

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Arthur Mendes Lobo¹

Sumário: Considerações iniciais – 1 Natureza Jurídica da Súmula Vinculante – 2 A Regulamentação da Súmula Vinculante estatuída pela Lei 11.417/2006 – 2.1 Da Legitimidade Ativa – 2.2 Da Proposta *ex officio* – 2.3 Intervenção de Terceiros nos pedidos de Súmula Vinculante – 2.4 Fases do Procedimento – 2.5 Requisitos para Edição, Revisão ou Cancelamento da Súmula – 2.6 A Inconstitucionalidade da Modulação Temporal dos Efeitos Vinculantes – 2.7 Da Reclamação como Instrumento de Controle dos Efeitos Vinculantes – 2.7.1 Hipóteses de Cabimento da Reclamação e seus Pressupostos Processuais – 2.7.2 Da Inexistência de Prazo Decadencial para a Propositura da Reclamação – 3 Do Cabimento de Ação Rescisória contra a coisa julgada de sentença que viola literal “disposição” de Súmula Vinculante – 4 O Provável Aumento de Processos no Supremo Tribunal Federal – 5 Do Cabimento de Medida Cautelar no Pedido de Edição, Revisão ou Cancelamento de Súmula Vinculante – 6 O Efeito Vinculante da Súmula em face das Decisões do Poder Legislativo quando este exerce Atividade Jurisdicional – 7 Modificações nos Procedimentos Administrativos – Considerações finais – Obras consultadas

Resumo: O estudo faz uma breve reflexão sobre os dispositivos da Lei 11.417 de 20.12.2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Analisa a fundamentação teórica desse novel instituto, buscando focar algumas repercussões de ordem pragmática. Primeiramente, fez-se uma análise sobre a constitucionalidade daquela lei. Mais adiante, aborda-se a questão da legitimidade ativa para a propositura dos pedidos de edição, revisão e cancelamento da

¹ Mestrando em Direito pela UNAERP/SP. Especialista em Direito Ambiental pela UGF/RJ. Ex-Professor Substituto da PUC/MG. Advogado

súmula vinculante, bem como a propositura *ex officio* desses pedidos. Na seqüência, foram analisadas as hipóteses de cabimento; o instituto da intervenção de terceiros; e os requisitos formais para a deliberação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Discute-se sobre a constitucionalidade da modulação temporal dos efeitos vinculantes, bem assim sobre o instituto da Reclamação como forma de preservação da força cogente da súmula. Fez-se uma reflexão sobre os pressupostos do pedido de súmula vinculante, tanto em seus aspectos formais, quanto materiais. Discute-se, ainda, sobre o cabimento de ação rescisória contra a coisa julgada de sentença que contraria literal disposição de súmula vinculante. E, finalmente, o estudo comenta as principais modificações que ocorreram e ocorrem nos procedimentos administrativos, ante as alterações introduzidas na Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

Palavras-chave: Súmula vinculante – reclamação – legitimidade – inconstitucionalidade – edição – revisão – cancelamento – reforma do judiciário – reforma processual – duração razoável

Considerações iniciais

Desde a vigência do Código de Processo Civil, em 11.01.1973, a sociedade brasileira passou por profundas transformações que ocasionaram a sobrecarga no número de processos e, por conseguinte, a lentidão da prestação jurisdicional. Nesse período, a população brasileira aumentou em aproximadamente 100 milhões de habitantes. A nova ordem constitucional garantiu o acesso à Justiça e criou novos mecanismos para o controle judicial dos atos da administração pública. Consolidaram-se os direitos chamados de terceira e quarta geração, bem como os microsistemas de tutela dos interesses metaindividuais e de proteção dos indivíduos hipossuficientes. Novos institutos protegeram especialmente o consumidor, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a criança, o adolescente, o idoso, os deficientes físicos, etc.

Conseqüência inevitável foi o aumento progressivo de demandas judiciais. Porém tal aumento não veio acompanhado do *necessário* investimento público em infra-estrutura e agentes públicos em número razoável, indispensáveis que são à administração da Justiça.

Sem uma musculatura eficiente, leia-se sem a instalação de novos órgãos proporcionalmente ao aumento de processos, o processo judicial tornou-se extremamente moroso, o que gerou, e ainda gera, insatisfação notória dos cidadãos brasileiros.

Com o objetivo de conferir maior celeridade aos provimentos jurisdicionais, o Poder Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu um novo preceito fundamental na Magna Carta, fazendo-o pela inserção do inciso LXXVIII, *in verbis*:

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dessa forma, foi positivado o princípio da duração razoável do processo, que confere embasamento jurídico para diversas reformas processuais e procedimentais que se seguiram à publicação daquela emenda.

Sobre o tema, comenta Nelson Nery Junior²:

A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º) não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável.

² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 140.

A mesma Emenda Constitucional nº 45/2004 também inseriu em nosso ordenamento a Súmula Vinculante, ao dispor, no art. 103-A, que:

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

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderão ser provocados 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 súmula vinculante brasileira inaugura, em todo o mundo, uma nova sistemática que admite a elaboração de normas cogentes, munidas de efeito *erga omnes* e providas de comando *genérico* e *abstrato*, assim como são as leis, porém com uma característica peculiar, a de serem elaboradas e editadas pelo Judiciário.

O objetivo do Poder Constituinte Derivado foi conferir maior agilidade aos julgamentos, na esperança de que a súmula vinculante uniformizará os julgamentos e irá inibir a interposição de recursos, pois uma vez aplicado o entendimento da súmula na sentença de primeiro grau, saberá, de antemão, a parte sucumbente que os Tribunais não poderão reformá-la, sob pena de seu acórdão ser objeto de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que a súmula vinculante representa mais uma forma de *controle de constitucionalidade*, à semelhança do que ocorre com as decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Direta de Constitucionalidade e na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental³, pois seu comando não pode ser ignorado por nenhum órgão judiciário ou da administração pública, sob pena de ser decretada, em sede de reclamação, a cassação a decisão judicial ou a anulação o ato administrativo⁴.

Assim, a expectativa do legislador é de que, em razão da regulamentação da súmula vinculante, sua plena aplicação se torne uma realidade hábil a reduzir consideravelmente o número de recursos nos Tribunais e o tempo de vida do processo. Sem ter, obviamente, a pretensão de esgotar o tema, analisaremos, neste breve estudo, alguns requisitos, pressupostos e procedimentos instituídos pelo legislador infraconstitucional através da Lei 11.417, de 20 de dezembro de 2006, e algumas de suas repercussões práticas.

1 Natureza jurídica da súmula vinculante

Ensina-nos Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵ que:

“No plano histórico, a separação do direito inglês do direito romano encontra suas raízes na ocupação da Inglaterra pelos bárbaros.

Destruídos os traços do domínio romano de quatro séculos, consolidou-se com o passar do tempo o sistema implantado, conhecido como *common law*, calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como *civil law*, fundado no direito escrito e codificado.

O *common law*, também denominado *case law*, é um corpo de princípios, precedentes e regras que busca sustentação não em regras fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se do pressuposto de que tais

³ Instrumentos de Controle de Constitucionalidade previstos no art. 102, I, “a” e §§1º e 2º c/c art. 103 da Constituição Federal de 1988.

⁴ No capítulo 7 desse estudo, veremos que a súmula vinculante pode ser ignorada pelo Poder legislativo quando este exerce função jurisdicional.

⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Revista Forense 264/83.

princípios devem ser susceptíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos requeridos pelo progresso da sociedade.”

Ao tratar dos fundamentos da *common law*, Leslie Scarman⁶ assevera que esse sistema corresponde a “um direito consuetudinário (*customary law*) desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juízes e tribunais que atuam através dos tribunais”.

Para Roberto Rosas, nos países de *common law*, “a decisão judicial em determinado feito constitui um preceito *erga omnes*, que se impõe aos demais casos. É o chamado precedente, que tem força de lei. Sistema viável em Estados sem oscilações políticas e sociais”.

Sálvio de Figueiredo Teixeira sintetiza que “no *common law* a regra é a criação do direito pelos tribunais, sob o comando do direito costumeiro, através do *judge-made law* ou *casemade law*, em que tem vigorosa aplicação o chamado *bindingprecedent* (precedente obrigatório) e efetiva presença o instituto da *equity*”⁷.

Entendemos que, muito embora o Direito Brasileiro tenha seguido o sistema romano-germânico, tendo como fonte primária e imediata a lei, adotando-se normas predeterminadas como fonte de obrigação, hodiernamente é possível afirmar que há uma forte tendência de incorporação do sistema da *common law* ao nosso ordenamento jurídico⁸. Isso porque a Jurisprudência passou a ter maior relevância, tanto para os atos, haja vista os novos requisitos exigidos à interposição de inúmeros

⁶ SCARMAN, Leslie. *English law - The new dimension*, Porco Alegre: Fabris, 1977.

⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1916>>. Acesso em 6/12/2006.

⁸ Ao aprofundar sobre o tema, Guido Fernando Silva Soares faz a seguinte reflexão: “Se os juristas e advogados da família romano-germânica olham com certa emulação a adequação dos case laws à realidade, advogados e juristas da Common Law sentem uma certa nostalgia, em face da harmonia e racionalidade dos códigos! Na essência é o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos! No fundo, tanto a dedução como a indução constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém não com exclusividade, pois na Física ou na Biologia existe a utilização ambos processos metodológicos. Nas ciências do comportamento do homem (que trabalham tanto com juízos de realidade quanto com juízos de valor), o intercâmbio de ambos os métodos é ainda mais necessário, inclusive como

recursos, no sentido de não contrariarem súmulas e jurisprudência dominante dos Tribunais, quanto para a vinculação *erga omnes* de determinadas decisões.

Pode-se dizer que, dentre as fontes do direito brasileiro, a *Jurisprudência* vem conquistando, a cada dia, maior destaque, tanto no texto constitucional através de emendas que disciplinaram a reforma do Judiciário, quanto nas leis infraconstitucionais, que concretizaram a quarta onda de reforma do Código de Processo Civil.

A origem palavra *Jurisprudência* deriva do latim *juris-prudentia*, que significa prudência do direito, tomada a expressão prudência como virtude intelectual voltada para a prática, para a ação honesta, leal e justa⁹.

Ensina-nos Miguel Reale¹⁰ que, no Brasil, o conceito de jurisprudência quer significar a “prática dos tribunais”, quando caracterizada por certa continuidade, isto é, “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Roberto Rosas considera a jurisprudência como “um código norteador das decisões a seguir (...) a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina, etc”.

Importa, notar desde já que, em determinadas situações, o confronto entre *Jurisprudências* dos Tribunais ou entre a *Jurisprudência* e os Órgãos da Administração Pública, pode provocar, preenchidos os requisitos legais, pedido de edição de súmula com efeito vinculante e *erga omnes*, instituto que será analisado

condição de verificação de provas das afirmações, sob pena de falseamento dos postulados científicos, seja por uma generalização inexistente, ao que pode levar o abuso da indução; seja por um abstracionismo que descreva o mundo dos homens, como se fosse constituído de seres perfeitos e angelicais (o grande risco do abuso dos processos dedutivos). Ou, em outras palavras, tanto a pirâmide kelseniana abstrata quanto a colcha de retalhos casuística constituem criações engenhosas do homem, os sistemas jurídicos nacionais, concebidos para salvaguarda e aperfeiçoamento da sociedade humana.” (Common Law. Introdução ao Direito dos EUA. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

⁹ MACHADO, Edgar Godoy da Matta. *Elementos de teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Vega.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167.

nos próximos capítulos. Assim, pode-se afirmar que a súmula vinculante é fonte de direito, situada no mesmo nível hierárquico que a lei.

Equivale dizer, que, diante dos efeitos vinculantes e *erga omnes*, em sendo declarada inconstitucional uma lei pela súmula vinculante, passaram a vigorar os dispositivos desta, imediatamente após a sua publicação. De outro modo, se uma súmula vinculante for contrariada por lei que lhe é posterior, as disposições daquela deixarão de prevalecer, passando a vigorar os termos da lei nova, pelo menos até que nova súmula seja editada tratando da matéria.

Fica clara a grande inovação da Súmula Vinculante em nosso ordenamento jurídico, eis que ela confere nova roupagem ao sistema brasileiro¹¹, que passa a ter maiores semelhanças com o sistema anglo-saxão, já que os operadores do direito terão de dar mais valor às casuísticas dos Tribunais, em razão dessa nova fonte do Direito.

Até se poderia pensar, num primeiro momento, que é inconstitucional a idéia de se inserir em nosso ordenamento uma súmula com efeito vinculante e *erga omnes*, eis que ela ofenderia cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, prevista no art. 5º, inciso II, segundo a qual: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Porém nos parece que este dispositivo não traz a exigência de lei em seu sentido formal, mas sim genericamente considerada. E ainda que assim não o fosse, havendo autorização expressa na Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e em lei formal, nada impede a imposição de obrigações, diante da delegação prévia do Poder Legislativo, à semelhança do que ocorre com as leis delegadas, medidas provisórias e atos administrativos que emanam normas gerais.

Ficamos, pois, com Francesco Carnelutti¹² quando assevera que “*o processo jurisdicional pode servir também para a formação de comandos novos, gerais ou*

¹¹ Não pretendemos discutir, neste estudo, se a súmula vinculante seria antidemocrática por inviabilizar a rediscussão ou divergência de entendimento da matéria sumulada. Pretendemos demonstrar apenas algumas inconstitucionalidades da Súmula Vinculante.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 150

particulares. Nesta acepção, o processo jurisdicional chama-se processo dispositivo. A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação”.

Entendemos que a súmula vinculante tem natureza jurídica de fonte do Direito, por ser uma *jurisprudência sistemática*, pois na lição de Norberto Bobbio¹³:

“É freqüente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu em compasso com a jurisprudência exegética e da jurisprudência sistemática, ou, em outras palavras, quando a jurisprudência se elevou ao *status* de ciência, tornando-se sistemática.”¹⁴

Para se chegar à *jurisprudência sistemática*, é necessário desenvolver analiticamente, mediante regras pré-estabelecidas, alguns postulados iniciais, provenientes de julgamentos de casos concretos, com base em semelhanças, para então formar conceitos cada vez mais gerais, para chegar a conceitos generalíssimos que permitam unificar a interpretação quanto a determinado tema¹⁵.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶ conceituam *súmula* como sendo “o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas *in abstracto* que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional”.

Os mesmos doutrinadores comentam que “o ordenamento permite que co-existam duas súmulas no STF: *a*) vinculante; e *b*) não-vinculante ou simples”¹⁷ conforme se atenda ou não aos requisitos impostos pela Constituição Federal.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria general de derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 194.

¹⁴ Segundo Norberto Bobbio, “Aqui o termo sistema é usado para indicar o ordenamento de uma matéria, por meio de um procedimento indutivo, ou seja, partindo do conteúdo das normas particulares com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais e classificações ou divisões de toda a matéria; a consequência dessas operações seria o ordenamento do material jurídico” (*Op. cit.* p. 194).

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 194.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 300.

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. *Op. Cit.* p. 300.

Mas o que seria esse *efeito vinculante* da súmula ora analisada?

Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ esclarece que “a *eficácia erga omnes* e o *efeito vinculante* deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos”. Para ele,

o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos é instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (*eficácia erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o *efeito vinculante*, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) in: Direito Processual Constitucional (*Verfassungsprozessrecht*), 2 ed., Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja inter partes ou erga omnes).

Concordamos com esse posicionamento, pois veremos adiante que, quando se trata da chamada Súmula Vinculante, objeto do presente estudo, a obediência aos seus comandos hão de ser seguidos por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Porém resta indagar se a súmula vinculante realmente tem o condão de impedir o Legislativo de editar lei nova que contrarie o fundamento daquela súmula, pois como vimos na lição de Gilmar Mendes, o *efeito vinculante* obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do supremo tribunal federal nos processos de controle abstrato de normas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 7 nov. 2006.

Em um primeiro momento, poderia parecer que contraria o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Separação-Divisão dos Poderes por impedir o Legislativo de desenvolver a sua função precípua. Entretanto, com os novos contornos doutrinários do Tribunal Constitucional e da nova teoria da divisão dos Poderes, tendemos a afirmar que sim, o *efeito vinculante* obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição. Vejamos o porquê:

Cappelletti¹⁹ aponta a necessidade de um judiciário distinto do tradicional, ressaltando que

(...) a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Américo Bedê Freire Júnior²⁰ assevera que, hodiernamente, há uma grande preocupação tanto jurídica, quanto política, de se criar um novo perfil para a atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais. Para ele,

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas sim no princípio da Constitucionalidade dos atos.

Ainda na lição de Américo Bedê Freire Júnior,

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p 47

²⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *A separação dos poderes (funções) nos dias atuais*. Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm>. Acesso em: 28.12.2006.

o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O Juiz não é a mais a simples boca da lei, mas sim intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada a nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe; ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias. Para o cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar no princípio da separação de funções não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

Segundo o jurista Fernando Paulo Suordem,²¹

na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável.

Percebe-se, portanto, que, sob a nova óptica do princípio da divisão das funções estatais, o Judiciário merece as atribuições que lhe serão outorgadas pela Constituição para instituir súmulas de efeito vinculante, justamente para defender os preceitos da própria Constituição.

Cumprir esclarecer, ainda, que o efeito vinculante da súmula brasileira diverge do efeito vinculante do direito alemão porque o primeiro abrange matéria de mérito e processual, enquanto que o segundo apenas matéria de mérito.

É o que ensina Gilmar Ferreira Mendes²²:

De imediato, impende ressaltar que a doutrina constitucional somente reconhece efeito vinculante às decisões de mérito (*Sachentscheidungen*) proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht*. O efeito vinculante não imanta

²¹ SUORDEM, Fernando. *O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais - A Administração Pública no Estado Moderno: Entre as exigências de liberdade e Organização*, Coimbra: Almedina, 1995. p.62.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do supremo tribunal federal nos processos de controle abstrato de normas*. *Op. cit.* p.03.

julgados de caráter exclusivamente processual, não abrangendo, por isso, decisões de simples caráter interlocutório.

Entendemos que, diversamente do Direito alemão, nada obsta que a súmula vinculante brasileira estabeleça norma processual, por exemplo, determinando que no cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado pessoalmente para pagamento.

Constata-se, pois, que em razão do efeito vinculante, tanto os princípios extraídos da parte dispositiva da Súmula, quanto os fundamentos determinantes da decisão, vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros, razão pela qual ela não pode ser aplicada indevidamente, ou seja, é inadmissível interpretação diversa daquela proferida nos votos vencedores dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, salvo na hipótese de revisão ou cancelamento por esta Corte Constitucional.

Analisaremos, a seguir, as regras pré-estabelecidas da súmula vinculante, partindo da Constituição Federal.

2A regulamentação infraconstitucional

A Lei 11.417, de 20 de dezembro de 2006, terá vigência a partir da *vacatio legis*, isto é, a partir de 20 de março de 2007.

Ela dispõe sobre a edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmulas vinculantes, regulamentando o art. 103-A da Constituição Federal. Vejamos, portanto, os seus principais postulados, para melhor entender o procedimento e os aspectos gerais desse novo instituto.

2.1 Da legitimidade ativa

Podemos dividir os legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante em dois grupos distintos: *i*) legitimados para pedido direto ou concentrado; e *ii*) legitimados para pedido incidental ou difuso.

Por *legitimados para pedido direto ou concentrado*, entendem-se aqueles que podem pedir a edição, revisão ou cancelamento sem que, necessariamente, tenham que figurar como parte em demanda na qual se discuta, *in concreto*, a matéria a ser sumulada.

Equivale dizer, não é necessário que tais legitimados sejam litigantes em uma ação autônoma para interpor esse pedido.

Os legitimados para pedido direto de súmula vinculante estão arrolados nos incisos do art. 3º, da Lei 11.417/06, *in verbis*:

Art. 3º São legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante:

- I – o Presidente da República;
- II – o Advogado-Geral da União;
- III – a Mesa do Congresso Nacional ou de suas Casas;
- IV – o Procurador-Geral da República;
- V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI – o Defensor Público-Geral da União;
- VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI – o Procurador Geral de Estado ou do Distrito Federal;
- XII – o Procurador Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;
- XIII – o Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios;
- XIV – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

²³ Conforme determina o §2º, do art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Note que todos os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, arrolados nos incisos do art. 103 da Constituição Federal, também foram legitimados diretos à propositura da súmula vinculante²³.

De outra feita, o Município é o único ente *legitimado para pedido incidental ou difuso*, pois somente poderá requerer a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante incidentalmente ao curso de processo em que seja parte.

Uma questão que vem a lume é saber se este processo deve necessariamente referir-se a feito da competência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, recurso extraordinário, ou se o pedido de súmula vinculante pode se dar na pendência de qualquer processo em trâmite em qualquer juízo ou tribunal do país, bastando que a matéria a ser sumulada esteja sendo discutida no caso concreto.

Quer nos parecer que a melhor exegese da norma é no sentido de autorizar o pedido incidental do Município que atue como parte em *qualquer processo*, e não necessariamente em processos que tramitem no Supremo Tribunal Federal (recurso, medida cautelar, suspensão de segurança, ações de competência originária, etc). Isso porque onde a lei não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Por outro lado, dispõe o §1º, do art. 3º, que, havendo pedido incidental do Município, o julgamento do processo principal envolvendo concretamente a matéria a ser sumulada *não poderá ficar suspenso* até que seja acolhida ou rejeitada a edição do enunciado vinculante.²⁴

Porém, entendemos que, se for necessária a suspensão do processo principal para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, o relator do pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante deve sobrestar o feito até a apreciação do pedido formulado pelo Município.

Em que pese a lei dispor que o pedido incidental do Município de edição, revisão ou cancelamento de súmula não autoriza a suspensão do processo,

²⁴ “§1º. O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.”

entendemos que o julgamento do feito principal deverá, sim, ser suspenso para evitar, em casos excepcionais, prejuízo de difícil reparação.

Imaginemos, v.g., um Município que pleiteia o cancelamento de uma súmula que se mostra eivada de inconstitucionalidade. Acaso o processo principal prossiga e venha a ser julgado antes do cancelamento da súmula, este de pouco adiantará, posto que a súmula inconstitucional já terá sido aplicada e talvez até a decisão já tenha transitado em julgado.

2.2 Da proposta *ex officio*

Tanto no texto constitucional (art. 103-A, *caput*), quanto no texto da Lei 11.417/06 (art. 2º), há previsão de propositura de ofício da Súmula Vinculante.

Teria essa previsão violado o *princípio da inércia* do Judiciário?

Entendemos que não, pois o que o Judiciário não pode é diligenciar em favor da parte, buscando soluções para casos concretos. Nada o impede, contudo, de pretender que as decisões judiciais e administrativas sejam sumuladas de modo a unificar determinado entendimento, para assim fortalecer a aplicação desse entendimento para conferir celeridade aos processos e evitar decisões conflitantes que invariavelmente maculam a imagem do Judiciário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal como guardião maior da harmonia da Constituição Federal não poderia permanecer inerte diante das normas e decisões polêmicas que violam ou arriscam violar a sua disposição.

Lado outro, não justifica deixar que perdurem incongruências nos provimentos dos Tribunais pátrios, pois isso viola o princípio da segurança jurídica.

Resta saber se o pedido *ex officio* de aprovação, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante pode ser realizado por qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal ou se necessitaria de aprovação da respectiva Turma.

Pensamos que, ante a omissão da Constituição Federal e da Lei 11.417/06, qualquer Ministro do STF, individualmente, tem legitimidade para proposição direta e concentrada da súmula vinculante, pois estará tratando de discussão abstrata e genérica, sem adentrar relação fática de determinada demanda.

2.3 Intervenção de terceiros nos pedidos de súmula vinculante

Dispõe o art. 3º, §2º da Lei 11.417/06, *in verbis*:

§2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a questão da intervenção de terceiros ainda ser objeto de regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, entendemos que por se tratar de matéria processual, não poderá o órgão jurisdicional restringir de qualquer forma a participação de qualquer terceiro que demonstre interesse jurídico ou econômico na edição, revisão ou cancelamento da súmula.

No texto originário do Projeto de Lei 6.636/06, que deu origem à Lei 11.417/06, o artigo supramencionado continha a expressão “o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros, mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão”.

Assim, a despeito de o texto originário não ter prevalecido quando da publicação da Lei 11.417/06, entendemos que a mera supressão da caracterização do terceiro interveniente não lhe retira a prerrogativa de intervir no pedido de súmula vinculante, ainda que seu interesse seja meramente econômico e não estritamente jurídico.

Acaso a matéria seja regulamentada de modo diferente, no regimento interno da Suprema Corte, entendemos que haverá ofensa à Constituição Federal, pois a legitimidade *ad causam* do terceiro interessado é matéria reservada à lei, e se a lei

não limitou explicitamente os requisitos desse terceiro, devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

2.4 Fases do procedimento

O procedimento é inaugurado por ofício de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou por petição inicial do colegitimado.

Caso a inicial não tenha sido intentada pelo Procurador-Geral da República, este obrigatoriamente será intimado para proferir parecer²⁵.

Colhida a manifestação do Procurador-Geral da República, e a eventual manifestação de terceiros, o pedido seguirá para o Plenário, que, para a votação, deverá ter a presença de no mínimo 8 Ministros; do contrário, o julgamento será suspenso, até que compareça o número mínimo retromencionado, para a prolação da decisão num ou noutro sentido²⁶.

No prazo de 10 dias após a sessão que aprovar, rever ou cancelar a súmula, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União o respectivo enunciado.²⁷

2.5 Requisitos para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

Para fundamentar o pedido de edição da súmula vinculante, o legitimado deve demonstrar que a matéria a ser sumulada é de cunho eminentemente constitucional, isto é, viola, nega vigência ou interpreta a Constituição Federal de forma direta.

Além disso, deve demonstrar que há controvérsia atual entre órgãos judiciários para enfocar a necessidade e relevância da uniformização da jurisprudência, pois

²⁵ Conforme art. 2º §2º da Lei 11.417/06.

²⁶ Conforme art. 2º §3º da Lei 11.417/06.

²⁷ Conforme art. 2º §4º da Lei 11.417/06.

pelo *Princípio da Unidade da Jurisdição* e também da *Segurança Jurídica* a coesão dos provimentos é medida que se impõe, a cada dia com maior intensidade, para afastar a imagem social de um Judiciário moroso, ineficiente e incoerente.

Veja que a controvérsia entre órgãos judiciários deve ser *atual*, isto é, não se pode utilizar precedentes antigos, cujo entendimento já for superado por outro de mesma instância ou de instância superior. Não há um prazo razoável para inferir essa *atualidade*, devendo ser analisada caso a caso.

Outra hipótese em que se admite o pedido de edição da súmula vinculante é quando houver controvérsia atual entre órgãos judiciários e a Administração Pública²⁸.

Outro requisito é que as referidas controvérsias devem acarretar grave insegurança jurídica.

Entendemos que toda insegurança jurídica é grave, mas se o legislador fez constar esse adjetivo não o fez sem objetivo, já que a lei não traz palavras inúteis. Pensamos que a gravidade da insegurança jurídica há de ser demonstrada para que seja feito um juízo de admissibilidade prévio pelo Relator, pois, do contrário seriam colocadas em pauta situações de pouca ou nenhuma repercussão social.

Finalmente, exige-se a comprovação de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Ao nosso sentir, teria sido mais razoável que a norma tivesse usado a expressão “controvérsia que tenha acarretado ou venha acarretar relevante multiplicação de processos”. Isso porque não raras vezes estaremos diante de decisões da Administração Pública em confronto com algumas poucas decisões judiciais, mas já se podendo antever que tais decisões irão se multiplicar progressivamente.

Finalmente, exige-se a demonstração de que a matéria objeto da súmula tenha sido decidida reiteradas vezes²⁹. O termo “*reiteradas decisões*”, previsto no *caput*

²⁸ Conforme art. 2º §1º da Lei 11.417/06.

²⁹ Conforme art. 2º, *caput*, da Lei 11.417/06.

do art. 2º da Lei 11.417/06, nos confere a idéia de que a matéria constitucional a ser sumulada, ainda que se mostre controvertida entre os órgão jurisdicionais ou entre estes e a administração pública, deverá, também, ter sido objeto de várias decisões.

Portanto é inconcebível uma súmula vinculante tratando de normas recentemente introduzidas no ordenamento jurídico, pois faltaria o requisito das *reiteradas decisões* de enfoque constitucional.

Entendemos que não necessariamente essas *reiteradas decisões* devam ser oriundas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, como, por exemplo, invocando-se acórdãos divergentes proferidos em Recursos Extraordinários. Entendemos ser possível admitir, por exemplo, o processamento do pedido de súmula vinculante diante de controvérsia entre julgados de Tribunais Estaduais ou entre esses e julgados do Superior Tribunal de Justiça, desde que eles envolvam matéria constitucional.

No mesmo sentido, entendemos que é cabível um pedido de edição de súmula vinculante diante de decisões administrativas que reiteradamente versarem sobre comandos contidos na Constituição Federal.

2.6 A inconstitucionalidade da modulação temporal dos efeitos vinculantes

Quando se trata de definir o momento da eficácia de uma decisão proferida em controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado o seguinte entendimento:

A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia 'ex tunc' (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (Pleno). Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com

normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339), descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.³⁰

Nota-se, pois, que no controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, o Supremo Tribunal Federal pode flexibilizar o momento em que a sua decisão produzirá efeitos, ou seja, pode fixar uma data, antes da qual determinada norma ainda será considerada constitucional e após a qual a norma será retirada do ordenamento jurídico vigente. Irada do ordenamento jurr um prazo para que determinada norma seja considerada constitucional e após a qual a norma será retirada do ordenamento jurídico vigente.

Já no que tange ao marco inicial da produção dos efeitos da súmula vinculante, a Lei 11.417/06 aplicou a mesma técnica de modulação temporal dos efeitos. Senão vejamos:

Art. 4º. No procedimento para edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa.

Porém, entendemos que esse dispositivo é inconstitucional. Vejamos porque:

Vimos que o legislador tentou conferir à súmula vinculante o mesmo tratamento dado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, à Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF/88) e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º).

³⁰ STF – AI – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 589789/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 12/09/2006 – segunda turma – DJ 7/12/2006 – p. 064.

Entretanto, não se pode olvidar que essas ações não tiveram marco inicial para a produção de seus efeitos regulado expressamente pela Constituição Federal.

No caso específico da súmula vinculante, a Constituição Federal foi bastante clara ao fixar o marco inicial desses efeitos, dispondo que eles serão produzidos “a partir da publicação na imprensa oficial” (art. 103-A, *caput*)³¹, razão pela qual não pode o legislador criar a possibilidade de se proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da súmula vinculante.

Se a própria Lei 11.417/2006 determina, em seu art. 2º, §º, que a publicação deve se dar até 10 dias após a sessão que houver julgado o pedido de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, não há como permitir a fixação de outro marco inicial para a geração de seus efeitos no mundo jurídico.

Em outras palavras, se a Constituição Federal determina que os efeitos vinculantes serão gerados a partir da publicação oficial da mencionada súmula, não pode a lei infraconstitucional autorizar que o Supremo Tribunal Federal decida que a súmula só terá eficácia “a partir de data certa”.

De acordo com o art. 4º da Lei 11.417/2006, sendo julgada e editada uma súmula ela teria efeitos vinculantes na data fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que poderia ser posterior à data de publicação. E por não fazer coincidir, necessariamente, a data inicial dos efeitos vinculantes com a data de publicação, como estabelece a Constituição Federal, o aludido art. 4º se mostra inconstitucional.

2.7 Da reclamação como instrumento de controle dos efeitos vinculantes

Com o escopo de assegurar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, o interessado pode utilizar de instrumento de defesa processual denominado *reclamação*.

³¹ Infere-se da parte final desse dispositivo que o que restou pendente a ser regulamentado em lei infraconstitucional foi a *forma* de revisão e cancelamento da súmula vinculante, não o início da produção de seus efeitos, que tem incidência a partir da sua publicação no Diário Oficial.

Desde a promulgação da Constituição Federal, a reclamação é prevista no art. 102, inciso I, alínea “I”, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (...)

No que tange especificamente à súmula vinculante, cumpre dizer que a Emenda constitucional 45/2004 introduziu o instituto da reclamação no art. 103-A, §3º, ao dispor que:

§ 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.

2.7.1 Hipóteses de cabimento da reclamação e seus pressupostos processuais

Note-se que o interessado-reclamante pode ser prejudicado: *i*) pela não aplicação da súmula vinculante; *ii*) pela sua aplicação indevida.

No primeiro caso, o objetivo da reclamação é fazer com que o juiz, tribunal ou autoridade administrativa *aplique* a súmula. Aqui resta indagar se a obrigatoriedade de aplicação da súmula se estenderia também aos fundamentos jurídicos que levaram à sua edição.

Imagine, *v.g.*, que uma determinada súmula declare inconstitucional a lei “x” por violação ao princípio do contraditório. Posteriormente, o legislador edita a lei “y”, revogando expressamente a lei “x”, porém trazendo exatamente o mesmo preceito declarado inconstitucional pela súmula. Nesse caso, entendemos que, muito embora a súmula não tenha aplicação direta e literal por se tratar da lei “x” já revogada, ela terá aplicação pelos seus fundamentos jurídicos. Logo, a lei “y” não poderá ser aplicada pelos órgãos judiciários e pelas esferas da administração pública, diante da

sua inconstitucionalidade. Assim, pensamos que os fundamentos da súmula também são vinculantes.

Outra hipótese de cabimento da reclamação é quando a aplicação da súmula é indevida. Imaginemos, por exemplo, que uma determinada súmula exija licitação nos contratos celebrados com a administração pública direta que, em um caso concreto, o juiz aplique a referida súmula na contratação celebrada por sociedade de economia mista. Aqui teremos uma aplicação indevida da súmula vinculante, que poderá ser atacada via reclamação no Supremo Tribunal Federal.

Repare que, em ambas hipóteses, ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal não substituirá a decisão anulada, mas apenas declarará sua nulidade e determinará que o juiz ou autoridade administrativa que a prolatou, profira *novo julgamento*. É o que se vê da parte final do §3º, do art. 103-A da Constituição Federal, reiterada, *ipsis litteris*, no §2º art.7º da lei 11.417/2006.

Quanto aos pressupostos de cabimento da reclamação, temos que destacar que, nos termos do §1º, do art. 7º da lei 11.417/2006, “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

Permissa venia, esse pressuposto não nos parece ser absoluto e merece ser analisado com cautela. Isso porque diante de decisão administrativa *recorrível*, porém *não sujeita a efeito suspensivo*, pode o particular sofrer dano irreparável ou de difícil reparação. Assim entendemos que, muito embora o particular ainda não tenha esgotado as vias administrativas, se a decisão que lhe for desfavorável ofender o enunciado da súmula vinculante e o recurso administrativo não tiver *efeito suspensivo*, terá o particular-recorrente direito à reclamação. Do contrário haveria ofensa à ampla defesa. Mesmo porque o §3º, do art. 103-A, da Constituição Federal dispõe que do ato administrativo que contrariar súmula ou indevidamente a aplicar caberá reclamação.

A Constituição Federal não previu nenhum pressuposto no sentido de que ato tenha que ser *irrecorrível* na seara administrativa. Equivale dizer, não pode o legislador infraconstitucional restringir a utilização do instituto da reclamação,

principalmente se o Poder Constituinte Derivado, que poderia, decidiu não fazê-lo. Portanto, entendemos que a reclamação é, sim, cabível antes de esgotadas as vias administrativas, quando a exaustão dessa via representar *periculum in mora* para o postulante.

Basta imaginar, por exemplo, um segurado que pleiteia administrativamente no Instituto Nacional de Seguridade Social um benefício previdenciário, cuja obrigatoriedade de pagamento já fora prevista em súmula de efeito vinculante. Suponhamos que na esfera administrativa esse segurado tenha seu pedido indeferido. Mesmo que ele recorra administrativamente, teria de aguardar vários meses sem receber seu benefício até esgotar as vias administrativas. Ora, nessa hipótese, o pressuposto de admissibilidade da reclamação mostra-se inconstitucional.

Em que pese sabermos que a teor do art.7º, caput, *in fine*, existir previsão de que seriam cabíveis outros meios de defesa, tais como o mandado de segurança, medidas cautelares e outros recursos judiciais, não nos parece condizente com a ampla defesa, suprimir ou restringir a reclamação nos casos excepcionais que aqui suscitamos, já que o Supremo Tribunal Federal deve preservar a autoridade da súmula vinculante contra todas as decisões, sejam elas *definitivas* ou *provisórias*, principalmente quando essas últimas causarem risco de lesão irreparável ou de difícil reparação.

2.7.2 Da inexistência de prazo decadencial para a propositura da reclamação

Ao contrário do mandado de segurança³¹, a reclamação contra decisão que confronta súmula vinculante não tem prazo decadencial.

Porém, entendemos que em se tratando de reclamação contra decisão judicial, ela *não poderá ser proposta após o trânsito em julgado*, sob pena de a decisão anulatória do Supremo Tribunal Federal ofender a coisa julgada material.

³¹ Infere-se da parte final desse dispositivo que o que restou pendente a ser regulamentado em lei infraconstitucional foi a *forma* de revisão e cancelamento da súmula vinculante, não o início da produção de seus efeitos, que tem incidência a partir da sua publicação no Diário Oficial.

3 Do cabimento de ação rescisória contra coisa julgada de sentença que viola literal disposição de súmula vinculante

Questão interessante é saber se após o trânsito em julgado da decisão que contrariou a súmula vinculante caberia ação rescisória. Para chegar a uma resposta razoável, deve-se verificar os termos do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar literal disposição de lei.”

Muito embora o inciso V, supramencionado, não contemple expressamente a súmula vinculante, entendemos que ela merece o mesmo tratamento por ser fonte primária do Direito, com eficácia genérica e *erga omnes*, à similitude dos comandos legais.

Portanto, é possível que uma sentença de mérito, transitada em julgado, que violar literal disposição de súmula vinculante venha a ser rescindida.

4 O provável aumento de processos no supremo tribunal federal

Uma repercussão prática preocupante da súmula vinculante refere-se ao aumento considerável do número de reclamações que serão interpostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao permitir que o interessado impugne tanto decisões judiciais, quanto administrativas mediante Reclamação, ainda que cabíveis outros meios e recursos, a Emenda Constitucional 45/2004, permitiu que todos os cidadãos e pessoas jurídicas tenham acesso direto ao Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que, muito embora essa seja uma forma democrática de controle constitucionalidade difuso e de preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal, ela pode vir a agravar a morosidade do Judiciário e também encarecer o

provimento jurisdicional, pois imagina-se que os Ministros do Supremo terão de julgar dezenas de milhares de reclamações e recursos.

Ao nosso sentir, melhor seria se a Emenda Constitucional 45/2004 tivesse adotado a reclamação como meio subsidiário de controle, ou seja, se a sua admissibilidade estivesse condicionada à impossibilidade de impugnação da decisão que violou a súmula através de mandado de segurança, recursos, medidas cautelares etc. Se assim o fosse, os demais órgãos judiciários poderiam suspender a decisão contrária à súmula vinculante, evitando o congestionamento de processos no Supremo Tribunal Federal, o qual julgaria reclamações apenas em última hipótese³².

5 Do cabimento de medida cautelar no pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

De acordo com o disposto no art. 6º da Lei 11.417/2006, “a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”.

À primeira vista, nota-se que o legislador pretendeu evitar que a mera interposição do pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante não tivesse o efeito de suspender os processos em trâmite.

Porém não nos parece condizente com o princípio do *poder geral de cautela* interpretar o aludido dispositivo de modo a alegar que não caberia pedido cautelar para suspender os processos em curso. Isso porque as tutelas de urgência do processo autorizam que, na iminência de grave risco de dano irreparável ou de difícil reparação, inúmeras medidas sejam tomadas para assegurar a utilidade do processo principal, inclusive a suspensão deste, ou quando não, apenas dos juízos decisórios.

Com efeito, parece-nos perfeitamente viável formular já no pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, cumulativamente, *pedido de medida cautelar*, requerendo a suspensão dos processos em que se discuta a questão

³² Nossa sugestão é inspirada no princípio da subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois, segundo a Lei 9.882 de 1999, ela somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4, § 1º).

semelhante à debatida, obviamente desde que preenchidos os requisitos da *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Assim, por exemplo, o Ministro Relator do pedido de revisão de súmula vinculante pode determinar, liminarmente, que a súmula não seja aplicada, por visualizar que, em determinado caso concreto, a sua aplicação está ensejando inconstitucionalidades irreparáveis ou de difícil reparação que não foram previstas quando da edição da mesma súmula.

A exemplo do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, por força do art. 102, inciso I, alínea 'p', entendemos que o pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante pode, em casos excepcionalíssimos, ser cumulado com pedido de medida cautelar para a suspensão de processos em que se discuta a mesma questão³³.

6. O efeito vinculante da súmula em face das decisões do poder legislativo quando este exerce atividade jurisdicional

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,³⁴ “os órgãos do Poder Legislativo, quando exercem atividade jurisdicional *stricto sensu* (e.g. CF 52, I e II), não estão sujeitos aos efeitos vinculantes da súmula do STF porque exercem o controle político privativo das atividades jurisdicionais que lhe são cometidas pela CF”.

A atividade jurisdicional do Senado Federal, citada no exemplo de Nery *et* Nery, tem disciplina nos incisos I e II, do art. 52, da Constituição Federal, ambos introduzidos pelas emendas constitucionais nº 23/99 e 45/2004, respectivamente, que assim dispõe:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

³³ Estabelece a Constituição Federal: «Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.»

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. *Op. cit.* p. 300.

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

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

Nota-se que, a teor dos mencionados dispositivos, compete privativamente ao **Senado Federal** *processar e julgar* as autoridades por eles elencadas.

Pelo teor do art. 103-A, caput, da Constituição Federal aplicação da súmula terá efeito vinculante em relação aos *demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*.

É necessário frisar que o texto constitucional não incluiu nesse rol as decisões emanadas do Poder Legislativo, razão pela qual concordamos com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Não fosse assim, a aplicação da súmula interferiria diretamente no ato de *processar e julgar*, por exemplo, as autoridades mencionadas no art. 52, I e II, da Constituição Federal, eis que vincularia a fundamentação das decisões do Senado Federal, o que desvirtuaria o *Princípio da Divisão dos Poderes*.

7 Modificações nos procedimentos administrativos

A Lei 11.417/06 introduziu modificações na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre os processos administrativos do âmbito da administração pública federal.

Pelos novos dispositivos³⁵, a autoridade administrativa que deixar de aplicar ou aplicar incorretamente a súmula vinculante ao receber o recurso administrativo deverá explicitar as razões de sua decisão, acaso não exerça o juízo de retratação.

³⁵ Conforme §3º do art. 56 e art. 64-A da Lei 9.784/99, introduzidos pelo art. 8º da Lei 11.417/06.

Do mesmo modo, a autoridade competente para julgar o recurso administrativo deverá explicitar as razões pelas quais não aplicará a súmula vinculante ou, conforme o caso, as razões pelas quais irá aplicá-la ao caso concreto.

Entendemos que tais inovações legislativas contemplam o princípio da publicidade dos atos da administração pública, estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. O dever de motivar as decisões do Poder Público ganha reforço na Lei 11.417/06 e permite que o particular saiba exatamente as razões da aplicação ou não aplicação da súmula vinculante, para que, querendo, maneje a ação adequada ou a reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

De outra feita, a obrigação direcionada à autoridade administrativa faz com que ela não ignore o postulado contido na súmula vinculante, devendo observá-la, ainda, que deseje decidir em sentido oposto.

Outro dispositivo introduzido na Lei 9784/99 dispõe que, em sendo acolhida a reclamação contra a decisão de autoridade administrativa, esta será cientificada para obedecer ao enunciado da súmula vinculante não apenas no caso concreto que ensejou a reclamação, mas em todos os casos que lhe forem semelhantes.³⁶

Considerações finais

Diante de todo o exposto, concluímos pela constitucionalidade da súmula vinculante, por nos parecer que ela não viola o Estado Democrático de Direito.

Comungamos com Maria Helena Diniz, segundo a qual “a decisão do juiz não é incondicionada, pois as suas valorações ou estimações não são projeções do seu critério axiológico pessoal, uma vez que ele emprega como critérios avaliativos as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica, interpretando-as em relação com as situações fáticas que deve solucionar tendo em vista o momento atual. Não há uma criação livre, sem freios, porque o próprio direito é uma projeção necessária de

³⁶ Conforme art. 64-B da Lei 9.784/99, introduzido pelo art. 9º da Lei 11.417/06.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 2ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. 294.

estrutura social, valorativa e normativa em que se integra. Toda sentença pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico (entendido em seus subconjuntos) em que se apoiou”³⁷.

Há de ser sopesado, outrossim, que:

“O indivíduo não foi feito para o Estado, mas sim o Estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para a sua felicidade. Nesta doutrina, não existe o Estado que cria o direito, mas o Estado que o descobre, reconhece, determina, aplica, sanciona, pondo a seu serviço a coação física. A fonte mais profunda do direito não é a vontade do Estado, mas a exigência da razão, a consciência moral e jurídica da humanidade, o reflexo da imagem divina impresso na alma humana, aquela projeção da lei eterna, donde se origina aquele código natural, anterior e superior a todos os códigos. O direito não nasce com o Estado, mas com o homem. Escrito ou consuetudinário, não deixou nunca de acompanhar o homem. Existe para servir o homem, como também para servir o homem existe o Estado.”³⁸

Ressalvamos a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 11.417/2006, já que prevê a modulação temporal dos efeitos da súmula vinculante, enquanto que o marco inicial desses efeitos é expressamente regulado pelo *caput* do art. 103-A, da Constituição Federal.

Obras consultadas

BOBBIO, Norberto. *Teoria general de derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 194.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 2ªed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989. 294.

³⁸ NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 152.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm>. Acesso em: 28.12.2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

MACHADO, Edgar Godoy da Matta. *Elementos de teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Veja, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 300.

NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 152.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, p. 167.

Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50627,1>>. Acesso em 06/12/2006.

SCARMAN, Leslie. *English law - The new dimension*, Porto Alegre: Fabris, 1977.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao direito dos EUA*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1916>>. Acesso em 6/12/2006.

_____. *Revista Forense* 264/83.