontra-se em voto vencido do Min. Carlos Velloso, proferido em dois dos precedentes da Súmula 646 (RE 193.749 e RE 199.517). Julgando constitucionais leis municipais que estabeleçam uma distância mínima de duzentos e quinhentos metros, respectivamente, entre farmácias, o Ministro reconhecia que a competência do Município para disciplinar o uso do solo autorizava-lhe a distribuir as farmácias de modo a atender as camadas da população, exigindo uma distância mínima entre elas para evitar sua concentração em determinado lugar. Dessa forma, o interesse local na matéria justificaria a restrição, que, por não gerar reserva de mercado, não ofenderia o princípio da livre concorrência.

Outra razão que pode autorizar a restrição quanto à localização de estabelecimentos comerciais encontra-se no RE 204.187. Nesse recurso, o STF reconheceu a competência do Município para estabelecer uma distância mínima entre postos de revenda de combustíveis, tendo em vista o alto risco da atividade. Essa razão de segurança também foi destacada no RE 235.736, que julgou constitucional lei municipal que estabelecia distância mínima de duzentos metros entre os postos de gasolina e estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados.

Observa-se, portanto, que o desconhecimento dos precedentes de súmulas cujo enunciado generaliza o conteúdo das decisões tomadas pelo STF dificulta ainda mais sua correta aplicação.

III CONCLUSÃO

O estudo das súmulas desenvolvido neste trabalho nos permite identificar sua vinculação com o direito à igualdade na aplicação judicial do direito, a qual se manifesta de duas formas: as súmulas podem reconhecer ou negar o direito a um tratamento igual, e podem orientar o juiz a avaliar as circunstâncias do caso a fim de decidir se uma discriminação é devida, permitida ou vedada. Em ambas as situações, percebe-se que a construção da norma aplicável ao caso compete ao intérprete, devendo ser regida pelo respeito ao direito à igualdade.

Isso nos leva a criticar a outorga de efeito vinculante a vários tipos de súmulas do STF. Em primeiro lugar, súmulas que desestimulam o julgador a identificar as circunstâncias do caso, tal como os enunciados 645 e 646, não contribuem para o respeito à dupla dimensão do direito à igualdade. No caso das súmulas que somente autorizam o juiz a apreciar as circunstâncias do caso, seu conteúdo normativo não pode ser identificado à margem dessas circunstâncias e, portanto, essas súmulas não podem ter mais do que um efeito persuasivo sobre o aplicador, tendo em vista que sua orientação – respeitar o direito à igualdade na aplicação do direito – já consta na Constituição. Em termos processuais, como a decisão sobre a reclamação limita-se a constatar o respeito à decisão do STF, é difícil imaginar que súmulas com essas características possam fundamentar a cassação da decisão judicial reclamada.⁵

Por outro lado, como vimos no exemplo da Súmula 691, o precedente deve ser afastado quando mudam as circunstâncias do caso, o que significa que o juiz pode vir a aplicar indevidamente a súmula se não observar essas particularidades. Não deve ser excluída, também, a possibilidade de que o próprio STF modifique seu critérios de julgamento, entendendo que é necessária uma nova interpretação de um conjunto de casos. Tal ocorreu recentemente com a decisão sobre a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime para os crimes hediondos (HC 82.959), que elimina o conteúdo normativo da Súmula 698.⁶

As súmulas podem ser úteis, contudo, para reforçar o direito ao tratamento igual em determinadas situações, tal como nos casos das súmulas 657 e 724. Nesses exemplos, o reconhecimento do direito à igualdade por parte do STF possibilita sua proteção pelo judiciário e pela administração. Situações semelhantes são aquelas que envolvem o exercício do controle difuso pelo STF, de modo a generalizar os efeitos da decisão e impedir a aplicação de lei julgada inconstitucional (Súmulas 664⁷, 670⁸ e 678⁹); e questões cuja variação nas circunstâncias de fato não autoriza um trata-

5 Vale lembrar que também é desnecessária a outorga de caráter vinculante às súmulas que tratam da competência do próprio STF, como, por exemplo, os enunciados 623 (“Não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, n, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do Tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.”) e 624 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros Tribunais.”)

6 Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

7 Súmula 664: “É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência de imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros – IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.”

8 Súmula 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

9 Súmula 678: “São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a

mento desigual dentro de uma mesma categoria legal, tal como exemplificam várias súmulas sobre servidores públicos (680¹⁰, 681¹¹, 682¹²) e sobre matéria processual (628¹³, 629¹⁴, 630¹⁵).

Vale lembrar que, também nesses casos, é importante identificar as razões que fundamentaram a decisão do STF, a fim de continuamente refletir sobre sua adequação à Constituição e, particularmente, ao direito à igualdade, deixando em aberto a possibilidade de distinguir novas circunstâncias dos casos. Dessa forma, a correta interpretação das súmulas pode contribuir positivamente com o processo de construção judicial do direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1991.

_____. A discriminação compensatória. In: _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC nº 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli* (Coords.) *Reforma do Judiciário. Primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – Relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli*

submeter-se ao Regime Jurídico Único.”

10 Súmula 680: “O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.”

11 Súmula 681: “É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.”

12 Súmula 682: “Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos dos servidores públicos.”

13 Súmula 628: “Integrante de lista de candidatos a determinada vaga da composição de Tribunal é parte legítima para impugnar a validade da nomeação de concorrente.”

14 Súmula 629: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”

15 Súmula 630: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; REGO, Lorena de Paula da Silva. *Súmula vinculante e direito à igualdade*.

(Coords.) *Reforma do Judiciário. Primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Tássia Baia. *Stare Decisis e a Aplicação do Precedente no Sistema Norte-Americano*. Belém, mimeo, 2006.

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

STRECK, Lenio Luis. As Súmulas Vinculantes em Face da Hermenêutica Filosófica e da Jurisdição Constitucional. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.