

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CAMPUS DE SOUSA

AMANDA GEORGIA GONÇALVES DE SOUSA

A RELATIVIZAÇÃO DA EFICÁCIA DA SÚMULA VINCULANTE FRENTE À
APLICAÇÃO DE OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS.

J696 Din

SOUSA-PB
NOVEMBRO-2006

AMANDA GEORGIA GONÇALVES DE SOUSA

A RELATIVIZAÇÃO DA EFICÁCIA DA SÚMULA VINCULANTE FRENTE À
APLICAÇÃO DE OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais como
pré-requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Jacyara Farias de Sousa.

SOUSA-PB
NOVEMBRO-2006

AMANDA GEORGIA GONÇALVES DE SOUSA

A RELATIVIZAÇÃO DA EFICÁCIA DA SÚMULA VINCULANTE FRENTE À
APLICAÇÃO DE OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Jacyara Farias de Sousa
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

SOUSA-PB
NOVEMBRO-2006

Dedico,

A um grande homem que sempre irradiou bons exemplos, ensinando-me a nunca desistir de meus objetivos, Antônio José de Santana, meu avô.

A meus pais, principais motivos de minha existência, pelo imenso amor e apoio incondicionais que me impulsionaram a vencer mais essa etapa.

Aos tios e tias, que assim, como meus próprios pais, com amor e dedicação, sempre me incentivaram a perseverar.

A Alina e Alan, meus irmãos, por tudo que representam para mim.

Ao amor sincero que Deus pôs em minha vida, Gildenez, por sua amizade e companheirismo e por estar ao meu lado, me apoiando, em todos os momentos.

Agradeço,

Sobretudo a Deus pelas maravilhas que realiza em minha vida e por atender minhas orações dando-me calma, serenidade e disposição para o estudo, aos amigos Ana Luíza e Samuel Dirceu pela enorme contribuição, estando sempre prontos a me atender, a professora Jacyara Farias pela sua brilhante orientação, aos professores que compartilharam comigo seus conhecimentos, a meu grande amor Gildenez, pelo companheirismo e incentivo, os quais se fizeram sempre presentes, e a todos que direta ou indiretamente contribuíram para realização desse trabalho.

RESUMO

A Emenda 45/2004 introduziu na Ordem Constitucional a intitulada Súmula Vinculante que edificada pelo Supremo Tribunal Federal teria aplicação e observância obrigatórias para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública. A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a ineficácia da súmula vinculante, vislumbrando, ao mesmo tempo, outros institutos processuais e constitucionais existentes no ordenamento jurídico pátrio que alcançam o desiderato daquela de forma menos gravosa às partes. Justifica-se a escolha do tema pela seriedade e gravidade que o circunda, na medida em que não atende os seus propósitos, destacando-se entre estes a busca por uma maior celeridade ao atendimento judicial, a contrário senso, cria mais um recurso, o instituto da reclamação, o qual, conseqüentemente só aumentará o número de demandas levadas ao crivo do Judiciário. Utiliza-se o método exegético jurídico, através do qual, no início da pesquisa tratar-se-á do nascedouro e do desenvolvimento do instituto objeto desse estudo, tanto no direito pátrio, como no direito comparado, e também, perquirir-se-á sua definição, enfocando-se a verificação da compatibilidade do instituto com princípios basilares, tais como, os princípios do *Due Process Of Law*, Acesso à Justiça, Inafastabilidade do Controle Judiciário, Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais, Duplo Grau de Jurisdição e do princípio da Razoável Duração do Processo. Afora isso, também é consubstanciado um estudo aprofundado da súmula vinculante, enfatizando-se sua previsão legal, legitimidade e requisitos para propô-la, competência para julgá-la, atribuição dos seus efeitos, finalidade a que se propõe, procedimento a ser seguido e ainda, as conseqüências do seu desatendimento, conferindo-se relevo ao instituto da reclamação. Demonstra-se, por fim, a existência, no ordenamento pátrio, de outros institutos afins, plenamente eficazes, destacando-se como tais, o Incidente de Uniformização da jurisprudência, Incidente de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Súmula Impeditiva de Recursos que atendem ao que a Súmula Vinculante se propõe de forma mais sensata, uma vez que viabilizam um célere atendimento judicial, sem contudo, atropelar direitos constitucionalmente garantidos. A pesquisa demonstra a ineficácia do instituto estudado, enfatizando que o mesmo desrespeita princípios basilares. Assim, percebe-se claramente que a criação da Súmula Vinculante não sana a problemática do elevado número de processos, o que torna lenta a prestação jurisdicional. Aliados aos institutos afins supracitados se faz necessário dar-se relevância à educação da população para o exercício da cidadania e ainda, que seja implementada uma política de melhor distribuição de renda e justiça social.

Palavras-chaves: Súmula Vinculante. Ineficácia. Institutos Afins.

ABSTRACT

The Amendment 45/2004 introduced in the entitled Constitutional Order her Súmula linked that built by the Supreme Federal Tribunal he/she would have application and obligatory observance for the other organs of the Judiciary Power, as well as to the Public Administration. To present research he/she has as objective demonstrates the inefficacy of the súmula linked, shimmering, at the same time, other procedural and constitutional institutes existent in the order juridical homeland that reach the desideratum of that in a grievous less way to the parts. He/she is justified the choice of the theme for the seriousness and gravity that it surrounds him/it, in the measure in that he/she doesn't assist your purposes, standing out among these the search for a larger velocity to the judicial attendance, to contrary sense, it creates one more resource, the institute of the complaint, which, consequently only it will increase the number of mischievous demands to the sieve of the Judiciary. The method juridical exegetic is used, through which, in the beginning of the research it will be treated of the to be born and of the development of the institute object of that study, so much in the right pátrio, as in the compared right, and also, perquerir-if-á your definition, being focused the verification of the compatibility of the institute with basic beginnings, such as, the beginnings of Due Process Of Law, Access to the Justice, Inafastabilidade of the Judiciary Control, Compulsory nature of Motivation of the Decisions juridical, Double Degree of Jurisdiction and of the beginning of the Reasonable Duration of the Process. Out that, is also consubstantiate a deepened study of the súmula linked, being emphasized sweats legal forecast, legitimacy and requirements to propose her, competence to judge her, attribution of your effects, purpose the one that intends, procedure to be proceeded and still, the consequences of your disregarded, being checked relief to the institute of the complaint. It is demonstrated, finally, the existence, in the ordainment homeland, of other kindred institutes, fully effective, standing out as such, the Incident of uniform of the jurisprudence, Incident of unconstitutional, Ação Declaratória of Constitucionalidade, Arguição of Noncompliance of Fundamental Precept and Súmula Impeditiva of Resources that assist to the that Súmula linked intends in a wiser way, once they make possible a swift judicial attendance, without however, to run over rights constitutionally guaranteed. The research demonstrates the inefficacy of the studied institute, emphasizing that the same disrespects basic beginnings. Like this, it is noticed clearly that Súmula linked creation doesn't heal the problem of the high number of processes, what turns slow the installment jurisdicional. Allies to the above-mentioned kindred institutes are made necessary to feel relevance to the education of the population for the exercise of the citizenship and still, that is implemented a politics of better distribution of income and social justice.

Word-keys: Súmula linked. Inefficacy. Kindred Instituos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUMULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	12
1.1 Origem etmológica e definição.....	12
1.2 Evolução do instituto no ordenamento pátrio.....	16
1.3 Efeito vinculante no direito comparado.....	18
1.3.1 A súmula vinculante no direito alemão.....	19
1.3.2 A súmula vinculante no direito norte- americano.....	21
1.4 Dos Princípios Constitucionais Institutivos confrontados pela súmula vinculante.....	24
1.4.1 Princípio do <i>Due Process Of Law</i>	25
1.4.2 Princípio do Acesso á Justiça.....	26
1.4.3 Princípio da Inafastabilidade do Controle Judiciário ou do Exercício do Direito de Ação.....	28
1.4.4 Princípio da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais.....	29
1.4.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	30
1.4.6 Princípio da Razoável Duração do Processo.....	31
CAPÍTULO 2 DA SÚMULA VINCULANTE.....	35
2.1 Previsão legal.....	35
2.2 Legitimados para propor a apuração, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.....	36
2.3 Competência.....	37
2.4 Finalidade.....	39
2.5 Dos efeitos.....	43
2.6 Requisitos para aprovar, rever ou cancelar a súmula vinculante.....	46
2.7 Trâmite procedimental do instituto.....	47
2.7.1 Iniciativa.....	48
2.7.2 Deliberação.....	49
2.7.3 Publicação.....	50
CAPÍTULO 3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	51
3.1 Institutos afins à sumula vinculante.....	52
3.1.1 Incidente de uniformização de jurisprudência.....	52
3.1.1.1 Procedimento e efeitos.....	55
3.1.2 Da declaração de inconstitucionalidade incidental.....	59
3.1.3 Ação declaratória de constitucionalidade.....	62
3.1.3.1 Objeto, competência e legitimidade.....	64
3.1.3.2 Procedimento.....	66
3.1.3.3 Efeitos.....	68

3.1.4 Argüição de descumprimento de preceito fundamental.....	69
3.1.4.1 Procedimento.....	73
3.1.4.2 Efeitos da decisão.....	75
3.1.5 Súmula impeditiva de recurso.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma forte crise, exteriorizada, sobretudo, com a demora da solução dos litígios que lhes são propostos, reflexo do afogamento desse Poder com inúmeras demandas, as quais muitas vezes, se protraem no tempo com intuito meramente protelatório de seus patrocinadores que se utilizam dos muitos recursos existentes no meio processual para conseguirem tal desiderato.

Visando mudar esse quadro, implantou-se no ordenamento jurídico a Emenda Constitucional nº 45, aprovada e promulgada em 08 de dezembro de 2004, trazendo como uma de suas propostas a adoção de súmulas de efeito vinculante, edificadas pelo Supremo Tribunal Federal e de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública. A súmula vinculante, portanto, uniformiza a jurisprudência, de forma a prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal e, evitando a conseqüente repetição de processos sobre matéria idêntica, viria a ceifar a imprecisão e a incerteza jurídicas do ordenamento pátrio.

A presente pesquisa analisa o instituto jurídico da súmula vinculante, não esgotando o tema, por ser demasiadamente amplo, mas propiciando ao leitor o conhecimento de informações cruciais acerca do tema proposto, questionando, primordialmente, a sua eficácia, ou seja, se efetivamente ocorre a aplicação do instituto em pauta e ainda, se essa aplicação realmente cumpre o papel a que se propõe. Assim, tem-se o objetivo de demonstrar a ineficácia da súmula vinculante, vislumbrando, ao mesmo tempo, outros institutos jurídicos existentes, tanto no meio processual, como também no próprio meio constitucional que alcançam o fim

apregoado por aquela de forma menos gravosa às partes, que não vêem seus direitos e garantias restringidos, como por exemplo, ao duplo grau de jurisdição e ao livre acesso ao judiciário, entre outros, e aos magistrados de instâncias inferiores que não perdem a autonomia, no sentido de, por estarem próximo ao caso concreto, dar-lhe entendimento justo e equânime.

O tema escolhido circunda-se na seriedade e gravidade que traz em si. Dado que, a súmula vinculante insurge no ordenamento com o propósito de desafogar o Poder Judiciário, propiciando às partes a solução rápida de sus litígios. E gravidade por, simplesmente, esta finalidade não lograr êxito, ao contrário, é criado mais um recurso, qual seja, a reclamação, que de certo, só transformará o STF em uma inusitada instância ordinária das inúmeras reclamações provenientes de sua aplicação ou de sua não observância.

Para tanto se utilizou o método exegético jurídico e finalístico embasado na análise da legislação e da doutrina pátria e do direito comparado, enfatizando-se o direito alemão, precursor do instituto ora estudado e do direito norte americano, assim como de periódicos e jurisprudência nacionais.

A *priori* será tratado o nascedouro da súmula, destacando-se o seu desenvolvimento no decorrer do tempo, abordando o surgimento e o significado do efeito vinculante.

Vislumbrará-se a utilização da súmula vinculante em outros países, primordialmente, os de orientação jurídica distinta da seguida pelo ordenamento pátrio, ou seja, os países do *commow law*, seguido da análise de como é a cultura desses países. Será focado ainda, a verificação da compatibilidade do instituto com os princípios basilares de orientação obrigatória, verdadeiros garantidores da ordem constitucional.

No capítulo segundo será abordado o estudo aprofundado da súmula vinculante, sua previsão legal, legitimidade e requisitos para propô-la, reavê-la ou cancelá-la; que órgão possui competência para julgá-la, bem como, para processar e julgar as reclamações provenientes de sua má aplicação ou de sua não observância. Enfocará também, quais os efeitos incidentes e a finalidade a que se propõe, bem como o procedimento a ser observado.

Por fim, no capítulo terceiro se demonstrará que outros institutos já existentes e em plena eficácia, fazem o que a súmula vinculante propõe, no sentido de uniformizar a jurisprudência, visando um célere atendimento judicial às partes, de forma expressivamente mais sensata, uma vez que traçam uma delimitação razoável entre a necessária unificação do entendimento dos julgadores pátrios e o livre convencimento do magistrado, o qual efetivamente deverá decidir a melhor aplicação da lei ao caso concreto.

CAPÍTULO 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUMULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A compreensão de todo e qualquer instituto se faz diante de dados e informações sobre seu nascedouro, destacando o seu desenvolvimento no decorrer do tempo. Por isso antes de se abordar o estudo aprofundado da Súmula Vinculante, faz-se necessário o conhecimento de como esta surgiu e o que a mesma significa.

Imprescindível também entender a utilização da Súmula Vinculante em outros países, primordialmente, os de orientação jurídica distinta da seguida pelo ordenamento pátrio, ou seja, os países do *commow law*, seguido da análise de como é a cultura desses países.

Outro aspecto relevante é a verificação da compatibilidade do instituto ora estudado com os princípios basilares de orientação obrigatória, verdadeiros garantidores da ordem constitucional, sob o prisma de direitos individuais e coletivos, até porque uma norma que confronta tais princípios, por certo não deve persistir, aliás, sequer poderia ter sido criada.

1.1 Origem etmológica e definição

Para se chegar ao entendimento satisfatório de qualquer instituto, deve-se, antes de tudo, estabelecer sua definição, motivo pelo qual, necessário se faz a conceituação das chamadas súmulas de efeito vinculante.

A palavra súmula provém do latim *summula* e significa resumo, sumário ou índice de alguma coisa. Assemelha-se a figura dos prejudgados que remontam ao *Jus Honorarium* ou *Jus Praetorium* do direito romano, no qual os pretores em seus editos estabeleciam normas genéricas para a solução dos conflitos privados.

Seguindo orientação do respeitável Ministro Nunes Leal (apud Ministro Sepúlveda Pertence, Revista Consulex nº 21 de 30/9/2000):

A súmula é um meio-termo entre os antigos assentos da Casa de Suplicação – excessivamente rígidas – e os prejudgados de uma de nossas leis processuais que se tem revelado quase completamente ineficaz. Na súmula, o Supremo Tribunal inscreve em enunciados distintos, devidamente classificados por assunto, o seu entendimento sobre as questões mais controvertidas na jurisprudência e sobre as quais o Supremo Tribunal chegou a uma opinião firme, em face de sua composição contemporânea, ainda que não compartilhada com todos os ministros. Não é uma interpretação obrigatória para os outros Tribunais, mas é um método de divulgação oficial de nossa jurisprudência, de consulta e manuseio extremamente fáceis, permitindo aos interessados conhecer, de imediato, sobre as questões compreendidas na Súmula, qual é pensamento atualmente dominante no Supremo Tribunal.

Maria Helena Diniz com a exatidão costumeira conceitua súmula (2005, p. 463):

Direito processual. a) Conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados (Nelson Nery Jr.); b) resumo de decisão judicial colegiada (Othon Sidou); c) ementa reveladora da orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos (Marcus Cláudio Acquaviva); d) ementa de sentenças ou acórdão (De Plácido e Silva); e) tradução de orientação da jurisprudência predominante do tribunal (José de Moura Rocha)...[sic].

E adiante complementa a definição ao apresentar o significado de súmula da jurisprudência (2005, p. 263):

1. Norma consuetudinária que uniformiza a jurisprudência, constituindo fonte de direito, atuando como norma aplicável aos casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver norma que os regule ou uma modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão.
2. Enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal; constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a determinada maneira de decidir.
3. Condensação de no mínimo três acórdãos do mesmo tribunal, adotando igual interpretação de

preceito jurídico em tese, sem efeito obrigatório, mas apenas persuasivo, publicado com numeração em repertórios oficiais do órgão (Othon Sidou). [sic].

Vê-se, portanto que é farta a conceituação de súmula no âmbito doutrinário, seguindo essa mesma linha a legislação. É o caso do Regimento Interno do STF, que em seus artigos 102 e 103 contempla o instituto aqui estudado, veja-se:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta. § 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. § 3º Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicadas três vezes consecutivas no Diário da Justiça. § 4º A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido. Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

A grosso modo, Súmula foi a expressão de que se valeu Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juizes. A Súmula seria como porto orientador dos magistrados do país e dos advogados, no sentido de demonstrar a linha de pensamento da Corte Suprema nas questões mais freqüentes.

É certo, porém, que em seu nascedouro, a idéia de compendiar as decisões mais freqüentes do Tribunal Superior em forma de Súmula sofreu profunda

resistência, sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com força de lei.

Contudo, o argumento supra era infundado, uma vez que a Súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório e, ainda poderia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, através de agravo contra o despacho de arquivamento do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

Vê-se que em seu nascedouro a idéia de súmula está completamente desvinculada de quaisquer efeitos vinculantes para os demais aplicadores do direito ou mesmo, para a Administração Pública.

Súmulas são, portanto, entendimentos firmados pelos tribunais que, após reiteradas decisões em um mesmo sentido, sobre determinado tema específico de sua competência, resolvem por editar uma súmula, de forma a demonstrar qual o entendimento da corte sobre o assunto, e que servem de referencial não-obrigatório a todo o mundo jurídico.

Por sua vez, efeito vinculante é a subsunção de um julgado à decisões reiteradas pelos Tribunais Superiores. Em outras palavras, juízes e tribunais estariam adstritos ao que as cortes superiores sumulam ou acordam reiteradamente. É uma interpretação uniforme, que uma vez estabelecida, todos os órgãos julgadores ficam obrigados a respeitá-la.

Referido efeito, propriamente dito, foi formalmente instituído no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional 03/93, cujo art. 1º alterou o art. 102 da Constituição para incluir o § 2º, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O modelo de inspiração imediato da

forma vinculada provém da regra do *stare decisis* ou precedente judicial vinculativo, próprio do sistema *common law*.

Entendido o instituto em sua definição, mister o vislumbramento do percurso histórico do mesmo até a sua feitura atual, para que só então seja realmente entendido o seu propósito e seus fundamentos.

1.2 Evolução do instituto no ordenamento pátrio

A idéia de buscar o alcance e o sentido da lei de forma vinculativa remota aos tempos de Brasil - Império sob a égide do ordenamento jurídico português.

Na vigência das Ordenações Afonsinas, o monarca além de presidir as sessões dos tribunais, tinha o poder de dirimir as dúvidas interpretativas suscitadas. Consequentemente, nesta época, não se tem notícia de qualquer instituto tendente a propor força vinculante às decisões jurisprudências.

A partir do momento em que os litígios passaram a conter maior complexidade, não se tendo mais a pessoa do Rei presidindo as sessões dos tribunais advieram as Ordenações Manuelinas, em 1521, durante o reinado de D. Manoel, que instituiu a figura dos assentos como precursora da força vinculante das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, o referido diploma de D. Manoel previa que as dúvidas suscitadas em juízo, dirimidas pelos desembargadores dos tribunais, fossem registradas no chamado Livro de Assentos para posteriores consultas, uma vez que adquiriam força imperativa para futuros casos idênticos.

Posteriormente, durante o reinado de Felipe II, foram instituídas as Ordenações Filipinas, as quais conferia tal função interpretativa aos

desembargadores da Casa da Suplicação, uma espécie de Tribunal do Reino. Funcionava, ainda, como segunda instância, em Lisboa, a Casa do Cível que era o órgão competente para conhecer e julgar os recursos de todo o país, excetuando-se as sentenças proferidas onde a corte estivesse e cinco léguas ao redor, cujos recursos subiriam ao Tribunal da Corte.

Em seguida, a Casa do Cível se deslocou para o Porto, recebendo o nome de Relação do Porto, continuando a funcionar como segunda instância em relação às Comarcas do Norte em matéria criminal e cível, exceto às causas cíveis, cujo valor ultrapassasse determinado montante, hipótese em que cabia recurso para a Casa de Suplicação.

Assim como a Casa da Suplicação, também a Relação do Porto arrogava para si o direito de proferir assentos normativos, surgindo, por conseguinte, conflitos de interpretação legal que só viriam a ser solucionados por ocasião da intitulada Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, através da qual, somente a Casa da Suplicação detinha competência para proferir Assentos com eficácia interpretativa e força de lei.

O fim da Monarquia no Brasil significou também a expurgação dos Assentos do ordenamento jurídico pátrio, o que foi feito pela Constituição Republicana de 1891 que previa apenas a consulta jurisprudencial meramente indicativa para os casos vindouros.

No âmbito da Justiça do Trabalho a CLT (Consolidação das leis trabalhistas) instituiu a figura dos prejudgados com força vinculativa e aplicação obrigatória aos casos análogos o que foi ceifado do ordenamento por vício de inconstitucionalidade.

Em 1964 foi apresentado ao Congresso Nacional o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, o qual propôs a idéia de jurisprudência obrigatória,

conferindo força de lei às decisões dos tribunais tomadas por maioria absoluta. Referida proposta não logrou êxito, nascendo em seu lugar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência de aplicação não obrigatória, vigente até os dias atuais no Código de Processo Civil brasileiro.

Num segundo momento, por meio da Emenda Constitucional nº 03/93 surgiu na CF/88 a Ação Declaratória de Constitucionalidade, conferindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de mérito proferidas na referida ação.

A proposta de introduzir no ordenamento jurídico pátrio as súmulas de observância obrigatória e eficácia vinculativa foi emitida ao Congresso através da PEC 96/92, versando sobre a Reforma do Poder Judiciário, e reiterada pelo Senador Ronaldo Cunha Lima por meio da PEC 54/95 que dava nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, conferindo força vinculativa para as decisões definitivas provenientes do STF.

Hodiernamente a Súmula Vinculante já é uma realidade introduzida pela EC 45/2004, intitulada como Reforma do Poder Judiciário, prevista no art. 103-A e parágrafos da CF/88, contudo, saliente-se que apesar de prevista no Texto Constitucional, até a presente data não se tem notícia de qualquer aplicação da mesma, aliás, não se tem nenhuma súmula acobertada pelo efeito vinculante para ser aplicada, questionável pois, sua efetividade.

1.3 Efeito vinculante no direito comparado

Percorrida a trajetória da súmula vinculante no ordenamento pátrio, afigura-se importante o seu estudo no direito comparado, o que, além de ampliar o horizonte de conhecimento, viabilizará uma melhor avaliação do instituto.

Nesse diapasão, destacam-se dois países representantes de diferentes sistemas jurídicos, aonde a vinculação já vem se desenvolvendo há muitos anos, a Alemanha, de tradição romano-germânica e os Estados Unidos, país alinhado com a *common law*, mas também orientado pelos *statutes decises*.

1.3.1 A súmula vinculante no direito alemão

É no Direito processual alemão que se observa o efeito vinculante em sua origem. E, justamente, pelo fato de o direito pátrio ter se inspirado, em relação ao efeito vinculante, no instituto processual germânico do *Bindungswirkung*, conforme dispõe o § 31, alínea I, da Lei da Corte Constitucional alemã, afigura-se importante analisar a paisagem na qual se estruturou o aludido instituto.

O efeito vinculante no ordenamento tedesco tem por fundamento conceder maior eficácia às decisões articuladas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, garantindo força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas, além disso, aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

Peter Häberle (1997, p.154), em comentário acerca dos limites subjetivos do efeito vinculante, dar ênfase:

O art. 31.º.1 da LTCFA diz 'as decisões do TCFA vinculam os órgãos constitucionais da Federação e do Estados Federados, bem como todos os tribunais e autoridades'. Deste modo, amplia-se o âmbito pessoal da vigência com expressão do alto nível do TCFA como órgão constitucional.

Desta forma, percebe-se nitidamente, que na Alemanha, a orientação fixada pelo *Bundesverfassungsgericht*, enquanto subsistente, resta por vincular todos os órgãos, tribunais e autoridades da União e dos Estados, revogando ou

modificando medidas com ela incompatíveis e impondo que estes tomem providências a fim de observar a decisão.

Destaque-se que na seara dos que estão obrigados perante as decisões do Tribunal, também estão os cidadãos, o que significa dar uma extensão significativa da coisa julgada, na medida em que restam vinculados órgãos e autoridades que não haviam integrado o processo.

Atualmente, na Alemanha, em se tratando do aspecto da vinculação do Parlamento, destaca Mancuso (2001, p. 58), o entendimento do Min. Gilmar Mendes, no sentido de que 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. Referido ministro apregoa, ainda que não há consenso sobre a questão no Tribunal Constitucional Federal Alemão, acabando por posicionar-se pela não-vinculação.

Quanto aos limites objetivos do efeito vinculante, Peter Häberle (1997, p. 141) traça severas críticas ao instituto. Argumenta que a solução de dotar os fundamentos determinantes de força vinculante restará por engessar os demais tribunais, comprometendo a força inovadora dos eventuais votos dissidentes, ao afirmar que:

A mesma idéia de abertura deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31.º da LTCFA afecta apenas o acórdão ou também a *ratio decidendi* ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua função de 'interprete determinante e guardião da Constituição' (E 40, 88[93]). Esta 'canonização' da *ratio decidendi* deve ser recusada,

segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual, dinâmica da Constituição. Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à *ratio decidendi*, o "diálogo jurídico" seria afetado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada. A sociedade aberta dos interpretes da constituição ficaria, pelo menos em parte, 'fechada'. (*sic*).

Tão importante quanto o reconhecimento do efeito vinculante somente às decisões de mérito proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht*, é a circunstância de que o referido efeito não magnetiza julgados de caráter exclusivamente processual, não abrangendo, por isso, decisões de simples caráter interlocutório.

Por fim, no que tange, ao princípio da independência dos juízes em face das decisões proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht*, cabe unicamente ressaltar que prevalece o entendimento de que essa independência é entendida como liberdade em relação aos demais órgãos estatais, excluído os próprios tribunais.

1.3.2 A súmula vinculante no direito norte- americano

Os países da *common law* são filiados à regra do precedente Judiciário. Nestes afigura-se a dificuldade enfrentada pelo juiz para distinguir, de um lado, o que constitui a idéia nuclear num julgado – a *ratio decidendi* – que é o que constituirá o precedente para solucionar o caso análogo, e, de outro lado, aquilo que vem exposto *incidentally tantum* no julgado, isto é, a título de considerações periféricas, marginais – *obiter dicta*.

Para realizar essa tiragem, o juiz da *common law* conta com a técnica do *distinguishing*, que consiste na prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não-aplicação do precedente a determinado caso.

A funcionalidade do modelo de controle de constitucionalidade americano repousa no princípio do *stare decisis*, ou seja, na força vinculante das decisões judiciais. Em razão desse princípio, no momento em que a *Supreme Court* decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais, onde a lei, embora permanecendo *on the books*, é tornada uma *dead law*, uma lei morta.

O *stare decisis* é, antes de tudo, uma política jurisprudencial, na qual o precedente criado deve ser seguido para o julgamento de casos substancialmente iguais. Edifica-se sobre as bases da previsibilidade e estabilidade, garantido que os julgamentos de casos com iguais características sejam decididos pelos magistrados de forma não contraditória.

COLE (apud Andrade Goulart, 2006, p. 04), enfoca a questão em pauta, sob o prisma pragmático:

Quando o pesquisador encontrar um caso que está tratando as mesmas questões jurídicas e tais expressões são baseadas essencialmente sobre a mesma situação de fato relevante, tal caso é tido como análogo. Quando o caso análogo for decidido pela Corte de última instância na jurisdição em que o pesquisador está buscando um precedente, tal caso, se decidido por maioria de votos, é um precedente. Em tal situação o precedente em questão é tido como precedente vinculante quando decidido por uma Corte recursal do sistema estadual ou federal. Se o caso encontrado não for de decisão majoritária, ele será tido como autoridade persuasiva. Tal caso também será autoridade persuasiva se não tiver sido do mesmo foro, dentro do Estado em questão ou de circunscrição judiciária em questão. [...] O caso precedente será determinado como vinculante quando os fatos relevantes no caso precedente são suficientemente semelhantes aos do caso que se apresenta para julgamento. [...] Todas as alegações da Corte, que não são necessárias para a decisão naquele caso são dicta.

Crítica que se faz aos precedentes jurisprudenciais com força vinculante, é no sentido de que eles assumem uma presunção de boa fundamentação e embasamento legal, o que nem sempre corresponde ao que ocorre de fato. Isso

significa, por conseguinte, que uma mera opinião pode definir uma gama de posições que excedem os limites da lei, tornando-se base para futuros precedentes, como se fosse a própria lei.

Considerações dessa ordem foram atacadas pelo Juiz Brandeis (apud CUNHA, 1999, p. 11) o qual, em homenagem à segurança jurídica, considera que “em muitos casos é mais importante que a regra de lei aplicável seja estabelecida do que mesmo que ela seja estabelecida corretamente”.

É curioso notar que apesar de o juiz de primeira instância nos Estados Unidos estar vinculado a qualquer precedente verificado como aplicável ao caso a ser decidido, uma vez apurado o seu desgaste com o passar do tempo, pode o magistrado recusar-se a aplicá-lo, conforme anotou Cole (apud GOULART, 2006, p. 04):

Quando, porém, o juiz de primeira instância se depara com a aplicação de um precedente anterior que tenha sido muito desgastado como passar do tempo ou por outros casos precedenciais deixando claro que o precedente deveria ser revogado se o caso fosse submetido à Corte recursal própria, ele pode se recusar a seguir o precedente.

Nesse sentido, Sérgio Sérulo da Cunha (1999, 13):

O *stare decisis* não é como regra de *res judicata*, uma regra universal, inescusável. A regra do *stare decisis*, ainda que tenda para a consistência de uniformidade das sentenças, não é inflexível. Que seja seguida ou deixada de lado, é uma questão de discricção do tribunal.

A própria Suprema Corte não está demasiadamente aferrada ao princípio de fidelidade ao precedente. Em muitos casos, o Tribunal chega a admitir

francamente seu erro em decisões anteriores, resultando na revogação de precedentes consagrados no direito americano há mais de um século.

Todavia, não se pode deixar de constatar, na hipótese de correção de erros, uma boa dose do pragmatismo norte-americano. Isso porque as modificações por intermédio de emendas à Constituição americana são praticamente impossíveis, o que limita a possibilidade de *overruling*.

Pode-se verificar, portanto, que o sistema norte-americano se sustenta em uma tênue e delicada linha que separa a segurança jurídica da possibilidade de renovação e oxigenação da leitura da Constituição, amoldada às freqüentes novas exigências surgidas no decorrer do processo histórico.

O ordenamento jurídico é composto por normas e princípios gerais do Direito que orientam o jurista. Daí a importância de percuti-los, no sentido de vislumbrar se o instituto em questão respeita ou afronta as regras basilares que devem norteá-lo.

1.4 Dos Princípios Constitucionais Institutivos confrontados pela súmula vinculante

Os princípios gerais de direito devem nortear o jurista tanto na aplicação, como na interpretação da norma jurídica, desempenhando uma dupla função, na medida em que fornecem as bases do direito positivo, denominado de processo dedutivo e preenchem as lacunas, no chamado processo indutivo.

Na análise da Súmula Vinculante, por tratar-se um instituto jurídico, o jurista deve observar se é respeitado o duplo grau de jurisdição, já que a súmula, com efeito vinculativo obsta o acesso do jurisdicionado ao Poder judiciário, o que, por sua vez, repercute no princípio Constitucional do livre acesso a esse poder.

Outro ponto relevante diz respeito ao fato de que na aplicação da súmula vinculante, o julgador, necessariamente deve se ater ao entendimento sumulado pelo Tribunal Superior, o que implica, conseqüentemente, em ceifar a sua liberdade de julgar, o que, na verdade é mais uma obrigação do que um direito do julgador, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

1.4.1 Princípio do *Due Process Of Law*

Para que possa ver tutelado pelo Estado o direito subjetivo lesado, serve-se o cidadão do processo, único instrumento capaz de permitir a aplicação da lei ao caso concreto com força de definitividade. Daí, a preocupação constitucional de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturaçãõ, que resume a imperatividade de produção de leis, pelo Legislativo, que satisfaçam o interesse público.

Por isso, pode-se tomar a expressão devido processo legal como determinante de imperiosidade, num Estado de Direito, de elaboração da lei de forma regular, correta, razoável, atendendo ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais, de aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo, e garantia da igualdade substancial entre as partes.

Encerra o princípio, portanto, a garantia de um processo justo, não bastando para tanto ter o cidadão direito a ele, sendo também imperiosa a absoluta regularidade do processo, com atendimento de todos os seus corolários. Trata-se, então, do princípio basilar, do qual derivam todos os demais que ensejam a garantia

de um processo e de uma sentença justos, cabendo em sua proteção o trinômio vida-liberdade-propriedade.

Embora se manifeste o *due process of law* também sob o aspecto substancial, a doutrina brasileira tem empregado a expressão em seu sentido eminentemente processual.

De forma mais clara, devido processo legal (*Due process of law*), termo de língua inglesa é o termo referente ao princípio constitucional que garante ao indivíduo direito de ser processado segundo as normas jurídicas vigentes antes do fato que ensejou o processo. Está explicitamente elencado no art.5, LIV da CF/88 onde preceitua que "ninguem será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A súmula de efeito vinculante suprime etapas do processo, uma vez que os juízos de instância inferior devem se ater ao pensamento do Tribunal Superior veiculado na Súmula.

1.4.2 Princípio do Acesso à Justiça

Uma das manifestações da dimensão processual do princípio do *due process of law*, o acesso à justiça é, segundo CAPPELLETTI (apud Radamés de Sá, 1996, p.104) "[...] a mais importante expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais."

Refere-se ao direito de acesso que tem, todo cidadão, a uma ordem jurídica justa, a fazer-se ouvir em juízo.

Cabendo ao Poder Judiciário a exclusividade, pelo menos em regra, da função de proteção à ordem jurídica, é nele que se deve socorrer os cidadãos cujos

direitos tenham sido lesados ou ameaçados, em busca da justa e necessária recomposição. Tanto é assim, que sem essa atuação, os direitos estariam abstratamente reconhecidos pela lei, mas não concretamente protegidos pela sentença, deixando de se efetivar o ordenamento. Estariam assim proclamados, mas não garantidos.

Não se pode falar em Estado democrático de direito na ausência da possibilidade de provocação da tutela jurisdicional pelo cidadão. A justiça social demandada pelas sociedades modernas pressupõe o acesso efetivo de todos à justiça, de tal sorte que o sistema de recomposição da ordem jurídica seja acessível a qualquer cidadão e produza resultados justos.

Qualquer obstáculo que se ponha à realização dos direitos abstratamente protegidos ou à resolução dos litígios importa em inacessibilidade do cidadão à justiça e, portanto, em transgressão à ordem jurídico-constitucional que, seguindo tendência mundial, privilegia os meios de acesso do cidadão à obtenção da tutela jurisdicional, seja ampliando significativamente a legitimação para defesa dos interesses de massa, seja prevendo a criação de mecanismos facilitadores e simplificadores da atividade jurisdicional.

A vinculação dos órgãos julgadores submetidos à jurisdição dos tribunais editores de súmulas constitui, sem dúvida, obstáculo interposto entre o cidadão e a justiça, posto que, definida a tese, passam então a se submeter-lhe as questões com ela identificadas. Na prática, isso significa que é inútil buscar a rediscussão do tema, acabando o cidadão por deixar de levar à apreciação do judiciário os fatos que a ele se reportem.

A existência de súmula vinculante agride, assim, o postulado do acesso à justiça, porque inviabiliza a possibilidade de manifestação do judiciário sobre casos *in concreto*.

1.4.3 Princípio da Inafastabilidade do Controle Judiciário ou do Exercício do Direito de Ação

A Carta Magna garante a necessária tutela estatal aos conflitos ocorrentes na vida em sociedade, relativos tanto a direitos individuais quanto a direitos difusos ou coletivos, prevendo em seu artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Via de consequência, não tem mais sentido a recomendação legal de exaustão da via administrativa como condição para o ingresso em juízo, salvo na hipótese constitucional relativa à justiça desportiva.

O que aqui se contempla é o direito de ação, direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que se caracteriza pelo interesse processual, na necessidade da tutela jurisdicional para reparação de um direito violado. Difere o direito de ação, portanto, do direito de petição, que se constitui em direito de participação política e dependente da existência de lesão a direito do peticionário.

Sem dúvida, o direito de ação, que é direito à efetiva prestação jurisdicional, e o acesso a justiça são as vigas-mestras do *due process of law*.

Se é certo que a súmula vinculante torna inacessível a justiça ao cidadão, não menos certo é que inviabiliza o exercício do direito de ação, isto porque a previsão legal torna impeditiva a apreciação da causa pelo órgão jurisdicional competente para o seu julgamento. A redação do instituto em enfoque tolhe de tal maneira a atividade judicial que, conhecida a súmula, conhecem-se de antemão as decisões de todos os casos concretos que lhe se assemelham.

Obstada a apreciação do caso concreto pelo órgão jurisdicional para tanto competente, tem-se como configurada a transgressão ao princípio do direito de ação, afastando o controle do judiciário quanto a questão específica de interesse do jurisdicionado.

1.4.4 Princípio da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais

O ordenamento jurídico pátrio garante a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio, posto que os órgãos jurisdicionais têm que motivar, sob pena de nulidade, o dispositivo contido na sentença. Trata-se, portanto, de exigência do Estado de Direito. É o que permite, juntamente com a obrigatoriedade, o controle extraprocessual.

Motivar as decisões significa fundamentá-las, explicitar as razões de fato e de direito que implicam o convencimento do juiz.

Toda e qualquer decisão judicial, consoante o princípio insculpido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, deve ser fundamentada, acarretando a falta a nulidade do ato processual. Não se isentam da obrigatoriedade nem mesmo as sentenças de indeferimento e as que extinguem o processo sem julgamento de mérito.

Ao fundamentar a decisão, exerce o juiz, na plenitude, sua independência, porque exara seu livre convencimento embasado em fundamentação de fato e de direito tal como lhe exige o artigo 458, II, do Código de Processo Civil.

Não basta à fundamentação, lembra Nelson Nery Júnior (apud Radamés De Sá, 1996, P. 107), "que seja meramente formal, sendo insita à sua essência que

seja substancial, isto é, que o juiz analise as questões deduzidas exteriorizando a base fundamental de sua decisão”.

Serão apenas formais as fundamentações contidas nas decisões que se reportem a súmulas vinculantes, porque ao juiz submetido à sua força só restará a subsunção dos fatos à norma posta pelo tribunal, ou seja, apenas a aplicação mecânica de decisão previamente tida como a única possível, até porque, frise-se, se o magistrado ousar discordar da súmula, poderá ver cassada sua decisão, o que torna inócuo qualquer esforço interpretativo no sentido de adequação dos fatos concretos à norma legal vista sob a perspectiva do momento de sua aplicação.

1.4.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

A fim de garantir a justiça das decisões, diminuindo a margem de erro, as sentenças proferidas por um órgão jurisdicional podem ser revistas por outro, hierarquicamente superior.

O princípio, todavia, não constitui garantia constitucional, posto que somente a Carta Política de 1824 sobre ele dispunha expressamente. Em seguida, passaram as Constituições, meramente, a evidenciar a existência de tribunais e a sua competência recursal, o que faz pressupor a existência de recursos. A matéria, assim, se circunscreve ao âmbito infraconstitucional, podendo o legislador ordinário limitar o direito de recurso, exceto nos casos dos Recursos Especial e Extraordinário, cujos requisitos constam do Texto Constitucional.

Pelo princípio, são admitidas duas decisões válidas e completas, proferidas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda sobre a primeira.

Como imperativo de ordem pública, certas sentenças estão sujeitas a recurso obrigatório, embora, após o advento da Constituição Federal de 1988, tais hipóteses sejam admitidas como privilégios incompatíveis com o princípio da igualdade das partes no processo.

Uma vez definida tese jurídica em súmula com efeito vinculante, a repreciação da sentença ditada em caso concreto tenderá, pelos mesmos motivos já expendidos, a ser impossibilitada. De fato, de nada adianta ao cidadão buscar a instância recursal se já conhece, previamente, o resultado que esta se encontra obrigada a expressar. A aplicação da súmula vinculante conspira para que seja desatendido o princípio do duplo grau de jurisdição, garantidor da possibilidade que tem o cidadão de ter revista, por outro órgão judicial, a decisão proferida em instância de competência originária.

1.4.6 Princípio da Razoável Duração do Processo

A problemática da crise que assola o Poder Judiciário, sobretudo, no que se refere ao número assustador de demandas, reflete-se com mais vigor na demora à solução desses litígios.

A Emenda Constitucional nº 45/04 eregiu a duração razoável do processo a princípio fundamental, acrescentando o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Magna, o princípio do prazo razoável do processo, garantindo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Referido princípio constitucional traz um compromisso do Estado para com o cidadão a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito

fundamental de acesso à justiça, que merece ser festejado. Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados.

Porém, saliente-se que não basta à tutela formal do direito. É necessário que sejam colocados à disposição os meios concretos que permitam que a norma venha atingir o efeito desejado-a efetividade do processo - com a conseqüente redução do prazo de duração entre o ajuizamento do pedido e a eficaz prestação jurisdicional.

A atual complexidade social, caracterizada pelo surgimento de novos direitos e, portanto, novas demandas, exige que o Estado esteja suficientemente preparado para enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, de forma a garantir a plena efetivação dos direitos consagrados.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 57) já advogava a idéia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva consistia um direito fundamental, então previsto pelo art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988:

A sua importância [do art. 5º, XXXV, da CF/88], dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Mas, não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva. Antigamente, questionava-se sobre a existência de direito constitucional à tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao Poder Judiciário não incluía o direito à "liminar", desde

que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz.

Atualmente, diante da inclusão da locução "ameaça a direito" na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, essa conclusão é pouco mais do que óbvia, especialmente em face dos direitos ditos invioláveis, alguns erigidos a direitos fundamentais pela própria Constituição. Em outros termos, o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito.

Como se vê, o direito à inibição do ilícito está no plano do direito material, pois decorre da sanção que compõe a própria norma que outorga o direito, e não na esfera do direito processual. O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois essa última já é garantida pelo direito material. Porém, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.

Importa, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz.

O Estado deve preparar-se a fim de que possa atender as novas exigências que lhe são impostas, vindo a obter êxito no atendimento das demandas que lhe são dirigidas e garantindo aos cidadãos o livre acesso à justiça.

Cumprido registrar que não se estabeleceu o que e quanto seria exatamente o prazo razoável de um processo. Segundo Francisco Fernandes de Araújo (apud HARTMANM, 2006, p. 01), seria a correta observação dos prazos, evitando as etapas mortas do processo:

Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

Percebe-se, portanto, que não obstante esse prazo não tenha sido estipulado, está implícito que deve ser breve, o suficiente para exercer o direito do devido processo legal, sem, se ater a recursos meramente protelatórios.

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico, tendo como primordial objetivo dar eficácia ao princípio ora comentado, afim de que houvesse uma celeridade maior e assim o desafogamento do Poder Judiciário.

Contudo, não se deve olvidar que no texto constitucional o Supremo Tribunal Federal assume, isoladamente, o desgastante perfil de instância recursal ordinária das possíveis e inúmeras reclamações contra atos administrativos ou decisões judiciais que venham contrariar a inteligência jurisprudencial da súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar.

A própria Administração Pública, para não falar dos particulares em geral, que muitas vezes tem postura idêntica, tem o costume de resistir ao cumprimento das decisões judiciais, e assim o fazendo, busca sempre as formas mais variadas e abusivas de protelações processuais, logo, não é de difícil percepção as conseqüências trágicas da aplicação da súmula vinculante, no que tange ao acúmulo de reclamações perante a Suprema Corte, como resultante do reiterado descumprimento ou da indevida aplicação da mesma pelo agente da Administração Pública.

Nesse diapasão pode-se afirmar que o princípio garantidor da razoável duração do processo, não estará sendo atendido de pronto pela aplicação da súmula vinculante, na medida em que, pelo contrário, veio a introduzir no ordenamento pátrio um novo tipo de recurso, qual seja, a reclamação para o STF, proposta no § 3º no novo art. 103-A da CF/88.

CAPÍTULO 2 DA SÚMULA VINCULANTE

A discussão acerca da súmula produzir efeito vinculante, é antiga, no ordenamento jurídico brasileiro, remonta ao ano de 1963 pelo ministro Victor Nunes Leal. Contudo foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 que definitivamente conferiu efeito vinculante e aplicação obrigatória às súmulas proferidas pelo Tribunal Superior.

Serão analisados agora os principais pontos do instituto objeto da presente pesquisa. Assim, vislumbrar-se-á quem pode propô-lo, reavê-lo ou cancelá-lo; que órgão possui competência para julgá-lo; quais os efeitos incidentes e a finalidade a que se propõe, bem como, o procedimento a ser observado.

2.1 Previsão legal

Introduzido pela EC 45/04, o art. 103-A, *caput*, prevê a chamada súmula de eficácia vinculante sobre decisões futuras, dispondo que:

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.

A partir desse dispositivo, uma súmula outrora meramente consultiva, passar a ter verdadeiro efeito vinculante, e não mais facultativo, não podendo ser contrariada pelos demais órgãos judiciais, nem pela Administração Pública.

Seus defensores argumentam que com sua aplicação busca-se assegurar o princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis, bem como, desafogar o STF do “atoleiro” de processos em que se encontra, gerado pela repetição exaustiva de casos cujo desfecho decisório já se conhece. No entanto, como fora mencionado, esse “desafogamento”, de fato, não acontece, uma vez que irão surgir várias reclamações perante o STF, provenientes da não aplicação da Súmula Vinculante e também de sua mal utilização. Contra o tema, sustenta-se ocorrer à violação ao princípio da livre convicção e independência do juiz.

Saliente-se que o julgador poderá, constatando a ausência de similitude entre a matéria apreciada e aquela objeto de súmula, concluir pela presença de algum elemento diferenciador, o que o desobrigará, em tese, a aplicar a súmula vinculante, desde que fundamentadamente. Porém, destaque-se que dessa decisão caberá a reclamação perante o STF que terá o poder de anular a mesma.

2.2 Legitimados para propor a apuração, revisão ou cancelamento da súmula vinculante

Legitimidade é a conferência de atribuição a alguém para se realizar algo. É legitimado, neste caso, àqueles a quem a Lei conferiu a possibilidade de provocar a aprovação, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante. Tal previsão encontra-se insculpida no parágrafo segundo do artigo em comento, que dispõe o seguinte:

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

Os legitimados para interpor a ADIN, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, de acordo com a EC n. 45/2004; o Governador do Estado ou do Distrito Federal, acrescida pela a EC n. 45/2004; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Além dos acima elencados, o próprio Supremo Tribunal Federal, poderá de ofício, iniciar este processo.

É pertinente salientar que esta legitimidade poderá ser ampliada mediante lei federal, conforme inteligência do parágrafo supra da Constituição Federal.

2.3 Competência

De acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, somente o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula vinculante.

Deste modo, não basta uma só decisão do STF, somente depois de reiteradas decisões é que se pode editar uma súmula. Além disso, só matéria constitucional pode ser objeto de súmula vinculante. O STF não pode criar referida súmula para fixar como obrigatória uma determinada interpretação de uma lei ordinária, por exemplo. O objeto da súmula, frise-se, necessariamente, tem que ser a interpretação de uma norma constitucional.

É ainda, do Supremo Tribunal Federal, a competência para anular as decisões dos juízes ou tribunais que contrariarem a súmula vinculante, através do instituto da reclamação. Sendo tal ação julgada procedente, é anulado o ato administrativo ou cassada a decisão judicial. Essa possibilidade está prevista no parágrafo terceiro do artigo 103-A, *in verbis*:

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.

Dado o efeito vinculativo da súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade judicial ou administrativa não poderá se escusar de aplicá-la ao caso concreto. Caso o faça, caberá reclamação, por um dos legitimados, dirigida ao STF, para a tomada de providências legais.

Vê-se, portanto, que todas as possíveis contendas geradas pela aplicação da súmula de efeito vinculativo, seja por sua não observância, seja por contrariedade da mesma, serão direcionadas ao STF, este, por sua vez, ao contrário do que se propõe, certamente, se transformará em uma inusitada instância ordinária das inúmeras reclamações que lhe aportarão, visando-se anulação de ato administrativo abusivo ou cassação de decisão judicial reclamada, para que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula vinculante, conforme o caso.

Destaque-se aqui as sábias palavras do Desembargador Antônio Sousa Prudente (2005, p.51) que em artigo publicado na revista *Consulex* afirma:

A todo modo, nessa árdua tarefa da apreciação reclamatória, a Corte Suprema não poderá esquivar-se do enfrentamento da matéria fática, que serve de suporte à lide excepcional das reclamações, ante a

possível resistência à pretensão do administrado perante a postura inflexível do agente administrativo, em frontal descumprimento do enunciado da súmula vinculante.

Se assim o é, pode-se dizer que, ao contrário do proposto, haverá várias reclamações ao STF, que por sua vez não poderá esquivar-se em analisá-las e isso implica tempo, que poderia talvez ser poupado se ao juiz de primeira instância continuasse a ser dado o arbítrio de analisar o caso concreto e aplicar-lhe solução mais equânime.

2.4 Finalidade

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, conforme se depreende da leitura do art. 103 A, § 1º, da CF/88.

Os que defendem a aplicação da súmula de efeito vinculante acreditam destinar-se o instituto a evitar a proliferação de litígios, particularmente daqueles em que figuram como parte as entidades públicas, União, Estados-Membros, Municípios e suas autarquias, e ainda, assegurar às partes, em demandas múltiplas, tratamento isonômico em situações absolutamente idênticas, servindo para harmonizar uma contradição existente no nosso ordenamento jurídico, no sentido de que as garantias constitucionais tutelam a própria inconstitucionalidade.

É o caso da coisa julgada. Se o juiz profere uma decisão e o advogado da parte perde o prazo para dela recorrer, ela erige-se em coisa julgada, mesmo que

seja inconstitucional. A súmula com efeito vinculante, em se tratando de causas repetitivas, contribuiria para afastar essa contradição.

Seus seguidores afirmam com veemência que o instituto não compromete a formação da convicção do juiz, nem é incompatível com o seu *status* de agente político, na medida que o magistrado exerce a jurisdição em favor do povo, isto é, do consumidor da justiça. Afirmam assim, não ser concebível que, em causas reiterativas, prolonguem-se os processos, com as vicissitudes que disso possam advir para os contendores, quando, em tais feitos, o juiz apenas sorteia a parte que vai recorrer, até porque, quem, na verdade, decide a causa, de maneira uniforme para todos os litigantes, é a Corte Superior.

Não se podendo olvidar que a atuação de todos os órgãos do Poder Público, inclusive do Judiciário, deve visar o interesse público, que será prejudicado com o proferimento, em grandes proporções, de decisões contraditórias, desmoralizando a Justiça e onerando os cidadãos que a ela recorrem.

Essa corrente realça a possibilidade de alteração ou cancelamento por iniciativa de entidades representativas da sociedade, como o Ministério Público da União ou dos Estados e o Conselho Federal da OAB, por proposta dos Tribunais com competência para aplicá-la ou, de ofício, pelo Tribunal que a aprovou, como justificativa da tese de que o instituto não irá cercear a espontânea formação da jurisprudência, nem a renovação do Direito.

Porém, logra êxito a corrente oposta ao afirmar que, embora bem intencionada, a súmula de efeito vinculante cria mais problemas do que soluções. Nesse diapasão, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade, constitui, hoje, pacífico entendimento que a decisão nela prolatada tem efeito *erga omnes*. No que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº

03/93, estabeleceu expressamente que a decisão tem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Desta forma, nada acrescenta.

Não se pode olvidar, ao examinar a matéria, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de Direito e tem, como fundamentos, entre outros, a cidadania, assim, o instituto em exame, nos termos em que se encontra, dada a sua extraordinária amplitude, viola o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação e o próprio princípio da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea, art. 60, § 4º, III da CF/88. Compromete, ainda, quanto ao controle da constitucionalidade, o equilíbrio entre os entes federativos e entre os órgãos do próprio Judiciário, com perda da atribuição dos órgãos jurisdicionais em face do Supremo Tribunal Federal, conferindo a este órgão poderes imensos.

A súmula vinculante induz a um direito judicial, lastreado na orientação jurisprudencial dos tribunais, desta feita, da cúpula do Judiciário, enquanto o nosso direito é processual. O juiz julga segundo as leis e não a sua bondade, *secundum leges non de legibus*. Não se deve julgar de acordo com os precedentes, mas de acordo com as leis, *non exemplis sed legibus iudicandum sit*. A norma é anterior à sentença, não decorrente dela. Não compete ao órgão jurisdicional dizer o direito em tese, mas compor conflitos de interesse. O juiz declara a vontade da lei, que não emana da sentença, porém do momento em que se dá a sua violação. A vontade da lei preexiste à decisão judicante.

Quanto ao problema do elevado número de demandas levadas ao crivo do Judiciário já foi demonstrado que a súmula vinculante só contribui para que isso aconteça mais e mais, não sendo, portanto, o remédio adequado a esse mal.

A tese de que o instituto em questão traria maior segurança jurídica, dando tratamento isonômico a todos, cai por terra, com a idéia fundamental da teoria da igualdade material, pela qual se deve dar tratamento desigual aos diferentes, na medida de suas diferenças, sendo este o real sentido do princípio constitucional da igualdade. É o caso concreto que deverá nortear o julgador, posto que cada um apresentará peculiaridades a serem observadas para uma aplicação equânime da lei.

É certo que o próprio dispositivo legal consigna a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula. Todavia, exige-se um complexo procedimento, com legitimados previstos na norma e, além disso, só o STF poderá decidir a contenda, o que, certamente, transformará o Supremo em uma inusitada instância ordinária dessas inúmeras reclamações. Tem-se ainda, o argumento da piada do almirante português, lembrada por POLETTI *on line*¹:

O almirante recebeu uma ordem para bombardear a esquadra inimiga e respondeu que não tinha condições para cumpri-la. Arrolou vários argumentos, dentre eles, as condições atmosféricas desfavoráveis, a velocidade dos navios inimigos, a falta de adestramento de sua tripulação, e assim foi apresentando novecentos e noventa e nove argumentos até o milésimo: "não tenho pólvora".

A súmula vinculante simplesmente não resolve nada, nem mesmo para esvaziar as estantes e os corredores do STF, porque os juízes ou a própria administração fatalmente irão contrariar a súmula vinculante. Teremos novos recursos para aquele tribunal, as reclamações, e a ciranda de apelos e de juízos de admissibilidade, de agravos de instrumento, de discussão de natureza lógica processual, de agravos regimentais, de embargos declaratórios, dentre outros.

¹ http://www.unb.br/fd/colunas_prof/ronaldo_poletti/poletti_08.htm

A súmula vinculante não representa uma medida para a solução dos problemas da justiça. Por todo o exposto, o objetivo veiculado nas disposições constitucionais de salvaguardar a segurança jurídica e diminuir o número de processos levados à apreciação do Judiciário, não será alcançado com a simples criação de mais um instituto no ordenamento jurídico. A solução definitiva se efetivará quando houver a implementação de uma maior estabilidade social, a legislação for editada com mais lentidão, quando deixarem de existir os sucessivos pacotes econômicos.

2.5 Dos efeitos

Os efeitos do julgamento de uma lide se circunscrevem exclusivamente ao caso concreto, não podendo se irradiar para outras hipóteses, ainda que assemelhadas. Embora não vincule decisões em casos futuros semelhantes, a decisão anterior normalmente influencia as novas sentenças, ainda que proferidas por juízes diferentes, principalmente quando vai se reiterando de modo pacífico e uniforme.

Aplica-se o brocardo *ubi idem ratio, ibi idem jus*, onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito. A reiteração uniforme e constante de uma decisão sempre no mesmo sentido, caracteriza o que se convencionou chamar jurisprudência.

Necessário salientar, que em determinadas ocasiões, quando chega a surgir um consenso quase absoluto sobre o modo de se decidir uma questão, o tribunal correspondente pode sintetizar tal entendimento por meio de um enunciado objetivo, ou seja, da súmula. Esta, portanto, nada mais é do que um resumo de

todos os casos parecidos decididos daquela mesma maneira, colocado por meio de uma proposição clara e direta.

A súmula, do mesmo modo que a jurisprudência ainda não sintetizada como tal, não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para as futuras decisões. Os juízes estão livres para decidir de acordo com sua convicção pessoal, mesmo que para tanto, tenham de caminhar em sentido contrário a toda a corrente dominante.

No entanto, no que tange ao instituto ora estudado, incide os efeitos vinculante e *erga omnes*. Assim sendo, as súmulas aprovadas de acordo com o procedimento previsto em lei, consoante o disposto no *caput* do art. 103-A, terão eficácia contra todos e observância obrigatória relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No caso em apreço, tem-se uma norma de aplicabilidade imediata e de eficácia contida, ou seja, o próprio Texto Constitucional se autolimitou ao delegar à lei infraconstitucional a conformação do incidente de revisão ou cancelamento de súmula. A possibilidade de contenção da eficácia desta norma, pelo legislador ordinário, traz como consequência importante, uma distinção que deve ser feita entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a súmula vinculante, já disciplinada pela Lei n. 9868/99, e o novo Incidente Revisional, que ainda dependerá de regramento a ser dado pelo legislador infraconstitucional. Ambos são institutos que questionam o teor da súmula vinculante por meio dos mesmos legitimados, mas que não se confundem, e admitem aplicações em casos distintos.

Neste diapasão, cumpre aduzir que o incidente de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, tem a mera finalidade de atualizar e readequar

a interpretação que o STF fará em relação às controvérsias já consolidadas, funda-se na chamada cláusula *rebus sic stantibus*, vez que com advento de fato novo, mudam-se também as perspectivas jurídicas antes estabelecidas.

A finalidade deste incidente, pauta-se no fenômeno da mutação constitucional e na necessidade de uma constante releitura que a Suprema Corte deve fazer do Texto Magno, de modo a evitar a fossilização e a rigidez de seus entendimentos em face da evolução dos valores que norteiam a sociedade com lastro no princípio da revisibilidade,

Por outro lado, afigura-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade que orientada pelo princípio da supremacia da Constituição, cumpre função diversa, porquanto, objetiva suprimir do sistema jurídico, aquela súmula vinculante que traga consigo alguma mancha de inconstitucionalidade formal ou material.

As características de generalidade, abstração e autonomia que qualificam a súmula vinculante, autorizam o questionamento de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O uso da ADIN ou da ADPF tem sempre como pressupostos uma ofensa à norma constitucional ou preceito fundamental decorrentes da Constituição da República, enquanto que o incidente de revisão, pressupõe uma súmula vinculante válida e eficaz, só que inadequada a um novo perfil axiológico captado pelo STF.

Note-se, que o próprio texto do art.103-A, § 2º da CF/88, coloca o Incidente de Revisão ou Cancelamento e Ação Direta de Inconstitucionalidade, como institutos diversos ao estender o mesmo rol dos legitimados ativos da ADIN para o mencionado instrumento revisional.

2.6 Requisitos para aprovar, rever ou cancelar a súmula vinculante

A EC n. 45/2004 passou a prever três requisitos para aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, quais sejam: *quórum* mínimo de dois terços dos membros do tribunal; competência exclusiva do STF; somente matéria constitucional, depois de reiteradas decisões, poderá ser objeto da súmula vinculante, ficando afastadas questões de outra natureza.

Assim, de acordo com o §1º do art. 103-A, da CF:

A Súmula terá por objetivo a validade, 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.

Desta forma se estabelece outras exigências, especificando o dispositivo legal, seu objeto, sendo, portanto, necessário para aprovação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, além dos requisitos supra, que a norma a ser interpretada seja determinada e sob ela paire uma controvérsia atual. E mais, que esse conflito provoque grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Provavelmente com o amadurecimento do instituto, o STF, por meio de sua jurisprudência, assentará o significado exato dessas expressões, por ora, entenda-se que controvérsia atual é a que está incidindo seus efeitos, ou seja, provocando insegurança jurídica no momento de sua discussão.

Acrescente-se que somente a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá a súmula efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No que tange às súmulas anteriores à EC n. 45/2004, extrai-se do art. 8º da EC n. 45/2004 que "as atuais súmulas do STF somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial".

Assim, enquanto não houver essa confirmação pelo STF, as súmulas não terão caráter vinculante para os órgãos administrativos e judiciários, e, portanto, não constituirão preceito obrigatório, continuado a servir apenas como mais um instrumento de convencimento do juiz. Convém notar ainda, que há dúvida se as súmulas editadas anteriormente à EC n. 45/2004, para obterem o efeito vinculante, deverão preencher todos os requisitos constantes do art. 103-A, ou se basta apenas a sua confirmação pelo *quórum* de dois terços dos integrantes do STF.

A doutrina majoritária entende que todos os requisitos da EC n. 45/2004 deverão estar preenchidos, pois não se podem criar duas categorias de súmula vinculante, uma com e outra sem conteúdo de índole constitucional.

2.7 Trâmite procedimental do Instituto

Já fora destacado que antes do advento da EC n. 45/04, as súmulas editadas pelo STF eram na totalidade, desprovidas de força vinculativa, tendo o condão meramente interpretativo e consultivo. Após a alteração constitucional, as súmulas passaram a trazer o efeito vinculante, força normativa e a eficácia *erga omnes*, generalidade e abstração, de conformidade com art. 103-A da CF/88, tornou-se, portanto, espécie de ato normativo primário.

Hodiernamente, a súmula vinculante, como todo ato normativo, extrai fundamento de validade diretamente da própria Constituição Federal, mesmo não se

fazendo inserir no rol das espécies normativas do art. 59 da CF/88. Por conseguinte, deve seguir o Princípio do Devido Processo Legislativo Constitucional, para que seja editada de maneira válida sob o ponto de vista formal. Neste caso, o STF realiza função atípica de conteúdo legiferante de elevado conteúdo político e discricionário.

Do ponto de vista material, deverá ser investigado o cumprimento da função constitucional da súmula, que se encontra na norma do §1º do art. 103-A da CF/88, com a finalidade de decidir sobre a validade, interpretação, e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Será definido o trâmite de edição do instituto objeto desse estudo, nos termos em que a Constituição Federal dispõe, para viabilizar o entendimento do mesmo, bem como se nele há inconstitucionalidades formais subjetivas e objetivas. O procedimento de produção da súmula vinculante subdivide-se nas fases a seguir expostas.

2.7.1 Iniciativa

O primeiro passo do procedimento consubstancia-se, na deflagração da feitura da súmula, tendo como subespécies a iniciativa de ofício, onde o próprio Supremo Tribunal Federal irá deliberar acerca da inauguração do sobredito procedimento, e iniciativa por provocação, no tocante a esta modalidade de iniciativa, o Texto Constitucional manteve-se silente, e omitiu-se por não exteriorizar de maneira expressa, quais seriam tais legitimados.

Todavia, por força de uma interpretação sistemática, e fundada no Princípio do Paralelismo das Formas que orienta toda a Teoria Geral do Direito, têm-se como legitimados aqueles que a própria Carta Magna definiu aptos a propor o incidente de revisão ou de cancelamento da súmula vinculante, quais sejam os legitimados ativos à propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme se depreende da leitura do § 2º do art. 103-A da CF. Ora, aqueles que podem postular a revisão ou extinção da súmula vinculante, certamente poderá provocar o início de sua produção, se pode o mais, certamente, pode o menos.

Em havendo vício nesta etapa de iniciativa, tem-se a chamada inconstitucionalidade formal subjetiva.

2.7.2 Deliberação

Iniciado o processo de produção da súmula, caberá ao Supremo Tribunal Federal, mediante o *quorum* deliberativo de dois terços de seus membros, requisito objetivo ou quantitativo, aprovar ou rejeitar o teor da súmula vinculante. Porém, a sua aprovação estará condicionada também a um requisito subjetivo ou qualitativo, qual seja a constatação pelo STF, por um juízo discricionário, da quantidade suficiente de repetições de decisões sobre aquela matéria constitucional contida na súmula.

Frise-se aqui, que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando delibera pela aprovação da súmula vinculante, já está fazendo um juízo implícito, preventivo e positivo acerca da consonância do teor do enunciado com o Texto Maior. Tal valoração prévia, leva a uma presunção relativa de constitucionalidade, que por seu

turno, não afasta a possibilidade de se elidir, por futura Ação Direta de Inconstitucionalidade manejada na via repressiva, a norma estampada na súmula.

Em havendo vício nesta etapa de deliberativa, ter-se-á uma mácula de inconstitucionalidade formal objetiva.

2.7.3 Publicação

A súmula vinculante, como todo ato do poder público, além de exigir um procedimento prévio de feitura que lhe legitime democrática e constitucionalmente, terá que ser publicada, em respeito ao princípio da publicidade dos atos estatais, para que adquira operabilidade externa e propague seus efeitos no ordenamento jurídico. Desta feita, toda a sua eficácia ficará condicionada a sua publicação na Imprensa Oficial.

Ressalte-se que, apesar de plenamente em vigor, por ser prevista em norma de eficácia imediata, até a presente data, nenhuma súmula proferida pelo STF, foi revestida por este, de efeito vinculante, ou seja, de aplicação obrigatória para os demais órgãos Judiciários, bem como para a Administração Pública.

CAPÍTULO 3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais têm um papel importante na formação da vontade social, eis que são órgãos que representam à sociedade e em nome dela decidem, assim, a jurisprudência apresenta-se como expressão da vontade social. Neste diapasão, divergências no Tribunal, quanto ao direito em tese, não constituem apenas uma contingência, decorrente dos diferentes modos de ser e de pensar de cada Juiz. Elas são desejáveis e mesmo indispensáveis para o desenvolvimento do Direito.

Por outro lado, é um escândalo que a vitória ou a sucumbência da parte se determine pela sorte, conforme a distribuição de seu processo se faça a esta ou aquela Câmara. Se todos são iguais perante a lei, conforme consignado, no art. 5º da Constituição Federal, não se concebe que o Tribunal trate uns diferentemente dos outros, em identidade de circunstâncias.

Não se pode deixar de considerar, outrossim, que o esforço excessivo em se criar uma jurisprudência uniformizada poderia resultar na subversão da Supremacia da lei que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. Já que a Garantia Constitucional de acesso à Justiça, disposta no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual prevê que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", está intimamente atrelada à prerrogativa do magistrado de julgar o caso fático em tela, sendo que nada, exceto à lei, pode vincular a sua decisão.

Assim, considerando esse cenário, serão enfatizadas, algumas, das várias formas de uniformizar a jurisprudência já existentes e consolidadas no ordenamento jurídico pátrio, que atendem de maneira expressivamente mais eficaz, o proposto pela súmula vinculante, uma vez que traçam uma delimitação razoável entre a

necessária unificação do entendimento dos julgadores pátrios e o livre convencimento do magistrado, o qual efetivamente deverá decidir a melhor aplicação da lei ao caso *sub judice*.

3.1 Institutos afins à sumula vinculante

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de alguns institutos processuais e outros constitucionais que, no tocante ao fim apregoado, assemelham-se com a Súmula Vinculante, é claro, guardadas suas devidas diferenças e proporções. Desta feita, visando uma interpretação uniforme das questões de direito, propiciando a segurança jurídica aos jurisdicionados surge o Incidente de Uniformização de Jurisprudência e, em matéria Constitucional, o Incidente de Inconstitucionalidade.

No tocante ao efeito vinculante têm-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, primeiro instituto acobertado por referido efeito e, amplamente aplicado pelo Tribunal Superior. Nesta mesma linha, a Arguição de Descumprimento de Preceito Obrigatório salvaguardando as disposições constitucionais, em relação aos fatos do mundo concreto.

Com o desiderato de combater à morosidade da justiça e empregar maior efetividade às sentenças judiciais, surge a Súmula Impeditiva de Recursos, impedindo o recebimento de recursos meramente procrastinatórios.

3.1.1 Incidente de uniformização de jurisprudência

O sistema processual brasileiro preocupa-se com a existência de entendimentos divergentes quanto a uma mesma questão jurídica. Exemplo claro

está na possibilidade de interposição de recurso especial com base na divergência de julgados, conforme o art. 105, III, c, da CF/88.

Nessa mesma linha, o art. 476 do Código de Processo Civil consagra instituto que objetiva uniformizar a interpretação do direito no âmbito dos tribunais. Trata-se do Incidente de Uniformização da Jurisprudência, que tem cabimento nos julgamentos de recursos, de reexame necessário e também nos casos de competência originária do tribunal.

De acordo com o artigo 476 do CPC, o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser instaurado pelo juiz, ou pela parte, incluindo-se, o Ministério Público, desde que atuando como tal.

Quando o incidente for instaurado pelo Juiz, são hipóteses de cabimento as previstas nos incisos I e II do artigo 476 do CPC, *in verbis*:

Art. 476. Compete ao juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa do que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Depreende-se, pois, que os pressupostos necessários ao incidente de uniformização, são, que haja, perante a câmara, turma ou grupo de câmaras, julgamento em curso, qualquer que seja a matéria ou a natureza do processo e que, nesse recurso, haja necessidade de interpretar normas de direito que já tenham sido interpretadas por outra câmara ou por outro grupo ou pela mesma câmara de forma diversa, existindo, conseqüentemente, interpretações divergentes, decorrentes de pronunciamentos anteriores.

O parágrafo único do indigitado artigo faculta às partes o requerimento do incidente, assim dispendo:

Art. 476. [...]Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentalmente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Apesar da redação do *caput* do artigo em comento conferir ao juiz a competência para suscitar o incidente em questão quando verificadas as hipóteses acima elencadas, os Tribunais pátrios consagraram o entendimento que se trata apenas de uma faculdade do magistrado. É o que propõe Negrão e Golveia (apud RSTJ 17/452 e STJ-RT 664/175, 2005, p. 523), ao afirmarem que “a suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto”.

Conforme ensina Greco Filho (1994, p. 347):

Na hipótese do inciso I a divergência é verificada entre os próprios juízes votantes, enquanto no inciso II a divergência é em relação a acórdão anterior de outra Turma, Câmara, Grupo de Câmaras ou Câmaras Cíveis Reunidas”.

Tendo-se em vista o fato de que o julgamento do incidente é realizado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, consoante o art. 479 CPC, não cabe sua instauração quando a questão já está sendo julgada em tribunal pleno.

Importante observar que o incidente só será admitido quando a divergência for ativa, ou seja, nas hipóteses em que haja decisões recentes com entendimento contrário ou que isso potencialmente possa vir a ocorrer, quando for notório o entendimento antagônico de membros do órgão colegiado. Por essa razão, os Tribunais têm rejeitado o incidente quando a divergência apontada encontra-se superada, ou quando os membros prolores dos paradigmas já não estiverem atuando naquele órgão, inexistindo probabilidade, portanto, de que novas decisões conflitantes sejam proferidas.

Assim, as hipóteses de cabimento são amplas, sempre que verificada a divergência jurisprudencial que ainda vigore dentro do próprio órgão colegiado que irá analisar a questão, seja a cisão entre os próprios Juízes, turmas, câmaras ou grupos de câmaras.

3.1.1.1 Procedimento e efeitos

Suscitado o incidente de uniformização, o órgão julgador competente pelo caso fático que o ensejou deverá emitir juízo de admissibilidade, que se fundará na existência da divergência, lavrando um acórdão acerca da questão. Após, os autos seguem ao presidente do tribunal para que seja marcada data de julgamento, é o que se depreende do artigo 477 do Código de Processo Civil, "reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão".

O acórdão de que trata o artigo acima citado, porém, dada sua legitimidade para mero reconhecimento da divergência jurisprudencial apontada, não se presta a discutir o mérito da questão. Trata-se, na verdade, de uma referência para o julgamento a ser realizado, expondo a questão, que deverá ser exclusivamente de direito, e os entendimentos divergentes. Cópia deste acórdão deverá ser enviada a todos os membros do Tribunal.

Neste momento, caberá ao órgão julgador apurar a efetiva conveniência do incidente suscitado, a qual se configura, pela probabilidade de que decisões conflitantes continuem sendo proferidas. Neste sentido Nery Júnior e Nery (apud TEXEIRA, 2001, p. 361):

O órgão julgador dispõe de uma margem de discricção, no exame de conveniência e da oportunidade de admitir o incidente, por vezes suscitado com invocação a aresto divergente isolado, ou já superado no tempo. Pode ser negado processamento à arguição feita pela parte, quando com intuito procrastinatório, sendo notória a orientação jurisprudencial dominante.

O reconhecimento da divergência pelo órgão julgador, no entanto, trata-se de juízo prévio de admissibilidade. Com efeito, quando do efetivo julgamento do incidente pelo Tribunal, será novamente proferido juízo de conhecimento, para que logo após, caso tenha sido positivo, ocorra o julgamento do incidente. É o que se depreende da exegese do artigo 478 do CPC, “o tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada”.

Recebidos os autos do incidente, o Presidente do Tribunal designará sessão de julgamento, na qual necessariamente deverá ser alcançada a maioria absoluta dos seus membros, sob pena de impossibilidade de fixação de súmula acerca da matéria questionada. Exigindo ainda, o parágrafo único do mencionado artigo parecer do Ministério Público acerca da matéria, na pessoa do Procurador Geral da Justiça ou do Procurador Geral da República.

É admissível que haja aprovação do verbete apenas pela maioria simples dos membros do tribunal, mas neste caso o resultado produziria efeitos, apenas e tão somente, para o caso em referência, não se prestando o julgamento a sumular a matéria. Neste caso, a produção de efeitos na demanda *sub judice* se coaduna com o princípio da utilidade dos atos jurídicos, os quais sempre deverão ser aproveitados quando estão em conformidade com o espelho legal.

Neste sentido Negrão e Golveia (apud RP 5/376, 2005, p. 523) apregoam que “o julgamento que não obtiver maioria absoluta dos juízes titulares com direito a

voto valerá apenas para o caso concreto, devendo ser obedecido pela turma que julgar o recurso”.

Fixada a interpretação do direito pela maioria absoluta dos membros do tribunal, é elaborada a súmula, que nada mais é que uma síntese da tese consolidada pelo julgamento. Veja-se artigo 479 do Código Adjetivo:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência dominante.

Sumulada ou não, a decisão do incidente é inserida em um acórdão e os autos retornarão à câmara, à turma ou ao grupo onde foi suscitado o incidente, para que seja, afinal, julgado o caso concreto, incidindo-se ou prosseguindo-se no julgamento do recurso que o originou, impondo-se nesse caso concreto, a interpretação dada pelo tribunal em relação à questão de direito. Porém, no que diz respeito às demais questões apreciadas no recurso, a câmara, turma ou grupo poderá decidir como entender.

Para melhor entendimento, tem-se a seguinte situação proposta por RODRIGUES (São Paulo, p. 304). Em ação de responsabilidade civil por ato ilícito julgado procedente, o autor e o réu apelaram, aquele pedindo a inclusão de várias verbas, este discutindo a exclusão de outras, e ambos contestando os honorários advocatícios, gerando a discussão que ensejou o incidente sobre esses honorários, já que algumas câmaras entendiam que deveriam ser fixados em um percentual sobre o valor das prestações vencidas, objeto da indenização pela incapacidade gerada pelo ato ilícito da vítima, acrescido, apenas, do valor de uma prestação anua das vincendas, tal como determinava o art. 260 do CPC.

Havia, porém, decisões de outras câmaras que, na mesma hipótese, responsabilidade civil por ato ilícito, entendiam que essa verba honorária deveria ser fixada na conformidade do que dispunha o atual § 5º do art. 20 do CPC.

Prevalecendo esta última tese será lavrada a respectiva súmula, o recurso de apelação retornará à câmara de origem, que irá decidir, livremente, sobre as verbas discutidas no apelo, mas, de modo obrigatório, incidirá sobre os honorários o percentual cabível, no caso em tela, o valor determinado no § 5º do art. 20 do CPC, como deliberado, no incidente, pelo tribunal.

Nesse diapasão, no que se refere aos efeitos da fixação de jurisprudência promovida pelo tribunal pleno devem ser considerados quanto ao caso fático que ensejou o incidente e ao poder vinculante em relação aos casos futuros acerca da matéria sumulada. No que tange aos autos originários, a vinculação da decisão proferida no julgamento do incidente é obrigatória, devendo a tese vencedora ser aplicada *in casu*. Portanto, em relação ao caso que ensejou o incidente, a aplicabilidade do entendimento fixado no acórdão de uniformização é cogente.

Por outro lado, aos casos futuros relativos à mesma matéria apreciada, via de regra, inexistente efeito vinculante em relação à tese firmada pelo Tribunal Pleno. Vicente Greco (1994, p. 348), por sua vez, assim explica a dicotomia quanto à eficácia de tal decisão:

O valor desse precedente é relativo. Ele tem força vinculante para o caso concreto cujo julgamento está em curso, porque o processo, voltando à Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras para aplicar a lei ao caso concreto, só pode seguir o entendimento fixado pelo pleno, mas para os casos futuros terá apenas a autoridade de uma decisão já tomada pelo órgão mais elevado do tribunal.

Não obstante o precedente ser desprovido, intrinsecamente, de eficácia vinculante, em atenção ao princípio da primazia legislativa que norteia o

Ordenamento Jurídico pátrio, muitos tribunais têm acrescentado em seus regimentos internos a proibição de que os julgamentos de seus órgãos sustentem tese superada por súmula. Trata-se, na hipótese, de atribuição de eficácia vinculante à súmula emitida pelo Tribunal. No entanto, não se deve olvidar que essa vinculação é relativa, tendo em vista que contrariada, não resultará quaisquer punições ao aplicador da decisão contrária, nem deverá a mesma ser, necessariamente anulada pelo tribunal editor da súmula resultante do incidente em estudo.

3.1.2 Da declaração de inconstitucionalidade incidental

O controle de constitucionalidade constitui-se no conjunto de mecanismos de defesa da Constituição, mediante os quais é possível aferir a compatibilidade das leis e atos normativos com suas normas, visando a garantir a supremacia da Lei Maior. Baseia-se no princípio segundo o qual as normas constitucionais têm hierarquia superior ao restante das normas que integram o ordenamento jurídico.

Originariamente, é do STF a competência para declarar inconstitucional lei ou ato normativo do poder público, consoante o art.102, I, a, da CF/88. Contudo, pode haver no curso de um processo, de forma incidental, discussão sobre a inconstitucionalidade da lei ou de ato do poder público, tornando-se necessária, preliminarmente, a resolução da questão prejudicial sobre a constitucionalidade ou não da lei ou do referido ato. Quando isso ocorre, qualquer tribunal, nessa via incidental, pode apreciar a questão relativa a essa inconstitucionalidade argüida.

O incidente de argüição de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais é previsto no art. 97 da CF/88 e disciplinado pelos artigos 480 a 482 do Código de processo Civil. Não tratam de questões afetas ao controle concentrado ou abstrato

de normas, mas sim daquelas submetidas ao controle difuso, segundo o qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é num processo proposto contra ele, por isso é também chamado controle concreto ou, ainda, incidental.

Vicente Greco Filho (2000, pp.365/366) resume o procedimento do incidente de argüição de inconstitucionalidade com singular clareza, afirmando que:

A declaração incidental se dá, nos tribunais, com a instauração de incidente sobre a prejudicial de inconstitucionalidade, que cinde o julgamento e a competência, de maneira igual à uniformização da jurisprudência, deferindo a competência do pleno (ou órgão especial, onde houver), competência funcional pelo objeto do juízo. Aqui, também, salvo no Supremo, o processo depois da declaração retorna à Câmara ou Turma para prosseguir o julgamento e aplicar o direito ao caso concreto. As partes ou qualquer juiz pode suscitar o incidente e, depois de ouvido o Ministério Público, o relator submete a questão à Câmara ou Turma. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se acolhida, será lavrado o acórdão a fim de que a questão seja submetida ao tribunal pleno (ou órgão especial). Só pela maioria absoluta de seus membros podem os tribunais declarar a inconstitucionalidade de ato normativo. O recurso contra a decisão é do acórdão que aplicou o direito ao caso concreto e não da decisão do plenário que resolveu o incidente de inconstitucionalidade, como consagrado na Súmula 513 do STF.

A esse respeito, vale referir, ainda, a Súmula 455 do STF, pela qual, “da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”.

A cláusula de reserva de plenário, pela qual a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode decorrer de decisão tomada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, está consagrada na Constituição Federal, art. 97. Referida disposição somente se aplica aos julgamentos efetuados pelos tribunais, sem impedir, por óbvio, a realização do controle difuso pelos juízes de primeira instância.

Para declarar a constitucionalidade do ato, não se faz necessária a observância do trâmite referido, que somente se aplica à declaração de inconstitucionalidade.

É observado, portanto, procedimento semelhante ao do incidente de uniformização da jurisprudência, assim, argüida a inconstitucionalidade de uma lei no curso do julgamento de um recurso, por exemplo, se for acolhida pela câmara, turma ou grupo, é lavrado o acórdão que acolhe a argüição e os autos são remetidos ao plenário para apreciar a questão, a contrário senso, se a mesma for rejeitada, o julgamento do recurso prosseguirá, na Câmara, Grupo de Câmaras ou Turma. Assim, dispõe o art. 481 do CPC:

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo Único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Desta feita, mesmo quando o STF declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, elidida está sua presunção de constitucionalidade, o que dispensa os tribunais de observarem o art. 97 da CF/88 nos casos posteriores. Esta foi uma importante alteração introduzida pela Lei 9.868/99, impedindo a acolhida da argüição de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionados dos tribunais, que não mais deverão submeter à questão ao órgão especial, quando já tiver havido pronunciamento deste ou do egrégio STF a respeito da matéria questionada, evitando-se, desta forma, o excesso de processos no Judiciário, já tão assoberbados de feitos.

O *caput* do art. 482 do CPC, ainda em relação ao procedimento dispõe que remetida a cópia da argüição aos juízes do plenário, estes, por ocasião da sessão do julgamento, proferirão o seu voto declarando ou não a

inconstitucionalidade da lei ou do ato, observando-se a respeito as normas do Regimento Interno.

Os parágrafos do artigo supra trazem a possibilidade de manifestação do Ministério Público, das pessoas jurídicas responsáveis pela edição do ato questionado, dos titulares do direito de propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de outros órgãos ou entidades.

Quanto aos efeitos que incidem do incidente de inconstitucionalidade, tem-se que, na hipótese do tribunal pleno declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato, ela não poderá ser aplicada naquele caso concreto a ser decidido pelo órgão julgador que julgará o recurso onde se verificou a argüição. Assim, sendo essa argüição incidental, não obriga para o futuro os demais órgãos julgadores, em outros casos submetidos ao seu julgamento.

Tal qual o incidente de uniformização de jurisprudência, o incidente em comento é desprovido do temido efeito vinculante, contudo é verdadeira a afirmativa de que o seu uso é bastante benéfico, eis que representa uma forte arma contra o desrespeito à ordem constitucional, contribui para o desafogamento do judiciário e ainda, fortalece a segurança jurídica. Tudo, sem engessar o julgador, dando-lhe possibilidade de analisar, de forma equânime, o caso concreto.

3.1.3 Ação declaratória de constitucionalidade

No contexto da reforma constitucional-tributária de emergência, patrocinada pelo governo federal, foi introduzida no nosso ordenamento a chamada ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão definitiva, nos termos expressos da Constituição, é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para

os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, consoante art. 102, I, a, e § 2º da CF/88.

O Direito constitucional tem como primordial objetivo fazer com que todas as espécies normativas do ordenamento jurídico existam e sejam consideradas como válidas e analisadas sempre sob a luz da Constituição Federal. Através dessa observância é que se afere se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que surge o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão em harmonia com a Carta Magna. Essa harmonia deve se efetivar sob o prisma formal ou procedimental e também sob o aspecto material, ou seja, o conteúdo da espécie normativa hierarquicamente inferior à Constituição, deve, necessariamente, se coadunar com os preceitos constitucionais.

Quando se tem a idéia de controle de constitucionalidade, significa dizer então que é feita uma verificação para saber se as leis ou atos normativos estão em harmonia com a Constituição Federal, tanto sob o ponto de vista formal, quanto o material.

Bastante pertinentes são as palavras de Pedro Lenza (2005, p. 160), sob tal prisma:

O objetivo da ADECON é transformar uma presunção relativa de Constitucionalidade em absoluta (*jure et jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADECON, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se diante de uma presunção relativa de Constitucionalidade da lei, mas absoluta.

Em síntese, a ADECON busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional.

Desta feita, a ação declaratória de constitucionalidade é uma modalidade de controle por via principal, concentrado e abstrato, cuja finalidade da medida é afastar a incerteza jurídica e evitar as diversas interpretações e contrastes que estão sujeitos os textos normativos.

3.1.3.1 Objeto, competência e legitimidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade somente poderá ter por objeto, lei ou ato normativo federal, com o pedido de que se reconheça a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição. Essa espécie de ação possui o âmbito de atuação mais restrito do que ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que esta segunda engloba, também, a lei ou ato normativo estadual como passíveis de servirem como objeto da mesma.

A esse respeito, dispõe o art. 102, I, a, da CF/88, o seguinte:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Nesse diapasão, o único órgão competente para declarar que uma norma federal é constitucional, vinculando a essa decisão os demais órgãos judiciários e, ainda, a Administração Pública, é a Corte Suprema, o STF.

Originariamente, logo com o advento da EC 03/93, eram legitimados para a indigitada ação, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador Geral da República. Nessa época questionava-se a possibilidade ou não de intervenção do Advogado Geral da União

no processo da ADC, chegando o STF a decidir pela impossibilidade de referida ingerência.

Nesse sentido José Afonso da Silva (apud Ministro Moreira Alves, 1998, p. 61):

No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado Geral da União atue como curador dessa mesma presunção. Aliás, o silêncio da Emenda Constitucional nº 3 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4º no art. 103 da Carta Magna, é um silêncio eloqüente, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência.

Por estes e outros argumentos é incabível, por desnecessária a intervenção do Advogado Geral da União no processo da ADC.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, contudo, dando nova redação ao artigo 103, da Constituição Federal, foi ampliado o rol de legitimados da ADC, de forma que foi atribuída a mesma legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade, como pretendia boa parte da doutrina, dispondo assim, o art. 103 da CF/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – Procurador Geral da República; VII – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que se refere a essa questão, o STF prescreve que alguns dos legitimados acima elencados devem demonstrar interesse na aludida representação, em relação à sua finalidade institucional. Todos esses membros são neutros ou

universais, possuidores de legitimação ativa universal, ou seja, não precisam demonstrar a pertinência temática, exceto os previstos no inciso IV – Mesa da Assembléia Legislativa; V – Governador de Estado e IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, que são autores interessados ou especiais, e, conseqüentemente, devem demonstrar o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional.

3.1.3.2 Procedimento

A forma procedimental é estabelecida no art. 103 da CF/88, explicitada nos artigos 169 a 178 do Regimento Interno do STF, estas também disciplinando a ADIN, bem como pelas regras trazidas pela Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

De início, tem-se a propositura da ação, o que é feito, conforme visto, pelos legitimados do art. 103 da CF/88. Na petição inicial deverá conter o dispositivo da lei ou do ato normativo federal impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações. Será subscrita por advogado, acompanhada de instrumento procuratório com poderes especiais para a instauração do pertinente processo de controle normativo e será apresentada em duas vias.

A exordial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo desta decisão. Caso contrário, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo federal impugnado, devendo referidas informações

serem prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido, sendo permitido, ainda, desde que o relator considere a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Decorrido o prazo das informações, o Procurador Geral da República deverá ser ouvido, emitindo o seu parecer. Neste caso, ao contrário do que ocorre no processamento da ADIN, não existe intervenção do Advogado Geral da União, uma vez que inexistente ato ou texto impugnado, a contrário senso, se afirma à constitucionalidade na inicial. Após a indispensável manifestação do Procurador Geral da República, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Havendo necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar outras, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator, ainda, pode solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

A declaração de constitucionalidade será proferida, da mesma forma que a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, consoante previsão do art. 97 da CF/88, pelo voto da maioria absoluta dos membros do STF, desde que presente o *quorum* de instalação da sessão de julgamento, que é a presença de, pelo menos, oito ministros.

Finalmente, é vedada a intervenção de terceiros e a desistência da ação após a sua propositura. A decisão é irrecorrível, salvo a interposição de embargos declaratórios, não podendo ser objeto de ação rescisória.

3.1.3.3 Efeitos

A Constituição Federal estabelece no art. 102, § 2º, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, em sede de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia *erga omnes*, ou seja, eficácia contra todos. Serão ainda, providas de efeito *ex tunc*, tendo, pois, possibilidade de retroagir, de forma que os atos anteriores poderão ser alcançados pela declaração de constitucionalidade.

Além de atribuir eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*, às decisões proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade, confere efeito vinculante em relação aos demais órgãos e agentes públicos.

Instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, o efeito vinculante, 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.

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 da decisão, obrigam o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

Esse desiderato não só reforça o papel do STF, como guardião da Carta Magna, mas também contribui para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, propicia solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas.

3.1.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Preliminarmente destaque-se que a inconstitucionalidade não se confunde com o descumprimento de preceito fundamental. Uma vez que, o este não se trata especificamente de uma inconstitucionalidade, tampouco de uma contrariedade à Constituição, mas de violação a determinados preceitos, os fundamentais. Trata-se, pois, de uma incompatibilidade com parâmetro mais restrito que a inconstitucionalidade, de âmbito menor, nas palavras de André Ramos Tavares (1998, p. 59), “o conceito de ‘descumprimento’ ultrapassa o âmbito da mera inconstitucionalidade, podendo açambarcar até mesmo fatos do mundo concreto contrários à ‘realidade’ constitucional (realidade normativa, mundo do dever ser)”.

É certo que, em ambas as hipóteses há incompatibilidade com o Texto Constitucional e, conseqüentemente urge ser expurgada do ordenamento jurídico. Nesse diapasão é que existe o controle de constitucionalidade, que no ordenamento pátrio é misto, por existirem dois métodos ou sistemas para o exercício do controle repressivo de constitucionalidade, quais sejam, o concentrado e o difuso.

Será destacado, no entanto, apenas o controle concentrado de constitucionalidade que, diferentemente do que acontece no difuso, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em tese ou omissão,

independentemente da existência de uma lide. Nesse controle direto tem-se, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação e omissão, a Ação Direta Interventiva e, por fim, o instituto em questão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O Texto Constitucional em seu § 1º do art. 102 estabelece que a ADPF seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Trata-se da Lei nº 9.882/99 que regulamenta o dispositivo constitucional, definindo as regras procedimentais para a aludida argüição.

Podem propor a argüição as pessoas legitimadas pelo artigo 2º, inciso I da Lei nº. 9.882/99 que são as mesmas da ação direta de inconstitucionalidade, elencadas no art. 103 da CF/88, quais sejam, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Nesse diapasão, foi vetado o inciso II, que previa a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público propor a argüição, com fundamento de se conceder um acesso irrestrito, direto, e individual ao Supremo Tribunal Federal, que é incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade, e ensejaria uma elevação excessiva do número de feitos a serem apreciados pela Corte Suprema.

Em relação ao objeto, o art. 1º da Lei nº 9.882/99 apregoa que:

A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o

fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Desta forma a referida lei enseja duas modalidades de ADFP, sendo estas, a ação autônoma ou sumária e a por equivalência ou equiparação. A primeira modalidade é explicitada logo no *caput* do artigo supra e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Nesse prisma, destaca-se o caráter preventivo, no sentido de evitar algo.

Por outro lado, a segunda hipótese consignada no inciso I do parágrafo único do artigo em pauta, prevê a possibilidade de argüição quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal e distrital, incluídos os anteriores à Constituição. Percebe-se neste caso, um forte aspecto repressivo, pois se busca reparar lesão a preceito fundamental, devendo haver nexos de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do poder público, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentares.

Acrescente-se ainda, que essa divergência jurisdicional relevante deve, necessariamente, ser demonstrada. Falou-se muito em preceito fundamental, tornando-se cogente agora um esclarecimento acerca do significado desse termo.

A lei 9.882/99, de forma intencional, lançou mão de um conceito jurídico indeterminado acerca do que seja preceito fundamental. Isso é benéfico, pois confere uma maleabilidade maior à jurisprudência, que, conseqüentemente, poderá adequar melhor as mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Nesse sentido, competirá, sobretudo, ao STF a missão de definir tal conceito, sempre se baseando na consideração do padrão axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.

Contudo, se faz necessário, ao menos, aproximar-se de um mínimo conceitual do que seja preceito fundamental, nem que seja com o escopo de evitarem-se restrições incabíveis diante da própria finalidade do instituto. Para tanto, levando em consideração que até a presente data o STF não assentou tal entendimento, recorre-se à doutrina.

Nesta esteira, Alexandre de Moraes (1999, p. 17) escreve que:

Os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.

Nessa mesma linha assevera o professor Cássio Juvenal Faria (apud LENZA, 2005, p. 150) que preceitos fundamentais seriam:

[...] normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, como, por exemplo, os 'princípios fundamentais' do Título I (arts.1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art.60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art.34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art.170); etc.

Portanto, os preceitos fundamentais são provenientes, direta e indiretamente do texto constitucional. Os princípios, por exemplo, apresentam-se ora expressos na Carta Magna, ora implícito no seu texto. Mas sempre, para serem considerados constitucionais, devem decorrer da própria Constituição. E com os preceitos fundamentais o mesmo acontece.

3.1.4.1 Procedimento

O procedimento observado na arguição apresenta significativas semelhanças com o seguido pela ação declaratória e da ação direta de inconstitucionalidade. Igualmente, a petição inicial, acompanhada de instrumento de mandado, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação e, ainda, além dos requisitos do art. 282 do CPC, a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato do Poder Público questionado, prova da violação do preceito, o pedido e suas especificações, e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A exordial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição, faltar algum dos requisitos prescritos na Lei ou for inepta, cabendo desta decisão, agravo, no prazo de cinco dias.

É possível a concessão de liminar, por decisão tomada pela maioria absoluta dos membros do Pretório Excelso. Havendo pedido nesse sentido, o relator solicitará as informações necessárias às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias, podendo, ainda, caso entenda necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, conforme se depreende da leitura do art. 6º e § 1º da lei em comento.

Essa medida é excepcional, cabendo ao relator concedê-la, *ad referendum* do Pleno, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, da mesma forma, em período de recesso. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.

Após a apreciação do pedido de liminar, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

O Ministério Público se pronunciará, conforme mandamento do art.103, §1º da CF/88, posteriormente, o relator lançará relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento. A decisão sobre a arguição, da mesma forma que ocorre no julgamento da ADIN, será proferida pelo *quorum* da maioria absoluta, desde que presente o *quorum* de instalação da sessão de julgamento, ou seja, presentes pelo menos dois terços dos ministros, o que significa, pelo menos oito dos onze ministros é de dois terços dos Ministros.

Com o julgamento da ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados deverão ser comunicados, fixando-se o modo e as condições obrigatórias de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Dessa decisão não cabe recurso, não podendo, inclusive, a mesma ser objeto de ação rescisória, conforme o art. 12 da Lei, contudo, contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF cabe reclamação na forma do Regimento Interno desse Tribunal.

3.1.4.2 Efeitos da decisão

A decisão na ADPF terá, segundo a nova previsão legal, eficácia contra todos - *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder público, além de efeitos retroativos - *ex tunc*. Contudo, não se perca de vista que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou determinar que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conferindo assim, efeito *ex nunc* à decisão.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (1999, p. 280), observa que há uma restrição lógica à fixação do momento inicial para a incidência dos efeitos, que não fica inteiramente ao alvitre do guardião da Constituição, afirmando:

Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.

Não se pode olvidar que a restrição ao efeito *erga omnes*, bem como aos outros efeitos, devem compatibilizar-se com o princípio da isonomia, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, impondo-se o fiel cumprimento da Constituição por seu guardião.

O efeito vinculante da ADPF, além de previsto na Lei 9.882/99, tem respaldo constitucional e aplicação, por óbvio, pelo STF, defensor árduo do comentado efeito. E não poderia o ser diferente, tendo em vista que o efeito

vinculante confere a esse Tribunal extensos poderes e isso não deixa de ser, no mínimo, interessante.

3.1.5 Súmula impeditiva de recurso

Aos nove dias do mês maio do ano de 2.006, entrou em vigor a Lei 11.276/06 que criou uma das ferramentas mais eficazes no combate à morosidade da justiça, a denominada Súmula Impeditiva de Recursos, a qual impede a tramitação recursal em casos contrários às decisões pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo por primordial objetivo dar maior efetividade às sentenças judiciais, bem como impedir o recebimento de recursos com caráter procrastinatório.

A referida lei alterou o Código de Processo Civil, introduzindo o § 1º ao art. 518 dispondo que, “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Depreende-se da leitura do parágrafo supra que serve de objeto à aplicação da Súmula Impeditiva, tão somente o recurso de apelação que provenha de uma sentença, logicamente de mérito, em perfeita consonância com súmula de conteúdo material do STF ou do STJ. Desta feita, bastante pertinentes são as palavras de Costa Machado (2006 p. 859):

Seja como for, o fato é que, verificando o juiz da causa, em primeira instância, que a sua sentença está fundada em jurisprudência sumulada de um desses dois Tribunais Superiores, ele fica autorizado a não receber a apelação interposta, vale dizer, autorizado a indeferir o processamento do recurso sob a justificativa, que deve ser explicitada, de que sua decisão está em conformidade com uma súmula. Observe-se, entretanto, que apenas as súmulas

de conteúdo material (substancial) autorizam o não-recebimento, porque somente estas têm o condão de servir de fundamento direto a uma sentença de procedência ou improcedência do pedido (não importa se a natureza da matéria é constitucional, comercial, tributária ou previdenciária, desde que se trate de decisão sumulada de cunho não-processual).

Essa criação legislativa, inspirada na Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a intitulada Súmula Vinculante, acabou tendo uma amplitude muito maior que o da própria Emenda Constitucional, uma vez que, na prática, até o presente momento, nenhuma súmula foi revestida de efeito vinculante pelo STF, ao contrário senso, a súmula impeditiva de recurso vem sendo largamente aplicada pelos juízes de primeira instância, desafogando ou ao menos, amenizando a superlotação processual daquele Tribunal.

Para reverter à decisão de não-recebimento do recurso de apelação, proveniente da aplicação da Súmula Impeditiva, a parte prejudicada poderá interpor agravo de instrumento, recurso que, no entanto, fica imune à conversão em retido, dada a circunstância de ter por objeto decisão de inadmissão da apelação, o que lhe garante o processamento imediato, por força da ressalva contida na parte final do art. 522 do CPC.

O agravante, neste caso, deverá se concentrar na tentativa de persuadir o tribunal no sentido de que a súmula é inaplicável ao caso concreto, que a causa demanda aplicação diferente da súmula ou, ainda, em se tratando de agravo interposto pelo demandado, que estão ausentes as condições da ação ou algum pressuposto processual, de forma a que fique afastado o impedimento sumular, já que a causa não poderia ter sido julgada no mérito.

Ressalte-se, desta forma, uma diferença fundamental entre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recurso. Enquanto esta preserva a liberdade do juiz, dando-lhe oportunidade de decidir em conformidade ou de forma contrária às

súmulas, podendo ainda a parte prejudicada interpor todos os recursos previstos na legislação.

A súmula vinculante, ao contrário, obriga que o Juiz decida de acordo com a súmula, tendo esta o poder de absoluta coerção, não permitindo ao menos, que a parte interponha apelação contra tal decisão. Na hipótese de desobediência ao mandamento constitucional, é necessária, a formulação de reclamação junto ao STF, para que a Corte Constitucional casse a decisão judicial, determinando que outra seja proferida em substituição, conforme o art. 103-A, § 3º da CF/88.

Percebe-se claramente, que a súmula impeditiva de recurso cumpre fielmente seu desiderato, na medida em que, reduz o número de recursos interpostos junto aos Tribunais, sem interferir na autonomia dos juízes. Assim, os magistrados permanecem livres para decidir de maneira independente o caso concreto, sentenciando-o, de acordo com seu convencimento, que, obviamente, deverá ser embasado com fundamentação legal. Por outro lado, se optarem por aplicar a súmula, não caberá mais recurso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o Direito brasileiro a lei é a fonte primária, o alicerce da ordem jurídica, devendo ser abstrata, impessoal, uma vez que representa a vontade geral. A jurisprudência, por sua vez, não pode ser considerada fonte do Direito, servindo apenas como orientação do pensamento de determinado juízo, algo meramente consultivo. Via de conseqüência, não é sensato conferir força vinculativa à decisão judicial sumulada, atribuível tão somente à lei, sob pena de se compactuar com a *subversão do sistema jurídico nacional pela inversão da ordem de prevalência das fontes do direito*.

Além disso, o Brasil adota o sistema presidencial de governo, através do qual, vigora a separação dos poderes do Estado, cabendo ao Legislativo a produção do ato normativo geral representativo da vontade do povo, ao Executivo, a produção do ato especial e ao Judiciário sua aplicação aos casos concretos, visando dar solução aos litígios.

Assim, não se pode conceber um país democrático onde haja um único órgão desempenhando as funções de legislar, administrar e julgar, tampouco, que ocorra concentração de poderes, no sentido de quebrar a harmonia que deve existir entre os Poderes regentes do Estado.

Contudo, desde a época dos assentos do direito português, percebe-se uma forte tendência de dar imperatividade às decisões judiciais, o que culminou com a Emenda Constitucional nº 45/04. Essa Emenda introduziu no ordenamento pátrio a intitulada Reforma do Poder Judiciário e modificou sensivelmente a ordem constitucional, visando dar maior celeridade à solução das contendas judiciais.

Uma das grandes inovações foi a adoção da súmula de efeito vinculante, segundo a qual, às decisões reiteradas em um mesmo sentido sobre determinada questão insitadoras de 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, após aval do Supremo Tribunal Federal, observado o trâmite procedimental previsto no próprio art. 103A da Carta Magna, serão sumuladas, devendo tais súmulas ter eficácia contra todos e observância obrigatória relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No âmbito do Direito comparado dois países se destacam na aplicação do tema proposto a esse estudo, quais sejam, a Alemanha, de tradição romano-germânica e os Estados Unidos, país alinhado com a *common law*, mas também orientado pelos *statutes decisies*.

O efeito vinculante proveniente de decisões judiciais tem seu berço na Alemanha, tendo o direito pátrio se inspirado no instituto processual germânico do *Bindungswirkung*, no que se refere ao tema aqui proposto. A orientação fixada pelo *Bundesverfassungsgericht* vincula todos os órgãos, tribunais e autoridades da União e dos Estados, inclusive os cidadãos. Neste mesmo sentido, o direito norte-americano, filiado ao sistema da *common law* segue a regra do princípio do *stare decisis*, ou seja, emprega força vinculante às decisões judiciais.

Não se deve olvidar, no entanto, que a adoção do *stare decisis* pelos países da *common law* justifica-se pelas próprias características do sistema utilizado, ao qual repugna a lei, a norma escrita. Baseado na experiência, nos usos e costumes, na tradição, esse sistema tem na jurisprudência seu elemento formativo e

estabilizador, sendo o direito enunciado e desenvolvido através das decisões judiciais, que lhe dão certeza e segurança.

Deste modo, percebe-se claramente que o papel desempenhado pela jurisprudência nesses países é sensivelmente diferente do empenhado no ordenamento pátrio. Enquanto este privilegia a abstração, a generalização, a teorização, a principiologia e a dedução, os países orientados pela *common law* preferem a concreção, a particularização, o pragmatismo e a indução. Pode-se afirmar, pois, que ao atribuir efeito vinculante às súmulas editadas pelo STF, a EC/04, não considerou o modelo sobre o qual se assenta a ordem jurídica nacional.

A adoção da súmula vinculante afronta, de sobremaneira, os princípios do Devido Processo Legal, do Livre Acesso à Justiça, da Inafastabilidade do Controle dos atos pelo Judiciário ou do Exercício do Direito de Ação, da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais, do Duplo Grau de Jurisdição e, ao contrário do que sustentam seus defensores não atende os desígnios postulados pelo princípio da razoável duração do processo.

Resta desrespeitado o devido processo legal porque a aplicação da súmula vinculante suprime etapas do processo, uma vez que os juízes de instâncias inferiores devem se ater ao entendimento pedrificado pelo STF na referida súmula. Essa vinculação constitui flagrante obstáculo interposto entre o cidadão e a justiça e qualquer obstáculo que se ponha à realização dos direitos abstratamente protegidos ou à resolução dos litígios importa em inacessibilidade do cidadão à justiça.

Se é certo que a súmula vinculante torna inacessível a justiça ao cidadão, não menos certo é que inialbiliza o exercício do direito de ação, uma vez que tolhe a atividade judicial, tendo em vista que conhecida a súmula, conhecem-se de antemão as decisões de todos os casos concretos que lhe se assemelham.

O magistrado ao aplicar a súmula vinculante, fundamentará sua decisão apenas formalmente, eis que, nesta oportunidade, só lhe restará a subsunção dos fatos à norma posta pelo tribunal, ou seja, apenas a aplicação mecânica de decisão previamente tida como a única possível, sob pena de ver sua decisão cassada, comprometido assim, o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

Ademais, a aplicação da súmula vinculante conspira para o desatendimento do princípio do duplo grau de jurisdição, garantidor da possibilidade que tem o cidadão de ter revista, por outro órgão judicial, a decisão proferida em instância de competência originária, até porque de nada adianta ao cidadão buscar a instância recursal se já conhece, previamente, o resultado que esta se encontra obrigada a expressar.

No que tange ao princípio garantidor da razoável duração do processo, não é certa a afirmativa de que o instituto aqui analisado propicia sua efetivação. Não se perca de vista que no texto constitucional o Supremo Tribunal Federal assume, isoladamente, o desgastante perfil de instância recursal ordinária das possíveis e inúmeras reclamações contra atos administrativos ou decisões judiciais que venham contrariar a inteligência jurisprudencial da súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar. Logo a súmula vinculante não é meio eficaz a atender o princípio em questão, pelo contrário, atenta contra seus postulados, ao introduzir um novo tipo de recurso, a reclamação perante o STF, proposta no § 3º no novo art. 103 A da Constituição Federal.

Todos esses argumentos valem para quando a súmula vinculante efetivamente for aplicada nos juízos brasileiros, porque até a presente data não se tem notícia de uma única súmula a que o STF tenha dado força vinculante,

tampouco, logicamente, de sua aplicação. Flagrante, pois, a sua ineficácia, perigando ser mais um instituto criado com a intenção de desafogar o judiciário que não deu certo. Mesmo porque não é criando novos institutos que será sanada a crise enfrentada pelo Poder Judiciário. Um bom começo seria a aplicação correta dos institutos já existentes que viabilizam um célere atendimento judicial, sem, contudo, atropelar direitos e garantias.

Nesse diapasão, o incidente de uniformização de jurisprudência e o incidente de inconstitucionalidade assentam o entendimento acerca de questões de direito, servindo como boa orientação para magistrados de instâncias inferiores, o que possibilita uma maior segurança jurídica ao jurisdicionado. Por sua vez, a Ação Declaratória de Constitucionalidade introduziu, de forma bastante sensata, o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que nesta, tal efeito é utilizado para salvaguarda da ordem constitucional, o mesmo acontecendo com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que utiliza o efeito vinculante para açambarcar fatos do mundo concreto contrários à realidade constitucional.

Com o desiderato de combater à morosidade da justiça e empregar maior efetividade às sentenças judiciais, surge a Súmula Impeditiva de Recursos, impedindo o recebimento de recursos meramente procrastinatórios.

Por todo o exposto, a súmula vinculante, ao contrário do que pensam seus defensores, não é “o santo remédio” que veio curar as mazelas do Poder Judiciário. Ao invés de criar institutos, propõe-se aprimorar os já existentes. Unido a isso, deve-se educar a população para o exercício da cidadania, pois um país que tem na desigualdade social a sua tônica e seu principal entrave ao crescimento precisa priorizar as liberdades públicas e, a par das medidas que impliquem melhor distribuição de renda e justiça social, estender a todos os benefícios do

conhecimento acerca de seus direitos e deveres, dos limites que não devem ser transpostos com relação aos outros.

Só assim restaria de vez alcançado o atendimento de uma tutela jurisdicional eficaz, sem para tanto, provocar a violação da ordem constitucional através de medidas de natureza autoritária.

REFERÊNCIAS

Ação declaratória de constitucionalidade. coord. Ives Gandra da Silva, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. org. Anne Joyce Angher. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2006. (Coleção de leis rideel. Série compacta).

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito e direito processual*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOULART, Clóvis Andrade. *A reclamação no supremo tribunal federal e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053&p=4>. Acessado em: 25 de outubro de 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HARTMANN, Denise. *Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo*. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8152_. Acessado em: 25 de outubro de 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 392 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do judiciários e as recentes reformas do código de processo civil. São Paulo: Manole, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo Rebelo de Brito. *Súmula Vinculante*. Disponível em http://www.unb.br/fd/colunas_prof/ronaldo_poletti/poletti_08.htm. Acessado em 23 de outubro de 2006.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do processo civil – processo de conhecimento e processo de execução*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula Vinculante – Análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. (Coleção acesso à justiça – Uma visão do século XXI).

SEPÚLVIDA, Pertence. Citando texto do ministro Victor Nunes Leal. *Revista Consulex*, nº 21, 30, set/2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOARES JÚNIOR, Manoel Pedro. *Súmula vinculante: Uma afronta ao livre convencimento motivado do juiz*. Brasil, 2006, 50 p. (Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, Campus – Sousa, para obtenção do título de bacharel em direito).

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.