

Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*

José Tarcízio de Almeida Melo*

Sumário: 1 Introdução. 2 Origem remota. 3 Stare decisis. 4 Prejulgado. 5 Súmula da jurisprudência predominante do STF. 6 Uniformização de jurisprudência. 7 Representação para interpretação de lei. 8 Avocatória. 9 Ação declaratória de constitucionalidade. 9 Súmula vinculante. 10.1 Antecedentes da súmula vinculante. 10.2 Crítica à súmula vinculante. 10.3 Formato da súmula vinculante. 10.4 Pressuposto da súmula vinculante. 10.5 Iniciativa de súmula vinculante. 10.6 Objeto da súmula vinculante. 10.7 Finalidade da súmula vinculante. 10.8 Descumprimento da súmula. 10.9 Cidadania e ampliação de direitos. 10.10 Riscos da súmula vinculante. 11 Súmulas administrativas. 12 Proclamação federativa. 13. Recursos procrastinatórios. 14. Súmula vinculante 1. 15 Súmula vinculante 2. 16 Súmula vinculante 3. 17 Súmulas sobrestadas. 18 Competência da Justiça do Trabalho. 19 Progressão do regime no cumprimento da pena por crime hediondo. 20 Conceito de receita bruta para imposição da Cofins. 21 Aumento da alíquota da Cofins. 22 Conclusões.

1 Introdução

Em 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou os primeiros enunciados de sua súmula vinculante, tornando realidade a previsão que foi inserida com o acréscimo do art. 103-A da Constituição da República de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), de 8 de dezembro de 2004. O STF mostrou-se com parcimônia no uso de sua poderosa arma. Decantou três enunciados dentre aqueles que havia tomado como viáveis.

Súmula (de *summula*) expressa o diminutivo, o resumo, a menor parte de *summa*, que significa soma. A soma é a jurisprudência, no sentido do *Civil Law* (precedentes reiterados de um tribunal para casos iguais). A súmula vinculante é a mínima parte da jurisprudência dominante da Suprema Corte, que prende ou amarra a obediência dos juízes e tribunais (*vinculum* = laço, atilho, liame). O termo *vinculante* provém da expressão latina que marca a Chiesa di San Pietro in *Vincoli*, mandada erigir por Leão I Magno, no século V, para abrigar parte das correntes que prendiam São Pedro na Prisão Mamertina.

A Reforma do Judiciário utilizou expressões autoritárias, que dizem respeito a atos forçados, a verdadeiras correntes, algemas ou cadeias, ao contrário do espírito

* Palestra proferida em 31.05.2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor Titular da PUC Minas. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG.

federativo, regente do Estado brasileiro, que expressa aliança (*foedus*). O art. 103-A da Constituição dispõe que o STF pode aprovar súmula, quando devia ter-se referido a enunciado da súmula normativa. Estaria aí a expressar o conteúdo e a finalidade da súmula (norma) e o elemento individual que a compõe, que é o enunciado. Esse elemento, devidamente numerado, é que se cria, reforma e cancela. Sobre ele atua o tribunal, já que a súmula, como um todo, é perene e tende a permanecer.

O enunciado não se confunde com o verbete. Este se encontra alinhado em ordem alfabética e remete ao número do enunciado da súmula, no *Índice por Matéria* que, também alfabeticamente, se divide pelos grandes ramos do Direito.

A súmula vinculante destina-se à reconciliação dos juízes e à pacificação da jurisprudência. Da mesma forma que o governo pode estabelecer instruções normativas, para aplicar as leis, o STF produz súmulas, sem o objetivo de fazer lei interpretativa. O Judiciário não cumpriria suas atribuições constitucionais se não lhe fosse permitido dispor sobre o modo de executar a lei. A separação de poderes ocorre no contexto constitucional que dispõe sobre o livre exercício de cada qual. Os tribunais não exercerão a devida jurisdição caso deixem de processar e julgar as pessoas públicas que são as responsáveis pela maior parte de seu movimento.

2 Origem remota

A Súmula Vinculante foi posta junto dos assentos decisivos, emanados da Casa d'el Rei, da Casa da Suplicação ou Mesa Grande, da antiga monarquia absoluta de Portugal, que não cuidavam do direito das partes no particular de cada uma delas, mas, sim, de “a inteligência geral e perpétua da lei” em benefício comum. Aqueles assentos continham a interpretação da lei que os desembargadores deviam cumprir, sob pena de suspensão do cargo até o perdão do Rei, e procuravam transmitir o estilo da Corte aplicado ao costume do povo, o mais livre possível do *utrumque jus*, que eram os institutos romanos e visigóticos (ramo dos godos do Ocidente, que surgiu na região do Danúbio, no século IV, e que conquistou Roma, a Gália e parte da Espanha até ser submetido aos árabes em 711). Às Relações do Porto, Goa, Bahia e Rio de Janeiro foi atribuído o privilégio de proferir assentos. Pela *Lei da Boa Razão* só os assentos da Casa da Suplicação ficavam tendo autoridade, mas havia a possibilidade de os assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela Casa da Suplicação (SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 360-365).

A função dos assentos do Reino de Portugal foi de compor, pela interpretação, normas com valor de lei, aceitas segundo a boa razão, o beneplácito do Rei e o costume do povo.

Desde o século XIV, os reis de Portugal tiveram a necessidade de construir ordenações próprias, do que sucederam as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas. As normas eram expedidas, sem publicação, e direcionadas a seus

executores. As Ordenações Manuelinas foram o primeiro código do mundo a contar com difusão impressa.

As Ordenações Afonsinas, constituídas de coletânea de leis, são formadas de cinco livros, à semelhança dos Decretais de Gregório IX, datam do meado século XV, reinado de Afonso V, e mandavam aplicar, em sua omissão, o Direito Romano ou o Direito Canônico.

Pelas Ordenações Manuelinas, feitas, em primeira edição, no ano de 1514, com versão definitiva em 1521, foi determinado que, quando os desembargadores tivessem dúvida sobre o entendimento de alguma Ordenação, deviam submetê-la à Mesa Grande e dar a sentença conforme o entendimento desta. O entendimento que fosse tomado seria colocado no pelourinho para não se pôr mais em dúvida.

As Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 5, nº 5), ficaram prontas no reinado de Felipe I, que as sancionou em 1591, mas foram impressas e mandadas observar, em 1603, no reinado de Felipe II. Algumas de suas normas vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Nessas Ordenações, ficou escrito que os desembargadores que ficassem em dúvida sobre sua interpretação deviam apresentá-la ao Regedor para que este a submetesse à Mesa Grande. A interpretação obtida seria escrita no livro da Relação para que não houvesse mais dúvida. Caso os desembargadores da Mesa Grande mantivessem a hesitação, caberia ao Regedor dar conhecimento ao Rei, para que ele dispusesse a respeito. Os desembargadores que interpretassem de outra maneira as Ordenações ou dessem sentenças em algum feito, tendo dúvida no seu entendimento, sem ir ao Regedor, para que a Mesa Grande a desfizesse, seriam suspensos de suas funções até a mercê do Rei.

Além da necessidade da codificação, era preciso dar-se interpretação segundo o estilo da Corte e o costume do povo.

Segundo a Lei da Boa Razão, de 1769, editada pelo Marquês de Pombal, por ordem de Dom José I, os assentos destinavam-se a precaver, com sábias providências, as interpretações abusivas que ofendiam a majestade das leis, desautorizavam a reputação dos magistrados e tornavam perplexa a justiça dos litigantes, de forma que o sossego público não pudesse ser conservado no Direito e nos bens dos vassalos. Os raciocínios frívolos e os sofismas praticados pelos advogados seriam punidos com multa e suspensão dos graus, e aos advogados que emprestassem o nome para violação das leis seria imposto degredo para Angola.

3 Stare decisis

Os Estados Unidos e a Inglaterra têm modelos bem distintos de respeito aos precedentes dos tribunais. São estes construídos, mediante a contribuição dos juízes, nas instâncias inferiores, até alcançar quietude na jurisprudência das instâncias mais elevadas. Logo, é instituto democrático, aberto, ao contrário dos assentos impositivos

que procuravam transmitir o estilo da Corte. Produzem-se os *leading cases*. Daí advém o *stare decisis et non quieta movere*. Significa manter-se a jurisprudência firmada e não se mexer no que está pacificado.

A jurisprudência é adotada por simples remissão aos *cases*, p. ex., *Mahnich v. Southern S. S. Co.* A remissão ao *case* significa a adoção dos fundamentos e da conclusão do aresto, sem necessidade de indicação de número, nome de relator, datas de julgamento e de publicação, repertório etc., nem de repetição dos argumentos que formaram o precedente como acontece no Brasil (BENETI, Sidnei Agostinho. *O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos*. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 291-294).

Na efetivação do *binding precedent*, valoriza-se o fato de ter sido decorrente de uma série de casos, não tendo sido produto de caso isolado. Consideram-se os pesos dos votos divergentes e as circunstâncias da decisão.

Na sobrevida do *binding precedent*, podem ocorrer o *dissent*, o *distinguishing* e o *overruling*. Os membros do tribunal podem discordar da aplicação do *binding precedent*. Pela autoridade, a influência, a cultura de quem discorda ou dos que discordam, o *dissent* (dissentimento) de hoje pode vir a ser o *stare decisis* de amanhã. O *distinguishing* não é, propriamente, variação, mas indagação à *ratio decidendi* (razão pela qual se decidiu) do precedente tomado como paradigma para saber-se de sua identidade com a espécie submetida a julgamento. O *overruling* é o reconhecimento da falência do precedente, pelo tribunal que o produziu, ou pelo tribunal superior. Repugna aos juízes ingleses.

Em seu estudo da *stare decisis*, traduzido pela atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet, Edward D. Re adverte que, no *Common Law*, a doutrina é essencial para prestigiar a estabilidade e permitir o desenvolvimento de um sistema consistente e coerente (RE, Edward D. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, v. 73, p. 52). O *stare decisis* preserva a continuidade, manifesta respeito pelo passado, assegura igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupa os juízes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegura determinada medida de previsibilidade à aplicação da lei. Citando Henry Campbell Black, em seu *Law of judicial precedent*, tem o precedente como paradigma quando as suas circunstâncias, mediante análise aguda, repetem-se no caso em julgamento. O *stare decisis* foi esvaziado com a elaboração das leis à proporção que se reduzia o espaço para os precedentes.

Edward D. Re considera o peso de cada precedente segundo o fato de ser isolado ou em série de decisões bem fundamentadas. Admite a possibilidade de ter sido corroído por outras decisões que restringiram sua aplicação. Verifica se as alterações dos costumes o tornaram obsoleto. Levanta o grau de autoridade com que a Corte se manifestou, incluindo o valor de votos divergentes. Cita Allen, autor de *Law in the making*, considerando a hipótese de um julgamento errôneo, simplesmente porque a

parte sucumbente deixa de recorrer, geralmente pela boa razão de que não pode mais arcar com os ônus do litígio.

Os tribunais perdem quando os advogados e o público começam a admitir que nada do que foi dito em sentenças anteriores tem valor para a controvérsia atual, disse o Justice Roberts no caso *Mahnich v. Southern S.S. Co.*, acrescentando que, naquela hipótese, a disposição do tribunal em revogar decisões consideradas errôneas “tende a colocar as sentenças desse tribunal na mesma classe que uma passagem ferroviária restrita, que serve apenas para esse dia e esse trem”.

Agrada à doutrina, torna-se reconfortante ver um tribunal disposto a admitir francamente o seu erro. É melhor revogar, expressamente, a decisão, do que pretender segui-la e ainda criar distinções sutis toda vez que surgir o princípio geral aí envolvido.

O sistema do *Common Law*, contemporaneamente, toma em consideração a política legislativa expressa ou implícita na multidão de leis existentes, pois, como disse o juiz Holmes, da Suprema Corte americana, os juízes legislam e precisam fazê-lo, desde que o façam intersticialmente. Por isso Edward D. Re ensina a prevalência da política legislativa sobre o precedente jurisprudencial, levando em conta que, com a extensão das leis sobre quase todos os ramos do Direito, tanto público como privado, não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Acrescenta que, no sistema tripartite de governo, o tribunal deve ser fiel aos propósitos da política legislativa.

Por causa da relevante e, quem sabe, derogatória política legislativa, Erwin Griswold denunciou o que ele chamou de “avanço aos saltos e queimando etapas”. Para ele, a primeira decisão é destilada da linguagem da Constituição, mas a próxima interpretação é tirada da última decisão. As palavras da Constituição podem ficar tão distantes que serão virtualmente ignoradas, ao ponto de se exclamar que há uma sociedade livre, em que todas as coisas são feitas e em que o governo deixa as pessoas em paz. Tais caricaturas de Constituição não serão exercício apropriado do Poder Judiciário.

O Presidente Stone, da Suprema Corte americana, proclamou que não é função daquele Tribunal desatender a vontade do Congresso, no exercício de seus poderes constitucionais, e que a Suprema Corte tinha plena liberdade de alterar a lei, desde que se manifestasse fora da solução adotada pelo Tribunal.

Bernard Schwartz (*Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 198-201) reconheceu que, se, no passado, existia um “Governo dos Juízes”, a partir de Roosevelt o papel da Corte Suprema federal, que era exercido, amplamente, no controle de constitucionalidade das leis, alterou-se profundamente, admitindo a revogação específica de um grande número de decisões anteriores, algumas das quais eram centenárias na consagração pelo direito americano. Cita o

Juiz Brandeis, no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, segundo o qual a Corte curva-se às leis da experiência e à força do melhor raciocínio, reconhecendo que o processo de ensaio e erro, tão produtivo nas Ciências Físicas, é também apropriado na função judicial.

Pelo *stare decisis*, na Inglaterra, o Parlamento tem liberdade para elaborar uma lei e corrigir o erro judiciário da interpretação de outra lei.

O Ministro Adhemar Maciel pontua que, nos Estados Unidos, o *stare decisis* pratica-se para o direito privado (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o Judiciário americano*. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 283-288). O *binding precedent* somente se modifica pela política legislativa; tem-se o cuidado de, pela extrema rigidez do modelo constitucional norte-americano, não se interferir em matéria que, para mudança, gastaria a movimentação da pesada máquina da emenda constitucional.

4 Prejulgado

O art. 861 do Código de Processo Civil de 1939 permitiu que qualquer dos membros, câmara ou turma julgadora de tribunal pudesse promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecesse que sobre ela ocorria, ou poderia ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas. Eis aí o começo da Uniformização da Jurisprudência no direito positivo brasileiro.

Posteriormente, no ano de 1943, o *caput* do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho atribuiu ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma de seu Regimento Interno. Na redação original da CLT, o prejulgado era o pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, se esta reconhecesse que ocorria, ou que poderia ocorrer, divergência de interpretação entre os conselhos regionais do trabalho (correspondentes aos tribunais regionais).

Aí surgiu a força obrigatória do prejulgado, pois o § 1º do art. 902 fixou que, uma vez estabelecido o prejulgado, os tribunais regionais do trabalho, as juntas de conciliação e julgamento e os juízes de direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo. A revogação ou reforma do prejulgado ocorria sempre que o Tribunal Superior do Trabalho, funcionando completo, se pronunciasse, em tese ou em caso concreto, sobre hipótese do prejulgado e firmasse nova interpretação. Nesse caso, o acórdão que fosse produzido faria remissão expressa à alteração ou revogação do prejulgado.

Chamado a decidir sobre a recepção do prejulgado, pela ordem da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 1977, ao julgar a Representação nº 946, de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque,

considerou que a Constituição de 1946 e as que a sucederam não conservaram o prejudgado. Entenderam que a competência de interpretação de lei era do Supremo Tribunal Federal, que detinha competência exclusiva para processar e julgar representação interpretativa de lei (Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 119, inc. I, letra l).

Consideraram os ministros do Supremo Tribunal Federal que a norma da separação de poderes, como posta pela Constituição de 1946 e pelas que lhe seguiram, afastava a possibilidade de delegação de poderes, com exceção somente para os casos previstos expressamente pelo texto constitucional (Constituição de 1946, art. 36 e §§; Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 6º e parágrafo único). A Constituição de 1946 não consagrou, expressamente, a figura do prejudgado como mitigação da separação de poderes e delegação consentida.

5 Súmula da jurisprudência predominante do STF

A súmula da Jurisprudência Predominante do STF, organizada pela Comissão formada pelos ministros Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, introduzida pela Emenda Regimental de 26 de agosto de 1963, não se confunde com a súmula vinculante. Ao contrário desta, que é impositiva, a súmula da jurisprudência predominante visa orientar e servir de método de trabalho para os operadores do direito, como advogados, magistrados etc. Examinando o art. 15 da Emenda Regimental aqui referida, cujas prescrições interpretou como facultativas, Prado Kelly acentuou a ressalva da revisão e a recorribilidade mediante a interposição de agravo (art. 15, § 1º). Os ministros que organizaram a súmula explicaram que sua finalidade “não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes” (NORONHA, Jardel; MARTINS, Odaléa. *Referências da súmula do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Senado Federal, 1968).

O Ministro Prado Kelly, ao julgar, em 21 de março de 1966, a Petição de *Habeas Corpus* nº 42.958 – São Paulo (RTJ, 37/159-168), chamou a atenção para que “o Supremo Tribunal, desde a fundação da República, reputou inconstitucional o edito pretoriano” (Fr. 2. § 1º D. 1, 2; Mackeldey. *Elementos de direito romano*, §§ 30 a 32; KRUGER, P. *História, fontes e literatura do direito romano*, p. 35 e segs.) e o assento do Superior Tribunal de Justiça do Império (Decretos nºs 2.684, de 1875 e 6.142 de 1876; Lei de 18 de setembro de 1828, art. 19), na esteira dos assentos das casas de suplicação (Ord. L. 1º, Tít. 4 § 1º, Tít. 5, § 5º; Lei de 18 de agosto de 1769, § 4º; RIBAS. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 121 e segs.), por não ter o Supremo Tribunal Federal recebido tal poder nem do art. 59 da Constituição de 1891, nem do Decreto nº 848, de 1890, nem da Lei nº 221, de 1894.

No Império do Brasil, a Lei de 18 de setembro de 1828, que instituiu o Supremo Tribunal de Justiça como órgão máximo do Poder Judicial, atribuiu-lhe competência para enviar todos os anos ao Governo uma relação das causas que foram revistas,

indicando os pontos sobre os quais a experiência tivesse mostrado vício, ineficiência na legislação, as suas lacunas e incoerências, para que o Governo pudesse propor ao Corpo Legislativo tomar a resolução que fosse mais conveniente. Logo, em matéria legislativa ou normativa, a separação de poderes não permitia, na tradição brasileira, ainda que imperial, o ingresso do Judiciário na formulação de leis e de normas. Devia praticar, ao máximo, o papel de colaborador com os interesses da Nação, mediante proposta ao Corpo Legislativo, que poderia, ou não, atender à iniciativa.

Justificando a súmula da jurisprudência predominante do STF, Prado Kelly disse que foi cumprida a conveniência de evitar, quanto possível, a versatilidade nos julgados, tão censurada por Lafayette (*Direito das coisas*, prefácio, p. IX) e de restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica (BATISTA, Paula. *Hermenêutica*, § 51; BEVILAQUA, Clóvis. *Revista Trimestral*, v. 83, p. 338-9), sem se incorrer todavia nos perigos da estratificação abusiva nem da coerção reprovável. Daquela, porque já Ruy advertia: “Todo o aprender, todo o melhorar, todo o viver é mudar” (*Rev. do Supr. Trib.*, v. 91, p. 169); desta, porque já Pedro Lessa satirizou o vício da submissão constrangida aos arestos judiciais, em prejuízo da consulta aos grandes intérpretes do Direito Público federal, aos mais autorizados expositores do Direito Civil, do Comercial ou do Penal (Sessão de 11 de dezembro de 1920), tanto quanto estigmatizara a figura do “juiz legislador”, não prevista “pelos que organizaram e limitaram os nossos poderes políticos” (A idéia de Justiça em *Rev. Supr. Trib.*, v. 13, p. 103 e segs.).

Prado Kelly acrescentou que, sem tais defeitos, a síntese das decisões do Supremo Tribunal Federal, como “repertório de jurisprudência”, o mais valioso, o mais autorizado, a súmula presta inegável serviço aos profissionais do Foro.

O Ministro Aliomar Baleeiro indicou a praticidade da Súmula, porque basta a referência a seu item (enunciado) que este indicará o dispositivo legal a que se refere e os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que estabeleceram a jurisprudência preponderante, sem necessidade de provar-se a existência dos julgados acaso discrepantes (BALEIRO, Aliomar. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 34, p. 30).

O Ministro Victor Nunes Leal deu o testemunho de que, quando a Súmula foi lançada, para servir de método de trabalho à comunidade jurídica, houve grave resistência de setores da advocacia e da magistratura, especialmente de juízes mais novos ou de menor graduação, ciosos de preservar sua independência intelectual e com o receio de ficar imobilizado ou cristalizado o conteúdo dogmático da súmula. Não faltou quem, no foro do Rio de Janeiro, apelidasse a súmula de “túmulo”. Essa assertiva, feita há mais de quarenta anos, comprova a resistência própria a toda medida de progresso que se deseje incluir na estrutura cristalizada (LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 145, p. 6).

Seabra Fagundes, em parecer de 22 de outubro de 1963, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, advertiu para a necessidade de o STF estar aberto para a modificação dos enunciados da súmula, com o que evitaria a estratificação da jurisprudência.

José Frederico Marques justificou a súmula como forma de evitar que o STF divergisse continuamente de si próprio, embora o recurso extraordinário, a revista e o prejudgado tivessem sido feitos exatamente para resolver as antinomias jurisprudenciais. A paralisação do processo evolutivo do direito seria impedida pela possibilidade de alteração dos enunciados (*O Estado de São Paulo*, 4 de setembro de 1966).

A súmula acarretou importantes efeitos processuais, como os poderes de negar-se provimento ao agravo destinado à subida de recurso extraordinário, não se conhecer de recurso extraordinário, não se conhecer de embargos de divergência e rejeitar os infringentes, sempre que o pedido do recorrente contrariasse a jurisprudência compreendida na súmula. A decisão podia ser proferida por um só ministro, monocraticamente, com agravo regimental garantido à parte que se sentisse prejudicada.

No discurso pronunciado em Belo Horizonte, em 12 de agosto de 1964, Victor Nunes Leal disse que firmar a jurisprudência de forma rígida não seria um bem, nem mesmo seria viável. Reconheceu que a vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas ponderou a respeito da enorme diferença entre a mudança que é freqüentemente necessária, e anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência (*Revista de Direito Processual Civil*, v. 5, p. 71).

Propôs Victor Nunes Leal um meio-termo entre o assento português e a loteria judiciária das maiorias ocasionais, decorrente da perseverança esclarecida dos profissionais do Direito. Citando Sérgio Ferraz, a súmula não devia ser “nem a inteligência perpétua da lei pelos assentos, nem a virtual inoperância dos atuais prejudgados, nem por fim a anarquia jurisprudencial”.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 104.898/RS, de que foi Relator o Ministro Oscar Corrêa, pontuou que o caso e a condição de súmula não fazem inferir daí sua obrigatoriedade formal. Nem pretendeu o STF dar caráter normativo cogente à sua orientação, que não é lei. Havia a necessidade de assegurar-se respeito à jurisprudência sumulada da Corte, o que não importava em impedir o livre pronunciamento de juízes e tribunais, mas buscava-se efetivar a uniformidade jurisprudencial, essencial à boa distribuição da justiça.

Enfatizou Victor Nunes Leal que a súmula deve ser redigida tanto quanto

possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada à lei pelo Tribunal (LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 145, p. 11). Os enunciados da Súmula não devem ser interpretados ou esclarecidos quanto a seu correto significado, pois o que se interpreta é a lei ou o regulamento, e a súmula é o resultado dessa interpretação pelo STF. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.

6 Uniformização de jurisprudência

A legislação com a finalidade de uniformizar a jurisprudência dos tribunais em geral e fazê-la referência para julgamentos futuros, em obséquio do prestígio do próprio tribunal e da autoridade de suas decisões, ocorreu a partir dos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973, que institucionalizou o incidente de uniformização de jurisprudência.

Anteriormente, os arts. 853 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939 haviam instituído o embrião da Uniformização pelo recurso de revista, que se concederia para as câmaras civis reunidas, nos casos em que divergissem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, seria o recurso extensivo à decisão final de qualquer das câmaras, ou turmas, que contrariasse outro julgado, também final, das câmaras reunidas.

Com a aplicação da Uniformização de Jurisprudência, o tribunal dará seu pronunciamento prévio sobre a interpretação do direito para desfazer divergência entre seus órgãos fracionários, diante da verificação de que, na decisão recorrida, a interpretação fora diversa da que lhe haja sido dada por outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

A iniciativa do incidente é (1) do membro do tribunal, ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras; ou (2) da parte, mediante requerimento fundamentado, ao formular as razões do recurso ou em petição avulsa.

Reconhecida a divergência pelo órgão fracionário, este fará lavrar acórdão e remeter os autos ao presidente do tribunal, que designará sessão de julgamento, a qual será realizada após a distribuição do acórdão do órgão fracionário aos membros do tribunal ou do órgão especial que o substitui, quando houver.

O tribunal ouvirá o Ministério Público. Em seguida, por seus componentes, mediante votos fundamentados, emitirá a interpretação que entender ser a correta e que deverá ser observada. A decisão será tomada por maioria absoluta e constituirá precedente a ser observado para que os julgamentos seguintes adotem a interpretação

do tribunal.

Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas da jurisprudência dominante. Ditarão os efeitos da inclusão da tese jurídica na súmula do tribunal. Dependendo do texto regimental, a falta de observância da interpretação adotada pelo tribunal poderá ensejar reclamação, a qual deverá ser vista para, se for o caso, mandar que o órgão fracionário reveja seu julgamento e se conforme com a interpretação mandada observar pelo tribunal.

Embora o órgão fracionário, como o pleno ou o órgão especial, enuncie a vontade do tribunal, é certo que se exige que o faça nos limites regimentais.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) dispõe que o grupo de câmaras, a câmara ou a turma aplicará tese vencedora e decidirá o feito no tocante às questões não apreciadas (art. 452, § 2º).

Faltou ao Regimento Interno do TJMG incluir a irrelevância, para uniformização da jurisprudência, como o fizera para a arguição de inconstitucionalidade, em seu art. 248, § 1º, quando a matéria já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Superior do Tribunal de Justiça; for inequivocamente improcedente ou o julgamento puder ser feito independentemente da uniformização.

O Regimento Interno do STF, em seu art. 22, prevê que o relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver matéria em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário ou, ainda, quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

A diferença entre a súmula da jurisprudência predominante do STF e da súmula resultante da Uniformização de Jurisprudência está em que a primeira tem valor de referência para todos os tribunais e juízos do País. Já a Uniformização de Jurisprudência pretende constituir-se precedente a ser observado pelos julgamentos seguintes dos órgãos fracionários do tribunal. No primeiro caso, o STF oferece subsídios para que os juízes e os tribunais possam abreviar seus julgamentos e ser pragmáticos nas decisões a serem tomadas, sem prejuízo da liberdade de consciência, uma vez que poderão não acatar a súmula referência. Com a súmula da jurisprudência predominante não ocorre preocupação impositiva porque o STF teve a intenção de somente criar método racional de trabalho que evite a inconstância dos julgados e não desejou obrigar sua convicção aos demais tribunais. No caso da Uniformização de Jurisprudência, estão em causa o prestígio e a autoridade do tribunal, uma vez que o propósito é não permitir que as câmaras e turmas variem em suas interpretações a tal ponto que os jurisdicionados estejam inseguros quanto ao tribunal. Por isso, há relação imperativa na observância da jurisprudência do tribunal pelos respectivos órgãos fracionários.

Nos tribunais que funcionam mediante órgãos especiais (Constituição, art. 93, XI), é permitido a estes exercer a função do respectivo plenário, por se tratar de atribuição administrativa e, conjuntamente, jurisdicional aquela que uniformiza a jurisprudência. É jurisdicional à medida que dita o direito ainda que abstratamente. Enquadra-se como decisão administrativa por dizer respeito à organização da dicção uniforme do tribunal.

7 Representação para interpretação de lei

A Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que conteve a Reforma do Judiciário, feita durante o recesso forçado do Congresso Nacional, incluiu, na alínea *l* do inciso I do art. 115 da Constituição de 1967, competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Representação do Procurador-Geral da República destinada à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Prontamente, o Supremo Tribunal Federal introduziu, em seu Regimento Interno, as normas dos arts. 179 a 187, que dispunham sobre o processo e o julgamento da Representação. A partir da publicação da conclusão e da ementa do acórdão, no *Diário da Justiça da União*, a interpretação nele fixada teria força vinculante para todos os efeitos (art. 187).

Nesse instituto autoritário, revogado pela Constituição de 1988, encontra-se a raiz da expressão “vinculante”, que convertia o órgão supremo do Poder Judiciário em legislador positivo, pela interpretação, das leis e atos normativos federais e estaduais. Essa interpretação era prévia para ser aplicada aos casos concretos.

O Congresso produzia a quase-lei, e a lei propriamente dita vinha da interpretação do STF.

8 Avocatória

Ainda a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, fez crescer a alínea *o* ao inciso I do art. 119 da Constituição de 1967, segundo a qual cumpria ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferisse a pedido do Procurador-Geral da República, quando ocorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendessem os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide fosse devolvido ao Supremo Tribunal Federal. Eis aqui o embrião da suspensão de segurança, que se alastrou para outras medidas cautelares e urgentes, aos mesmos pressupostos.

A finalidade da Avocatória era suprimir as instâncias e reduzir o processo aos limites do STF, que formularia julgamento único, coerente e consistente, com a

responsabilidade de produzir decisão definitiva, sem os riscos da inconstância e dos equívocos dos julgamentos de juízes e tribunais inferiores. A advocatória foi inserida nos arts. 252 a 258 do Regimento Interno do STF.

A Advocatória foi duramente criticada por Sacha Calmon. Disse-a mecanismo que nada acrescentava à ação direta de inconstitucionalidade, nos efeitos *erga omnes*, e que estultice, má-fé ou ignorância a respeito dos mecanismos jurídicos de controle de constitucionalidade justificavam a intromissão do STF na competência de outros juízes e tribunais, com o pretexto de extirpar a balbúrdia criada pela execução forçada de decisões liminares, de primeira instância, muitas vezes dotadas de caráter satisfativo. Acrescentou que se tratava de versão surrada que renascia como solução racional para simplificar os julgamentos, na primeira e única instância do STF. Versão de água na fervura com que o Judiciário Federal de primeira instância, decidido e capaz, incomoda o Poder Executivo. Solução que comprometia, politicamente, o STF. Sacha entendeu que o STF devia priorizar as questões realmente importantes, especialmente as que podiam gerar milhares de processos idênticos, com o que impediria seu adentramento na instância do recurso extraordinário.

A avocação determinaria o conhecimento integral do litígio, pelo Supremo Tribunal Federal, salvo se a decisão se restringisse a questão incidente, caso em que o conhecimento se limitaria a sua matéria. Não caberia pedido de avocação se a decisão houvesse transitado em julgado ou admitisse recurso com efeito suspensivo.

À avocação seguia pesado processo em que o relator detinha o poder de indeferir, liminarmente, o pedido, quando não fosse o caso de avocação. Da decisão caberia agravo regimental. Quando o pedido não fosse, sumariamente, indeferido, as partes seriam ouvidas, nos autos principais, que seriam remetidos ao STF. A avocação seria definida, ou não, em sessão secreta (reunião em conselho), sem a presença das partes e do Procurador-Geral da República. O resultado do julgamento seria proclamado em sessão pública. Deferida a avocação, o julgamento seria processado, na forma do Regimento Interno, depois da realização do contraditório.

Trata-se de expediente que procurou ter semelhança com o *writ of certiorari*, mas que com este não se assemelhava em leveza e rapidez. No caso do *certiorari*, apresentam-se, anualmente, cerca de 15.000 petições, das quais 150 são aceitas para julgamento, quando quatro dos nove juízes da Suprema Corte tiverem permitido que os casos sejam levados à decisão. A maioria desses casos é decidida sem sustentação oral nem sentença, com apenas uma das duas palavras “confirmada” ou “reformada”.

O *writ of certiorari* ocorre com a exaustão da jurisdição recursal de tribunais competentes para decisões definitivas, em que o Direito Federal é bem mais restrito e os entes da federação possuem muito maior espaço autônomo. Já a avocação é expediente que interrompe a jurisdição originária ou recursal, geralmente tendo

oportunidade em tribunais que pronunciam decisões das quais se recorre sem o efeito suspensivo.

9 Ação declaratória de constitucionalidade

Papel assemelhado ao da Representação para interpretação de lei é o da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, introduzida pela Emenda à Constituição nº 3, de 17 de março de 1993, no art. 102, I, *a*, pela qual o Supremo Tribunal Federal converte-se em órgão de ratificação ou de negação da norma federal. Ora, toda lei presume-se constitucional, e o papel do STF, nesse caso, é o de atender a uma necessidade do Estado em volta do interesse pontual com a determinação da sorte de determinada lei ou ato normativo federal.

10 Súmula vinculante

10.1 Antecedentes da súmula vinculante

Haroldo Valadão apresentou, em 1961, anteprojeto de lei que se transformaria na Lei de Aplicação das Normas Jurídicas. Propunha que, “uma vez afixada interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta, torná-la-ia pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em resolução que os tribunais e os juízes deveriam observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente”. Essa tentativa não prosperou.

Por ocasião da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil, em 1964, Alfredo Buzaid propôs, em seu art. 518, que a decisão tomada pela maioria dos membros efetivos que integram o tribunal seria obrigatória. Acrescentou, no art. 519, que o presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixaria um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento teria força de lei em todo o território nacional.

A corrente que reputava inconstitucionais súmulas com caráter obrigatório foi vencedora. Assim, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, sucumbiu à supremacia absoluta da lei, já inserida no texto constitucional (art. 5º, II).

Ao tratar da Revisão Constitucional de 1993, seu Relator, Deputado Nelson Jobim, pretendeu superar o *casus belli*, da avisada ofensa à separação de poderes, dando-lhe configuração constitucional e retirando as expressões fortes “com o valor de lei”.

No voto em separado, o Senador José Eduardo Dutra considerou que a Súmula vinculante devia ser submetida ao Senado Federal, uma vez que a este a Constituição atribuiu competência para dar efeito vinculante às decisões das ações diretas de

inconstitucionalidade. Atento ao princípio da separação de poderes, o Senado, órgão de cúpula do Poder Legislativo e designado pela Constituição para atribuir efeitos *erga omnes* em ações constitucionais, seria chamado a conceder *agreement* a um ato eminentemente político, exercido por órgão do Poder Judiciário e com repercussão imediata sobre lei em tese discutida e elaborada pelo Poder Legislativo.

Quando a Ministra Cármen Lúcia (*Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997) examinou a minuta do parecer à Proposta de Emenda Constitucional nº 96, de 1992, que não continha expressões “com o valor de lei”, concluiu que, naqueles termos, a súmula não teria valor apenas de lei, mas força de Constituição, pois a matéria objeto dela seria exatamente a Lei Magna. Concluiu a Ministra que, para a modificação da súmula, nesse caso, apenas a emenda constitucional podia sobrevir, ainda assim nos limites do art. 60 da Constituição. O STF terá sido erigido à condição de órgão reformador da Constituição, com a possibilidade de criar normas constitucionais, sem participação alguma do cidadão, sem possibilidade sequer de mudança pelo processo legislativo infraconstitucional.

O art. 98, § 4º, da Constituição, na versão do substitutivo de proposta de emenda à Constituição, de que foi relator o Deputado Jairo Carneiro, datado de 16 de junho de 1996, configurava crime de responsabilidade para o agente político e acarretava perda do cargo para o servidor administrativo, sem prejuízo de outras sanções, para o caso de reiterado descumprimento da súmula com efeito vinculante. Tratava-se de evidente intimidação ao membro do Judiciário. Era caso de crime de hermenêutica, nas palavras de Rui Barbosa, que se encontrava a um passo do crime da liberdade. Rui defendera o Juiz Alcides de Mendonça Lima do delito de interpretação que, no pensamento do Superior Tribunal do Rio Grande, era caracterizado nos casos de dissídio entre os julgadores. Mencionara Rui ser reprovável a atitude de um tribunal de não reformar a decisão do juiz inferior, quando a interpretação injurídica negasse a um juiz os direitos que reconhecia a todos os seus membros.

10.2 Crítica à súmula vinculante

A Reforma do Judiciário utilizou expressões autoritárias, que dizem respeito a atos forçados, a verdadeiras correntes, algemas ou cadeias, ao contrário do espírito federativo, regente do Estado brasileiro, que expressa aliança (*foedus*). O art. 103-A da Constituição dispõe que o STF pode aprovar Súmula, quando devia ter-se referido a enunciado da súmula normativa. Estaria aí a expressar o conteúdo e a finalidade da súmula (norma) e o elemento individual que a compõe, que é o enunciado. Esse elemento, devidamente numerado, é que se cria, reforma e cancela. Sobre ele atua o Tribunal já que a súmula, como um todo, é perene e tende a permanecer. O enunciado não se confunde com o verbete. Este se encontra alinhado em ordem alfabética e remete ao número do enunciado da súmula, no *Índice por Matéria* que, também alfabeticamente, se divide pelos grandes ramos do Direito.

Fora estes aspectos conceituais, a súmula vinculante é criticada por atribuir

legislação a quem não é eleito pelo povo para legislar. Em verdade, toda atividade de execução, seja governamental, seja judiciária, implica interpretação da lei. A diferença da legislação e da aplicação está no caráter predominantemente inovador da primeira. Porém, basta que o texto necessite de interpretação para se ter nesta algo de novo. A diferença, portanto, não é ontológica, mas de grau de inovação. A súmula vinculante faz-se diferente das demais espécies de jurisdição por resultar de decisões reiteradas do órgão máximo do Judiciário, o STF, e somente deste. Sua concreção é distinta pelo fato de não implicar elemento de prova fática, mas simplesmente matéria de direito. Sua oponibilidade é contra todos os jurisdicionados por se tratar de verificação abstrata que prescinde de elementos de ordem pessoal ou específica.

À crítica da ofensa do preceito magno da separação de poderes responde-se que toda separação é entendida conforme sua descrição no texto constitucional. Desde que a própria Constituição admita o instituto não é possível questionar além da legitimidade da emenda constitucional que adotou o novo modelo, por não ser este proveniente do poder constituinte, ou seja, do texto original da Constituição.

Imagina-se também a possibilidade de mutação constitucional, ou seja, modificação da Constituição, fora do devido processo nela previsto. Entretanto, o escopo não é este, o de emendar a Constituição, quando se interpreta a norma constitucional. O trabalho do STF estará adstrito a dar o máximo de eficácia possível ao texto constitucional sem inová-lo substancialmente.

É verdade que a súmula vinculante não enfrenta nem resolve o problema localizado na absurda capacidade demandista do governo, que ocorre, especialmente, nas matérias previdenciárias, tributárias e administrativas, para as quais iria destinar-se a Súmula, nas primeiras cogitações de seu encaminhamento, no Congresso Nacional. Porém, será possível que, através da matéria constitucional, diversas questões infraconstitucionais daquelas ordens fiquem prejudicadas e, assim, parcialmente, sejam atendidos os objetivos em benefício da redução das causas movimentadas pelos governos.

Ocorre também a acusação de que a súmula vinculante restringe as possibilidades de defesa, em vez de ampliar as possibilidades e alternativas do serviço jurisdicional. A redução teria maior consequência caso implicasse restrição ao contraditório e à ampla defesa. A incidência desses desvios repercutiria sobre fatos. No caso de matéria jurídica, o risco é calculado, pois a decisão provém do mais qualificado Tribunal que não absolutamente hermético, porque aceitará, certamente, a revisão da Súmula quando houver motivos plausíveis e relevantes.

Indica-se também que os juízes tenham a diminuição de sua liberdade no julgamento. Corresponderia a súmula vinculante ao que o Ato Institucional nº 5 significou para a liberdade dos cidadãos. O argumento, neste caso, é *ad terrorem*. O Ato Institucional nº 5 procurou inibir movimentos políticos graves e criou medidas excepcionais para a crise. Não é este o caso da súmula. Limita-se a tornar dispensável

o trabalho dos juízes quando a questão estiver suficientemente amadurecida. Também não faltará receptividade do STF para os juízes novos que fundamentem bastante suas opiniões, em conferências, no magistério e até como *amicus curiae*, em cuja condição o Supremo admitiu, com proveito, ilustre magistrado de Minas Gerais, na questão relativa à competência da Justiça do Trabalho, como iremos ver no desenvolvimento deste tema. Estas considerações são extensivas à comunidade jurídica, por quem os membros do STF sempre tiveram bastante respeito.

Aceito duas críticas que são oportunas. Ao ensejo da criação da súmula vinculante, perdeu-se, pela omissão ou pela distração, a significativa ocasião de conferir aos tribunais dos estados competência para decisões definitivas para muitas causas que não dependem de reexame no Distrito Federal. Refiro-me ao direito local que, segundo a descrição da autonomia do Estado federado, não devia ser revisto por tribunal federal exceto em matéria de ofensa à Constituição. Explico-me ainda com a afirmação de que possível divergência entre o direito local e a lei federal não tem natureza infraconstitucional, mas é, necessariamente, questão constitucional, por ferir matéria típica da Constituição, que é a repartição de competências.

A segunda crítica que aceito é de que, como posta, a súmula vinculante não diminui o acúmulo do serviço do STF quando lhe acrescenta à rotina o instrumento da reclamação com as finalidades da preservação de sua competência e da garantia da autoridade de suas decisões e de suas súmulas vinculantes, para o que o Regimento Interno, nos arts. 156 e 162, dispõe de pesado mecanismo procedimental.

10.3 Formato da súmula vinculante

A súmula vinculante requer enunciado curto, direto e claro. O enunciado não deve conter mais de uma tese e contemplar distintas instituições jurídicas. Não deve ser exaustivo ao ponto de dispor sobre uma conduta e abrirem-se inúmeras exceções. Não pode resolver sobre fatos que dependam de dilação probatória. O Ministro Victor Nunes Leal dizia que, quando o enunciado da súmula não é claro, quando requeira interpretação de interpretação, tem de ser cancelado, porque descumpre sua finalidade.

A aprovação da súmula vinculante efetiva-se por decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (8 dos 11 Ministros). Já se disse que basta um voto vencido de ministro do STF para que se tenha como não amadurecida a tese, nem pacificada a doutrina do tribunal. Não é raro que o voto vencido de um ministro, hoje, se torne a jurisprudência do tribunal no futuro próximo.

É natural que o tribunal tenha de funcionar por maioria de votos, para evitar impasses. Afinal, a maioria é a tônica dominante do regime democrático. Os tribunais, como o Judiciário, são instituições democráticas. Porém, para a excepcional função de estabelecer a forma de decidir de todos os juízes e tribunais, a responsabilidade é tão grave que não se deveria decidir por maioria. Como faz a

Suprema Corte dos Estados Unidos, para assuntos fundamentais, os ministros trocam memorandos entre si até que seja obtido o consenso.

Ainda que o art. 103-A da Constituição permita a súmula vinculante pela aprovação de dois terços dos ministros, devia ser sobrestada até a obtenção da unanimidade. O Tribunal prestará um favor à nação ante a necessidade de que seja isonômico o tratamento que se sabe aplicável a todos os litígios.

Embora a maioria seja suficiente para a definição democrática, no caso da súmula vinculante, tão forte e definitivo é seu papel que os ministros deviam aguardar a melhor oportunidade do consenso que costuma suceder à capacidade de troca de memorandos que não deve sofrer limite de esforços e de persistência.

10.4 Pressuposto da súmula vinculante

Deve ocorrer controvérsia atual, presente, não superada, entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

A insegurança jurídica existe porque os juízes não se entendem. Decidem de forma contraditória e conflituosa, causando desgaste à autoridade da Justiça. As pessoas ficam sem o direito de planejar o futuro porque as decisões judiciais se tornam imprevisíveis. A súmula vinculante destina-se a dar segurança ao povo com jurisdição previsível.

10.5 Iniciativa de súmula vinculante

A aprovação, a revisão ou o cancelamento da súmula poderão ser provocados por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (Constituição da República, art. 103-A, § 2º). Perdeu-se aí grande oportunidade de inclusão da comunidade jurídica, mediante audiências públicas, com o intuito de aperfeiçoamento da jurisprudência, à semelhança do que se fez, pioneiramente, em 20 de abril deste ano, com a participação de renomados cientistas, para a discussão das normas da Lei da Biossegurança que permitem a utilização de células-troncos de embriões humanos em pesquisas e terapias.

A Constituição deixou em aberto, logo no início do § 2º do art. 103-A, o avanço da lei com o objetivo de ampliar a participação da comunidade jurídica. A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, não soube aproveitar bem a oportunidade. Porém teve a virtude de estender ao Defensor Público-Geral da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares a iniciativa para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Atribuiu as mesmas iniciativas

também ao Município, através do uso de incidente em processo de que seja parte, sem direito à respectiva suspensão.

10.6 Objeto da súmula vinculante

O objeto da súmula é a validade, a interpretação e a eficácia da norma. A validade diz respeito à adequação da norma à Constituição. A interpretação é a obtenção do sentido correto para as palavras da lei. A eficácia é a consecução, pela lei, dos objetivos que foram anunciados na apresentação do projeto e na elaboração legislativa.

Com a súmula vinculante, o Brasil produz o reverso do *stare decisis* dos Estados Unidos, que não avança em matéria constitucional, porque, dada a natureza rígida da Constituição, acarreta a petrificação da súmula. Somente a emenda constitucional poderia desfazer a grande lei em que se tornaria a súmula. A Constituição brasileira escolhe exatamente a matéria constitucional para nela construir a súmula vinculante. Dessa forma, a súmula brasileira engessa o repertório legislativo, estendendo a ordem constitucional ao campo da súmula.

10.7 Finalidade da súmula vinculante

A súmula vinculante destina-se à reconciliação dos juízes e à pacificação da jurisprudência. Da mesma forma que o governo pode estabelecer instruções normativas para aplicar as leis, o STF produz súmulas, sem o objetivo de fazer lei interpretativa, mas com o propósito de traçar o modo com que as leis serão executadas nos casos contenciosos. A separação de Poderes ocorre no contexto constitucional que dispõe sobre o livre exercício de cada um. Os tribunais não exercerão a devida jurisdição caso não possam processar e julgar as pessoas públicas que são as responsáveis pela maior parte de seu movimento.

10.8 Descumprimento da súmula

O resultado do descumprimento da súmula é patético. Acarretará reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial e, além disso, determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (§ 3º).

Basta que não se aplique a súmula, ou que seja aplicada indevidamente, para ser aberta jurisdição originária no Supremo Tribunal Federal, que terá a sobrecarga de processar e julgar reclamações contra qualquer instância administrativa ou judicial.

É essa inovadora e promíscua competência disciplinar *per saltum* que congestionará, intensa e rapidamente, o Supremo Tribunal Federal, com inúmeras petições de reclamação.

A reclamação constitui procedimento longo, com requisição de informações da autoridade, impugnação de qualquer interessado, suspensão ou remessa do processo em que se tenha verificado o ato reclamado e audiência da Procuradoria-Geral da República (Regimento Interno do STF, arts. 156 a 168).

É verdade que, em Substitutivo para a PEC nº 96, pretendeu-se limitar a súmula vinculante a decisões definitivas de mérito, podendo ser extraída de decisão interlocutória. Podem ocorrer também casos de reclamação nesse tipo de decisão, em qualquer instância judicial ou administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, que se comunicava, em geral, com os tribunais superiores ou com os tribunais dos estados, torna-se destinatário de qualquer instância que repercuta na matéria sumulada.

10.9 Cidadania e ampliação de direitos

A cidadania é fazer ampliar os direitos dos cidadãos. Súmula que constrange o cidadão e limita seu poder de questionar a decisão judicial não é solução plausível para a crise (excesso de serviço) do Poder Judiciário, mas amputação de possibilidades judiciais (concretamente com relação à realidade atual), com exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito, em detrimento da garantia constante do art., 5º, XXXV, da Constituição.

Usada com fartura, a súmula vinculante desvaloriza a imensa base da carreira bem organizada da tecnoburocracia judiciária do Brasil. Não equaciona o problema do juiz da primeira instância, senão finca-lhe cabresto normativo, para que se torne repetidor de decisões alheias, deixando-lhe atrofiar a capacidade criadora e indicando-lhe a perda de *élan* pelo estudo. Repetidores da súmula, quais serão, da Magistratura, os que farão novas súmulas a longo prazo?

É necessário fixar que o paradigma adotado pela Emenda nº 45 foi modelo de uso excepcional. A prática autoritária assemelha-se a um remédio radical, como a intervenção federal, aplicada em casos extremos, para salvar a federação. Nesses limites, bem calculados pela Reforma do Judiciário, a súmula vinculante será justificada pela ação refratária à prodigalidade, cautelosa e restrita do STF, como convém às medicações de grandes efeitos colaterais. Na dosagem certa, do mínimo que for indispensável, a súmula vinculante deixa de ser estorvo à advocacia, violação à liberdade do magistrado, para se tornar instrumento de sobrevivência, que se rege pelo estado de necessidade.

É também indispensável que um tribunal, não acostumado a efetivar referências a sua jurisprudência dominante, a ele disponível, há mais de quarenta anos, modifique sua postura de inércia para verificar e identificar os raros casos de necessidade da súmula vinculante.

A súmula vinculante, em vez de significar ofensa à liberdade de decidir, facilita, simplifica e engrandece o trabalho do juiz, pois, pela indicação de seu número, adotam-se os fundamentos e a ementa do mais alto tribunal brasileiro, que se convertem na base das decisões de todos os membros da Magistratura.

10.10 Riscos da súmula vinculante

O futuro da súmula vinculante está a depender do sabido tirocínio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com sua edição. Não se pode abstrair disso que a maior carga dos trabalhos judiciários é criada pelos entes públicos. Quando escrevi a respeito da súmula vinculante *in fieri*, adverti para o objetivo que poderia ter o Congresso Nacional de fazer concentrar seu esquema de pressão sobre o Supremo Tribunal Federal. Essa pressão poderia significar a tentativa da liberação célere de providências polêmicas de interesse do governo, como ocorreu com a ação declaratória de constitucionalidade. Não se pode negar que os políticos poderiam objetivar também a jurisdição *per saltum*, com a supressão da participação dos juízes e dos tribunais, na expectativa da adoção de decisão definitiva a favor do governo. Essas conjecturas são superadas pelo índice de confiança que, tradicionalmente, merecem os componentes do STF e pela manutenção que, no futuro, possam fazer dessa credibilidade, na qual se deposita o fundamento de sua própria autoridade.

Em meu trabalho anterior, manifestei preocupação para com a preocupação dos membros do Supremo Tribunal Federal, extremamente acumulados pelo estoque de processos repetitivos, apesar da grande produção que conseguem efetivar constantemente. Para esse estoque, a inovação parece-me neutra, uma vez que não poderá significar redução da ampla defesa na modalidade prevista no estatuto anterior. Ainda, para os processos já existentes em instâncias inferiores, a ressalva tem sentido, uma vez que a vigência imediata da lei processual não poderia sacrificar a ampla defesa do modelo anterior.

A súmula vinculante poderá ser útil ao governo, o principal ocupante do acervo judiciário, quando os precedentes sumulados lhe forem favoráveis. Nesse caso, a decisão será massivamente aplicada. Porém, será desastrosa a súmula quando for contrária ao governo e precipitar-lhe condenações em série, especialmente quando não tiver por alvo execução de obrigação de pagar, em que o Poder Público se vale da procrastinação do sistema dos precatórios, mas redução da receita tributária. Nesses casos, a tendência é que se evite o confronto, com o que se favorece a inércia e a tendência conservadora, para não prevalecer o mal da crise entre as instituições. Aí o jurisdicionado sai fatalmente prejudicado, uma vez que a ação governamental, ou a reação, não seria radical em face de ações isoladas.

Em seguida a esses riscos fundamentais, seguem aqueles de ordem operacional. O primeiro deles, já enfrentado pelo Ministro Victor Nunes Leal, é o de enunciados que demandem interpretação, por não serem suficientemente claros e por não evidenciarem seu propósito sem necessidade de esforço na procura de sua

significação. O segundo risco será o do enunciado equívoco, que seja plurissignificativo e que enseje mais de um significado.

Pela natureza do STF, admite-se a tendência de que a matéria a ser versada pela súmula vinculante não seja melindrosa, de tal modo que possibilite o risco de ruptura institucional. Certamente, a preocupação do STF será de ordem didática, com o anúncio à comunidade jurídica daqueles casos através dos quais, com serenidade e reiterados pronunciamentos, se formou sua jurisprudência. Aqui está a importante distinção que deve existir entre o traçado da súmula vinculante e o da ação declaratória de constitucionalidade. Esta é uma ação de oportunidade e de ocasião. A súmula há de ser o coroamento de trabalho livre de qualquer preconceito ou contingenciamento.

11 Súmulas administrativas

A reeducação dos hábitos governamentais, para que sejam praticadas súmulas administrativas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, dos quais os diversos órgãos de representação judicial das pessoas públicas recebem orientação normativa e supervisão técnica, a fim de não recorrerem a decisões baseadas na jurisprudência iterativa do STF, ou, nos casos de direito local, do respectivo tribunal de justiça, tem prioridade sobre a súmula vinculante.

Fala-se bastante da súmula impeditiva de recursos como alternativa à súmula vinculante. Não vejo diferença fundamental entre ambas, já que sua finalidade comum é evitar recursos inviáveis e temerários. Seu efeito é sentido ao final do processo, quando se abre a etapa para o recurso excepcional (extraordinário ou especial). Nessa fase, o processo já consumiu dois, três ou mais anos. Já a súmula administrativa rege decisão de não ingressar na Justiça. Mediante ela, a decisão administrativa é valorizada, e a proclamação federativa é reafirmada.

Devem ser suprimidas as normas que impedem as repartições públicas de estender as decisões reiteradas aos demais destinatários da norma, súmulas administrativas passarão a ter prioridade, para que possam impedir ações, contestações e recursos procrastinatórios, já que a maior parte do movimento dos tribunais é das pessoas públicas.

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, em seus arts. 4º, XIII, e 43, deu competência ao Advogado-Geral da União para exercer orientação normativa e supervisão técnica, mediante a edição de súmula administrativa de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos da representação judicial da União, das autarquias e das fundações públicas federais. No período de quatorze anos da vigência dessa lei, tem-se notícia da emissão de apenas vinte súmulas administrativas.

No Estado de Minas Gerais, o art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 29 de dezembro de 2003, estabeleceu que compete ao Advogado-Geral do Estado emitir

súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores da União ou, nos casos de direito local, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, as quais serão de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais. Pelo que consta, somente oito súmulas administrativas foram editadas. A Súmula Administrativa nº 8 cancelou a de nº 2.

Sabemos que integra a cultura da advocacia pública, como do funcionalismo em geral, o esgotamento das vias recursais, por temor da proibidade administrativa, ou seja, receio de ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública. A insegurança que grassa na Administração Pública, pela indiscriminada e, às vezes, infundada perseguição policial, leva-a ao uso de todos os meios para que não possa ser acusada de omissão. Essa exaustão pode constituir litigância temerária.

A súmula administrativa, quando raramente editada, não afugenta a litigância temerária nem a advocacia contra literal disposição de lei, que o Estatuto da Advocacia considera infração disciplinar (Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994, art. 34, VI). Em verdade, não tem sido usada para fazer prevalecer a decisão de governo, na forma da jurisprudência predominante, nem para determinar o respectivo acertamento a essa jurisprudência. Limita-se à dispensa dos últimos recursos, ao longo ou ao final de uma travessia desnecessária.

É fundamental que a Constituição não só disponha sobre a súmula vinculante, mas principalmente sobre a obrigação do administrador público de formular súmula administrativa para impedir demandas, contestações e recursos procrastinatórios, que não servem ao exercício do acesso ao Poder Judiciário, mas constituem abuso de direito a esse acesso. Enquanto não ocorre a previsão constitucional, os administradores públicos têm a obrigação de valer-se do poder de autotutela para evitar não só recursos temerários, como também o ingresso desnecessário na Justiça.

A indicação que faço certamente não passou despercebida ao administrador público mais esclarecido nem ao legislador. Em verdade, ocorre, é certo, o interesse deste pelo alongamento do processo com a finalidade de prorrogar indefinidamente o cumprimento de obrigações da Fazenda Pública, tendo em vista a escassez dos meios de pagamento.

A pendência judicial oferece também saída, de duvidosa lealdade, para o registro dos fatos contábeis, pois, ao contrário do que acontece nas empresas privadas, a Contabilidade Pública não faz registrar as contas de compensação relativas às contingências do setor público. Existe, ao contrário, norma da Contabilidade Fiscal, que manda registrar os haveres junto ao Estado como realizável, jamais como ativo circulante, ante a difícil liquidação das obrigações estatais. O uso indiscriminado do acesso ao juízo ajuda a mascarar a saúde das contas públicas.

12 Proclamação federativa

A proclamação do Estado federativo, de 15 de novembro de 1889, indevidamente chamada de pacto federativo, ante a influência do modelo americano, passa pela confiança nos órgãos judiciários, para que os tribunais de justiça produzam decisões soberanas e definitivas no âmbito da respectiva competência.

Na primeira Constituição Republicana (art. 61), as decisões dos juízes e dos tribunais de justiça dos estados nas matérias de sua competência punham termo aos processos e às questões, salvo quanto a *habeas corpus* ou espólio de estrangeiro, quando a espécie não estivesse prevista em convenção ou tratado. Nos dois casos, haveria recurso voluntário para o STF.

O valor de sentenças definitivas às decisões dos tribunais dos estados é reconhecido e aborta recursos temerários que tornam o Poder Público o responsável pela maior parte das litigâncias temerárias que ocupam o STF.

É verdade que a autonomia dos estados federados encolheu bastante em relação à forma federativa proclamada. Constituições supervenientes tiveram tendência centralizadora. Mas não se pode chegar ao absurdo - que tem sido praticado pelas leis de processo - da admissão de recursos, quando os tribunais dos estados decidem sobre matéria pacificada pela jurisprudência do STF. A previsão de recursos, nesses casos, significa colaboração do legislador ordinário com o entulho de recursos protelatórios e da litigância temerária de que se tornou presa e vítima o próprio STF.

A verdadeira federação passa pela existência de apenas dois graus de jurisdição. O motivo da criação do Superior Tribunal de Justiça e de sua pesada parafernália decorreu exclusivamente da falta da realização da federação em nosso País. Em vez de aprimorar a federação, optaram os constituintes de 1988 por introduzir o enorme custo da terceira instância, quando a verdade da federação determinaria o respeito às particularidades regionais e o fortalecimento dos governadores.

No trabalho que o Instituto dos Advogados de Minas Gerais ofereceu à Comissão Afonso Arinos, para a elaboração do texto constitucional que está em vigor, sustentamos que o STF não devia sofrer alteração, para diminuí-la no âmbito da lei federal e concentrá-la no juízo da inconstitucionalidade, dando primazia à Corte Constitucional, como preconizava o Projeto. Entendíamos que o STF não devia ser sacrificado em sua condição de Tribunal da Federação e, a um só tempo, intérprete conclusivo da Constituição e da lei federal, como vinha fazendo em quase um século de experiência constitucional republicana. Defendemos que o STF devia ter sido mantido com sua competência tradicional, com duas providências correlatas: o aumento do número de ministros (desapegando-se do fetiche americano) e a divisão do tribunal em turmas, com competência especializada e poder de decisão final, salvo em matéria constitucional, que permaneceria no Pleno.

13 Recursos procrastinatórios

Se, ao pretexto de realização da ampla defesa, o recurso extraordinário tem sido banalizado, sua interposição há de ser radicalmente vedada, quando a matéria integrar a súmula vinculante, a qual será de acato obrigatório, pelo próprio STF. Por isso existe procedimento formal previsto pela Constituição para o cancelamento da súmula.

É indispensável também suprimir recursos procrastinatórios, como agravos de instrumento, agravos regimentais e reclamações, quando a súmula tenha sido posta. Sabe-se que, no caso do recurso extraordinário, o agravo somente incorreu em seu processamento quando o Supremo Tribunal Federal o incorporou ao processo, com fundamento no art. 869 do Código de Processo Civil de 1939, que atribuiu ao Regimento do STF dispor sobre o extraordinário. Segundo o Ministro Aliomar Baleeiro, a norma do Código afastava o discricionarismo judiciário antes de previsão constitucional expressa (Agravo nº 40.339. Acórdão de 30 de maio de 1967. *RTJ* 42/177). Infelizmente, o Código de Processo Civil de 1973 banalizou o agravo, tornando-o veículo de condução do recurso extraordinário quando for evidente a inadmissibilidade deste.

O agravo de instrumento contra o juízo de inadmissão do recurso extraordinário, nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil de 1973, copiado do art. 313 do Regimento Interno do STF, representa maltrato para com a jurisdição local, é um trambolho do processo e constitui óbice grave para que a súmula vinculante atinja seus reais objetivos.

A prática desmesurada do duplo grau de jurisdição, que passou a ser dogma da jurisdição, sem ser garantia constitucional, representará, nesse caso, desprestígio não só para o tribunal local, mas também para o domínio absoluto da súmula vinculante.

14 Súmula vinculante 1

Destinou-se a impedir a quantidade de recursos, que podia chegar a trinta milhões. Esse é o número de brasileiros que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, fizeram acordo com a Caixa Econômica Federal, como previsto pela Lei Complementar nº 110, de 2001, para o recebimento, em parcelas, das diferenças relativas aos pagamentos feitos a menor das correções monetárias expurgadas e relativas ao Plano Verão (42,72%), em janeiro de 1989, e ao Plano Collor (44,80%), em abril de 1990.

As Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro baixaram o Enunciado nº 21, segundo o qual o trabalhador teria direito às diferenças do FGTS porque os acordos que celebraram seriam nulos, uma vez que o trabalhador não contava com a celeridade dos juizados especiais e os assinara para evitar a demora da justiça comum. A superveniência dos juizados especiais teria sido

fato imprevisível. Também se sustentou que o trabalhador não havia sido suficientemente informado, fora enganado pela propaganda do governo e não conhecia conceitos básicos para a transação.

A súmula vinculante pacificou a jurisprudência, ao dispor que aqueles acertos constituíram atos jurídicos perfeitos e não podiam ser desconsiderados sem a devida ponderação das circunstâncias do caso concreto, ou seja, sem dilação probatória. Os precedentes da súmula foram RE 418.918, Rel.^a Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1º.07.2005; RE 427.801-AgR-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 02.12.2005; RE 431.363-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 16.12.2005.

A súmula vinculante nº 1 atendeu, formidavelmente, ao pressuposto de resolver situação de ações multitudinárias em quantidade sem precedentes. Ações sem a menor possibilidade de êxito, uma vez que se fez *tabula rasa* da garantia constitucional do ato jurídico perfeito, foram aplicadas, indevidamente, em matéria administrativa (FGTS), normas do Código do Consumidor.

Praticou-se o abandono de conceitos fundamentais do Direito Civil, segundo os quais o desfazimento de ato jurídico, por vício de consentimento, ocorre em termos de anulação, que não coincide com a nulidade de pleno direito e torna indispensável a dilação probatória, não podendo ensejar julgamento antecipado do processo, por não ser matéria apenas de direito.

15 Súmula vinculante 2

Conceituou como inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Os precedentes do Tribunal, citados como base dessa súmula, foram ADI 2.847/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26.11.2004; *DJ* de 24.02.2006; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 22.09.2006; ADI 2.996/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29.09.2006; ADI 2.690/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 20.10.2006; ADI 3.183/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 20.10.2006.

Essa súmula não ingressou, como a primeira, em seara de recursos multitudinários. Foi justificada pelas denúncias de prevaricação, que têm ocupado as páginas policiais da imprensa nos últimos meses. Como o entendimento sobre os jogos de azar já havia sido pacificado pela jurisprudência do STF, a súmula teve finalidade pedagógica e de impacto publicitário ao repúdio do alto Tribunal ao desrespeito à lei e aos abusos judiciais.

A redação da súmula não foi feliz. O art. 32 do Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, convalidou loterias criadas por leis estaduais. Certamente, a súmula não pretendeu encerrar as atividades de loterias antigas, criadas por leis estaduais.

16 Súmula vinculante 3

A Constituição de 1988 exigiu a ampla defesa e o contraditório para qualquer tipo de processo, e não apenas como a Constituição anterior que, ao referir-se a acusados (art. 153, § 15), entendia que era para o processo penal. Ora, anulação, pelo Tribunal de Contas da União, ou por qualquer tribunal de contas, de ato administrativo que tenha beneficiado alguém - e que acarreta decréscimo patrimonial para o antigo beneficiário - constitui processo em que a Constituição exige ampla defesa e contraditório.

A súmula foi firmada nos precedentes do MS 24.268, Rel.^a orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 17.09.2004; MS 24.728, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 09.09.2005; MS 24.754, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 18.02.2005; MS 24.742, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 11.03.2005.

No julgamento do Mandado de Segurança 24.754-1, do Distrito Federal, julgado em 07.10.2004 e publicado no *DJ* de 18.02.2005, o Ministro Marco Aurélio deixou claro que não se aplicavam a garantia da ampla defesa e do contraditório ao ato complexo do registro de aposentadoria ou reforma, por não se tratar de processo litigioso.

A súmula vinculante nº 3 é incompleta porque se limitou ao Tribunal de Contas da União, dando margem ao equívoco em sua compreensão. A pior parte da súmula é aquela em que abre exceção para a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, exatamente ao fundamento de que não constitui processo, mas é a segunda parte de ato administrativo complexo.

A colocação da exceção a caso que não é de processo, premissa maior da regra, calhou mal. Certamente, o STF não pretendeu abrir exceção do contraditório e da ampla defesa para algum tipo de processo. Se o Tribunal tivesse a pretensão de afirmar que, em caso de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, por não ser processo, não é obrigatória a ampla defesa e o contraditório, devia ter aberto súmula independente a este respeito.

17 Súmulas sobrestadas

Pelo que constou das notícias do STF, editar-se-iam outras quatro súmulas vinculantes, as quais não obtiveram liberação, no momento da edição dos primeiros exemplares:

I) Súmula 3 - Competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador ou a previdência, inclusive aquelas nas quais, ao tempo da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, ainda não havia sido

proferida sentença de mérito em primeiro grau.

II) Súmula 5 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

III) Súmula 6 - É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

IV) Súmula 7 - São constitucionais a Lei nº 9.715/98, bem como o art. 8º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.718/98, que só entrou a produzir efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999.

18 Competência da Justiça do Trabalho

A súmula que teria o nº 3 era a que reconhecia competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador ou a previdência, inclusive aquelas nas quais, ao tempo da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, ainda não havia sido proferida sentença de mérito em primeiro grau.

Tal enunciado contém várias impropriedades. A primeira delas é a referência aos danos materiais como danos patrimoniais, em seguida à especificação dos danos morais. Sabido é que a noção de patrimônio é ampla, inclui danos morais e materiais. Na correta redação, deviam seguir aos danos morais aqueles que são materiais.

A segunda impropriedade é a referência à previdência, em seguida ao empregador. Subentende-se a previdência social. Mas o subentendimento não é forma adequada para súmula, além de implicar redação casual ou informal, inadequada à autoridade da fonte, que é o STF.

O julgamento do CC 7.204/MG, Relator o Min. Carlos Britto, em 29 de junho de 2005, teve excepcional significado para a história do STF.

Primeiramente, serviu para mostrar a importância de um *amicus curiae* de qualidade. Graças ao trabalho bem fundamentado e documentado formulado pelo Dr. Sebastião Geraldo de Oliveira, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal modificou, radicalmente, a posição que assumiu três meses antes, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 438.639/MG, julgado em 9 de

março de 2005, no qual ficaram vencidos somente os Ministros Carlos Britto, Relator, e Marco Aurélio.

O episódio que envolveu ambos os julgamentos confirma a importância dos votos vencidos dos ministros do STF. Em três meses, dois votos vencidos e isolados converteram-se na jurisprudência do STF.

Na oportunidade do primeiro julgamento, pensou-se em recolher o material para a primeira súmula vinculante.

O equívoco, confessado e reconhecido, foi gerado pelo engano do Ministro Carlos Velloso, de que a Justiça do Trabalho não estaria aparelhada para receber os milhares de processos que lhe seriam encaminhados como consequência do reconhecimento de sua competência para processar e julgar as ações de indenização por dano moral e material decorrente de relação de emprego.

Ocorreu também lapso na suposição de que muitas seriam as ações acidentárias, quando não se sabia que, por razão da modificação da política legislativa, os valores do benefício previdenciário foram equiparados aos da indenização tarifada do acidente do trabalho, o que esvaziou as antigas varas de acidentes de trabalho.

O *amicus curiae*, além de demonstrar e provar o engano do Ministro, sustentou que a competência da Justiça do Trabalho seria não só para as ações indenizatórias movidas pelo empregado contra o empregador, mas também contra a previdência social.

A preocupação manifestada pelo STF foi com a consistência, a coerência e a unicidade das decisões do Judiciário. Conforme o teor do § 3º do art. 109 da Constituição, as causas em que forem parte instituição da previdência social e segurado deveriam ser processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários.

Entretanto, a nova redação do inciso I do art. 114 da Constituição, decorrente da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, excepcionou o referido § 3º do art. 109, ao determinar que as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho.

A terceira impropriedade é jurídica. Os precedentes que lastrearam a súmula, a Ação Cautelar nº 822, Relator o Min. Celso de Mello, julgada em 1º de julho de 2005, publicada no *DJ* de 20 de setembro de 2005; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 540.190-1 São Paulo, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgado em 18 de outubro de 2005 e Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 529.763-0 Bahia, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgado em 25 de outubro de 2005,

interpretaram o efeito *ex nunc*, atribuído ao julgamento do CC 7.204/MG, Relator o Min. Carlos Britto, para fazer aplicar o entendimento gerador da súmula somente às ações ingressadas em juízo após a vigência da Emenda à Constituição nº 45, de 2004 (Reforma do Judiciário), exatamente para “impedir que, por razões de ordem formal, sobreviesse injusto gravame à posição jurídica do hipossuficiente naqueles casos em que este houvesse apresentado a ação de indenização, contra o empregador, perante a Justiça Estadual” (expressões bem postas pelo Min. Celso de Mello, na decisão interlocutória da Ação Cautelar nº 822 Minas Gerais).

Piorando o teor do efeito *ex nunc* dos precedentes, a redação da súmula ressalvaria apenas em parte a posição dos hipossuficientes, pois mandaria para nova jurisdição, a da Justiça do Trabalho, as ações distribuídas antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com exceção apenas para aquelas em que já houvessem sido proferidas sentenças de mérito de primeiro grau. A versão da súmula era extremamente injusta, pois daria amparo somente a parte dos hipossuficientes, sem razão jurídica ou isonômica para os distinguir daquela forma.

O efeito *ex nunc* foi proposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência 7.204/MG, e prontamente aceito pelo Relator, Ministro Carlos Britto. O Ministro Sepúlveda Pertence foi sensível aos efeitos devastadores contra os hipossuficientes, caso houvesse a aplicação da nova orientação jurisprudencial aos recursos que ingressaram, no tempo da interpretação antiga, cujos processos seriam destruídos pela viragem jurisprudencial.

Houve o argumento do Ministro Sepúlveda Pertence, baseado na jurisprudência do STF, a respeito do cancelamento da Súmula nº 394 (Inq. 687), quando o Tribunal ressalvou da nova orientação os processos anteriormente julgados. Em seguida, o Ministro Carlos Britto indagou se o Tribunal aplicaria o efeito *ex nunc* à decisão que tomou.

A Ministra Ellen Gracie ponderou que os atos judiciais anteriores seriam aproveitados. Não houve exclusão para os atos decisórios.

Nesta altura, o Ministro Sepúlveda Pertence fez uma distinção que não combina com seu ideal de respeito aos hipossuficientes. Distinguiu as instâncias ordinárias da instância extraordinária. Para as instâncias ordinárias, a nova orientação, reforçada pela Emenda Constitucional nº 45, seria de aplicação imediata. Já para os casos que estivessem em grau de recurso extraordinário, o SFT aplicaria a jurisprudência antiga.

Esta última solução não foi feliz. A rigor, os processos que ingressaram antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e não apenas aqueles que tivessem recebido sentença, deviam ser regidos pela legislação antiga para que a fórmula de política judiciária não afetasse o que houvesse sido praticado de acordo com a jurisprudência constitucional que interpretou e aplicou os textos anteriores à Emenda.

Foi oportuno o recolhimento do projeto de enunciado, a fim de que a matéria seja mais trabalhada e verificada qual das políticas judiciárias é a mais adequada. Pesou ainda que os precedentes tiveram tratamentos diferentes.

19 Progressão do regime no cumprimento da pena por crime hediondo

No julgamento do *Habeas Corpus* 82.959/SP, Relator o Min. Marco Aurélio, o STF declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que vedava a progressão do regime no cumprimento da pena por crime hediondo.

A inconstitucionalidade não afastou a atribuição do juízo da execução penal de avaliar criteriosamente, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso, ou não, do sentenciado, no regime penal menos gravoso.

Não pretendeu o STF instituir competência originária para si, mediante substituição do juízo da execução penal, e atração, *per saltum*, de matéria fática que lhe não cabe examinar.

Portanto, o STF considerou em vigor o art. 66, III, *b*, da Lei de Execução Penal e confirmou sua jurisprudência no sentido da inadequação do *habeas corpus* quando utilizado com o objetivo de provocar do alto Tribunal, na via sumaríssima do remédio constitucional, o exame dos critérios de índole subjetiva concernentes à determinação do regime prisional ou pertinentes à progressão para regime penal mais favorável (*RTJ* 119/668; *RTJ* 125/578; *RTJ* 158/866; *RT* 721/550, *v. g.*, conforme o Ministro Celso de Mello em sua decisão monocrática para o *Habeas Corpus* nº 88.231, de São Paulo, julgado em 28 de abril de 2006 e publicado no *DJ* de 5 de maio de 2006. Naquele julgamento foi considerado que, embora a Lei nº 10.792, de 2003, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, para dela excluir a referência ao exame criminológico, nada impede que os magistrados determinem a realização desse exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam mediante decisão adequadamente motivada, como tem sido reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*HC* 38719/SP, Relator o Min. Hélio Quaglia Barbosa; *HC* 39364/PR, Relatora a Min. Laurita Vaz; *HC* 40278/PR, Relator o Min. Felix Fischer; *HC* 42513, Relatora a Min. Laurita Vaz, e, dentre outros, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (*RT* 832/676 e *RT* 837/568).

O Ministro Celso de Mello enfatizou a jurisprudência do STF no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade que proferiu não torna possível o ingresso imediato do sentenciado em regime penal mais favorável. Nos diversos precedentes daquele Tribunal, foi reconhecido que, em tema de progressão de regime nos crimes hediondos (ou delitos a estes equiparados), cabe ao magistrado de primeira instância proceder à análise dos demais requisitos, inclusive daqueles de ordem subjetiva, para decidir sobre a possibilidade, ou não, de o condenado vir a ser beneficiado com a progressão para regime mais brando de cumprimento de pena, sendo lícito, ao juiz

competente, se o julgar necessário, ordenar a realização do exame criminológico (*HC* 88.052/DF, Relator o Min. Celso de Mello; *HC* 85.677/SP, Relator o Min. Gilmar Mendes; *HC* 38.396/MT, Relator o Min. Eros Grau; *RHC* 86.951/RJ, Relatora a Min. Ellen Gracie e *RHC* 88.145/GO, Relator o Min. Celso de Mello).

O teor da súmula manda o juiz da execução penal observar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que proibia a progressão de regime e avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado.

20 Conceito de receita bruta para imposição da Cofins

A súmula que levaria o nº 6, sobre o conceito de receita bruta para base de cálculo da Cofins, visou pacificar o entendimento de que a arrecadação deve ser feita sobre o faturamento, com exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da Cofins.

A imprensa divulgou, para surpresa dos tributaristas, que o projeto da súmula reduziria a base de cálculo das empresas comerciais, industriais e de serviços, mas introduziria a cobrança aos bancos e às seguradoras, pois incluiria a tributação dos prêmios pagos a seguradoras e as receitas dos bancos, quando, ao explicar as vendas de mercadorias e serviços, com a expressão “ou seja”, conclui que a base de cálculo será “a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

Os advogados dos bancos defendem que somente o Ministro Cezar Peluso ocupou-se na tributação dos bancos, no julgamento de novembro de 2005, que tratou da base de cálculo da Cofins, quando afirmou que, “se determinadas instituições prestam um tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de receita bruta igual a faturamento”.

21 Aumento da alíquota da Cofins

O enunciado do projeto de súmula que levaria o nº 7 e que dispõe sobre a constitucionalidade do aumento da alíquota da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718, de 1998, despertou questionamentos. A alegação dos advogados dos contribuintes é de que os precedentes que foram usados para lastrear a súmula não dizem respeito à Cofins.

A ADIn nº 1.471 tratou do PIS/Pasep. No respectivo julgamento, o STF decidiu que a autorização contida no art. 239 da Constituição afasta as restrições estabelecidas nos arts. 195, § 4º, e 154, inciso I, que exigem lei complementar para a criação de novas fontes de custeio da Seguridade Social.

O outro precedente foi o do Recurso Extraordinário nº 336.134.

Os advogados argumentam que o STF ainda não apreciou todos os pontos sobre a constitucionalidade do aumento da alíquota da Cofins, e, especialmente, a possibilidade de a Lei nº 9.718 - lei ordinária sem ser lei complementar -, ao ampliar a alíquota da Cofins, ter criado nova fonte de custeio para a Seguridade Social. O outro argumento é o de que a Lei 9.715 não foi versada pelos precedentes que trataram da Cofins.

Nos precedentes, o STF tratou do PIS/Pasep com natureza de contribuição social. O precedente destinado à espécie idêntica é extensivo ao paradigma, embora não tenha tratado dele. O fato de o precedente haver tratado, além dos fatos que interessam à súmula, de lei outra que lhe é estranha não altera a validade do precedente.

22 Conclusões

A súmula vinculante é bem recebida para acabar com ações e recursos multitudinários e repetitivos que congestionam os serviços da Justiça e, especialmente, do STF.

Cumprirá seu papel quando representar o consenso dos ministros do STF, pois aí não será contrastada pela autoridade do voto vencido.

Por si mesma, não atingirá grandes objetivos até que, a seu lado, outras providências sejam tomadas, como a frequência e a suficiência na edição das súmulas administrativas, impeditivas de recursos.

É também requerido respeito à Proclamação de 1889, para que venha a ser devolvida aos tribunais dos Estados a produção de decisões definitivas.

A maioria dos juízes sempre aplicou, espontaneamente, os enunciados da súmula da jurisprudência dominante do STF. Por motivo de auto-estima, de reverência ao alto Tribunal e de exercício reflexo do instinto de sobrevivência.

Infelizmente, o STF, durante muitos anos, permaneceu sem editar enunciados de sua súmula. É preciso que o STF reinvente a súmula referência para criar o hábito de consulta permanente à comunidade jurídica e prepare os operadores do Direito para serem proativos na convivência com a súmula vinculante.

A súmula vinculante, bem produzida e aplicada, contribuirá para o prestígio da Justiça, uma vez que evitará decisões que causem perplexidade e sejam paradoxais.

Possibilitará a democrática participação da comunidade jurídica na formulação

do Direito Jurisprudencial.

Dotará as sentenças dos preciosos fundamentos dos componentes do Pleno do STF, com o que os membros da Magistratura, ao invés de perderem independência, serão fortalecidos em seus argumentos e em sua autoridade.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Súmula vinculante. *COAD/ADV*, Seleções Jurídicas, Doutrina, Rio de Janeiro, nº 07, p. 13-17, jul.2005.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 255-285.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Reformas administrativa, previdenciária, do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 347-372.

COSTA, Sílvio N. A constitucionalidade formal da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 39, nº 153, p. 235-239, jan./mar.2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle judicial dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 474-479, jul.2000; *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, nº 4, ano 2, jan./mar.2004.

LEITE, Paulo Costa. Súmula vinculante e “repercussão geral”: Presidentes de TJs apóiam proposta do Ministro Paulo Costa Leite para a Reforma do Judiciário. Disponível em: <www.stj.gov.br> Notícias de 15.09.2000.

LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 16, p. 241-244, abr./jun.2000.

MACIEL, Cláudio Baldino. Reforma do Poder Judiciário: síntese dos principais temas aprovados pelo Senado Federal, na votação da PEC 29, de 2000. Publicação da AMB.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula vinculante e duração dos processos. *COAD/ADV*, Seleções Jurídicas, Doutrina, p. 44-45, ago.2004.

MOSCA, Hugo. Súmulas vinculantes sufocam o bom direito - Ensaio. Brasília: Thesaurus, 1997.

RE, Edward D. Northfleet. *Stare decisis*. Tradução: Ellen Gracie, *Revista de Processo*, v. 73, p. 47-54.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação*

Legislativa. Brasília, nº 133, ano 34, p. 51-64, jan./mar.1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 198-201.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. O Órgão Especial na Reforma da Justiça. *COAD/ADV*, Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, maio 2005, p. 34-38.