Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 11 – julho/agosto/setembro de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

PERPLEXIDADES DO NOVO INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

Prof. André Ramos Tavares
Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Brasil; Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Este trabalho pretende apresentar e discutir alguns tópicos iniciais quanto ao regime constitucional da denominada "súmula vinculante", prevista, no Brasil, pela Emenda 45, de 2004, à Constituição de 1988 (Reforma do Judiciário). Reconhece-se na súmula vinculante a possibilidade de construção de enunciados que sintetizem o entendimento (interpretação) já consolidado do Tribunal Constitucional, iluminando operações judiciais posteriores (Tavares, 2005: 230).

A discussão acerca da "súmula vinculante" pressupõe a consideração dos dois grandes modelos de sistemas jurídicos que se conhecem: (i) modelo do direito codificado-continental (civil law); (ii) modelo do precedente judicial anglo-saxão (common law).

Há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o modelo codificado atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo do jurisprudencial obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). O modelo do common law está fortemente centrado na primazia da decisão judicial ("judge made law"). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Já o Direito codificado, como se sabe, está

baseado, essencialmente, na lei. (cf. Tavares, 2000: 171-80).

O chamado precedente (stare decisis) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (leading case) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões, como paradigma.

Apontam-se, contudo, alguns inconvenientes do sistema de precedentes judiciais, tais como (Felix Calvo Vidal, 1992: 99-102): 1o) eliminação da flexibilidade e capacidade de evolução; 2o) vinculação mais enérgica que a lei (por força do caráter casuístico); 3o) afastamento de uma compreensão ampla das instituições, por apego ao caso concreto; 4o) produção de um conhecimento complexo; 5o) possibilidade de perpetuação do erro.

Contudo, o distanciamento entre os dois modelos teóricos, na prática, tem diminuído. É nesse contexto que se deve compreender a introdução, no sistema de Direito legislado brasileiro, da súmula vinculante, para muitos, instituto próximo do stare decisis, por surgir de casos concretos, embora por meio de um processo de objetivização dos mesmos. Assim, a súmula vinculante parece, à primeira vista, criar uma ponte sólida entre controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado, de maneira similar ao "processo de generalização" existente no Direito português vigente.

2. SÚMULA NÃO-VINCULANTE, UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

O art. 479 do CPC já estabelecia, tratando do processo de uniformização de jurisprudência (e sinalizando para a necessária unidade jurídico-judicial), que: "O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula (...)".

Quanto às súmulas (sem efeito vinculante formal), o RISTF estabelece como repositório oficial da jurisprudência do Tribunal a súmula da jurisprudência predominante do STF (art. 99). E ainda: "Art.102 - A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na 'Súmula do Supremo Tribunal Federal'.

> *"§ 1º A inclusão de enunciados na 'Súmula', bem como a sua alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta. [art. 7º, inc. VII]*
>
> *"§ 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.*
>
> *"§ 3º Os adendos e emendas à 'Súmula', datados e numerados em séries*

separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça.

"§ 4º A citação da 'Súmula', pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido."

As súmulas sempre foram compreendidas, na sistemática brasileira, portanto, para a sedimentação de orientações adotadas topicamente pelos Tribunais em decisões diversas (jurisprudência compendiada). É, em essência, essa a idéia que será resgatada pela súmula vinculante na Reforma do Judiciário (EC 45/04).

E consoante o art. 103 do mesmo RISTF, qualquer dos ministros poderia propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na súmula.

É processo adotado desde abril 1964 no STF.

A força (prática) dessas súmulas não era desprezível, apesar de lhes falecer vinculatoriedade (cf. Mancuso, 1999: 288; Tavares, 2003: 245).

A denominada "súmula impeditiva", introduzida pelo art. 38 da Lei nº 8.038/90, atualmente consta do próprio CPC, com a modificação promovida pela Lei 9756/98, em seu art. 557: "O relator negará seguimento ao recurso (...) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". E, ainda, em seu § 1º-A: "Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.".

Ou seja, no regime jurídico atual da súmula impeditiva, esta permite tanto (i) a rejeição do recurso que a contrarie, como também (ii) a reforma da decisão que a contrarie, podendo o próprio relator (sic!) prover o recurso contra essa decisão.

A primeira ponderação, até aqui, é a de que a súmula está longe de ser um instituto desconhecido do Direito brasileiro pré-EC 45/04. Some-se a existência do efeito vinculante, desde 1993, para as ações declaratórias de constitucionalidade.

Doravante, com a Reforma do Judiciário (EC 45/04), o Direito Constitucional brasileiro passou a contar com o art. 103-A, nos seguintes termos:

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

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

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

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

3. ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DA SÚMULA VINCULANTE NA REFORMA DO JUDICIÁRIO

A. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO SUMULAR

As súmulas só poderão emergir (i) após reiteradas decisões (idênticas); (ii) sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave insegurança jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde em multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria) causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça.

Dependendo da regulamentação jurídica que recebessem, no caso supra sob (i), as súmulas poderiam demandar decisões anteriores firmadas no mesmo sentido por unanimidade dos membros do Tribunal. Esse grau de exigência, contudo, não foi de todo ignorado pela Reforma, que parece não estar centrada apenas no aspecto quantitativo (i) das decisões repetitivas, ao estabelecer (para a provação da súmula, mas não para as decisões anteriores que lhe servirão de fundamento), um quorum de aprovação de 2/3. Mas resta a pergunta, não respondida pelo texto constitucional: qual o quorum exigido das decisões que servirão de base para a decisão sobre a súmula vinculante? Como lembrou o Ministro Moreira Alves (ADI 1635), pode haver muitos processos repetidos, mas com apresentação de fundamentos diferentes. Trata-se de problema que sempre esteve presente na jurisdição constitucional brasileira, mas que, doravante, agravar-se-á.

Assim, é necessária uma maioria qualificada de 2/3 (oito ministros) para aprovar a súmula e atribuir-lhe efeito vinculante. As decisões prévias, que ensejam a súmula, contudo, poderão ter sido adotadas pela maioria de seis ministros (maioria absoluta atualmente exigida, no controle de

constitucionalidade, consoante dicção do art. 97, da Constituição do Brasil).

É necessário esperar a multiplicação desmedida de processos, no STF, exatamente idênticos ou semelhantes? Parece que não (trata-se, em parte, da discussão sobre a aderência aos casos concretos subjacentes).

B. REVISÃO E CANCELAMENTO SUMULAR

As súmulas recém-introduzidas podem sofrer um processo de revisão, o que é imprescindível para evitar o engessamento do Direito.

Nesse sentido projeta-se o § 2º do art. 103-A, estabelecendo que "Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade".

Note-se que a súmula pode ser adotada (aprovação, na dicção deste parágrafo) de ofício pelo STF (cf. caput do art. 103-A), mas sua revisão ou cancelamento apenas poderá ocorrer mediante a provocação dos legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade, salvo alargamento dessa legitimidade a ser promovido pela lei regulamentadora. No caso, a Constituição exige lei ordinária.

Havendo improcedência do pedido realizado para revisão ou cancelamento, o provimento será o de confirmação da súmula já existente.

C. QUEM ESTARÁ VINCULADO?

Houve, no Brasil, quem propusesse, como Mazzilli (1997: A4) que as súmulas fossem vinculantes apenas para o Poder Público no sentido de excluir os magistrados. Proposições como essa, contudo, não parecem consistentes com a idéia geral da súmula.

A Reforma fala em vinculação da Administração Pública e dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Numa compreensão lata do efeito vinculante, a decisão "não resolveria apenas caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro" (Mendes e Pflug, 2005: 354). Isso significa que seriam alcançadas pela súmula situações futuras, idênticas àquela considerada pelo STF em decisão anterior. Com isso, a súmula assumiria "caráter transcendente", na expressão de Gilmar Mendes, não sendo passível de ser reconduzida aos institutos da coisa julgada e da força de lei (Mendes, 2001: 339-41). Consistiria na "proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional" (Mendes e Pflug, 2005: 360).

Em conclusão alcançar-se-ia o próprio Legislativo (nesse mesmo sentido: Tavares, 2005: 232). Contudo, essa possibilidade de alcançar o Legislativo foi afastada, como admite o próprio Gilmar Mendes, pela EC 45/04. Logo, uma das formas de renovar a discussão encerrada por súmula vinculante é a de reincidir o legislador na mesma prática legislativa já desabonada pelo STF (cf. Mendes e Pflug, 2005: 371). Nessa prática, contudo, não poderão incidir as demais instâncias constitucionais. Em síntese, pois, poderá haver a edição de lei com conteúdo exatamente idêntico ao de outra objeto de súmula que lhe atrelava a nota da inconstitucionalidade, por exemplo, ou que lhe atribuía eficácia diversa da nova previsão. Nessas situações, consideradas legítimas pela sistemática adotada para a extensão dos efeitos da própria súmula, pode-se considerar que o Legislativo estará a reabrir (uma espécie de legitimidade indireta) a discussão anteriormente encerrada pela edição da súmula vinculante.

A expressão constitucional em apreço permite entender que o STF não está vinculado às suas próprias decisões e súmulas, podendo promover uma revisão geral de seu posicionamento anteriormente sumulado pela mudança de sentido em suas decisões (Tavares, 2005a: 121). Assim, não se construirá para o STF "uma malha, donde não poderá mais tarde sair" o próprio Tribunal (Miranda, 1996: 200). E nessa medida, contorna-se eventual entendimento pela falta de legitimidade para diretamente promover a revisão ou cancelamento de súmula, posto que poderá, de ofício, propor súmula, com base em novas decisões reiteradas que venham desconfirmando súmula estabelecida no passado. Contudo, essa espécie de overruling deve ocorrer sempre de maneira fundamentada (nesse sentido: Mendes e Pflug, 2005: 344, que o considera, por isso mesmo, "instrumento de autodisciplina" do STF).

D. NATUREZA DO PROCESSO DE CRIAÇÃO, MODIFICAÇÃO OU CANCELAMENTO DA SÚMULA

Certamente se formará uma polêmica em torno da natureza do processo que culmina com a criação (aprovação), cancelamento ou modificação (revisão) das súmulas vinculantes. Para tanto contribuirá a sua natureza administrativa no regime pretérito, tanto que, por ser apenas orientadora, era disciplinada pelo RISTF. Note-se, neste ponto, a enorme diferença: de matéria regimental passa a matéria de caráter constitucional.

Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico, embora com certas particularidades (Tavares, 2005a: 120), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante). Esta conclusão acaba por reforçar a necessidade da lei regulamentadora para fins de disciplinar o processo de tomada de decisão quanto à adoção e ao conteúdo da súmula.

A circunstância de haver legitimados ativos constitucionalmente indicados, de ser necessária uma discussão séria sobre o conteúdo e redação

da súmula vinculante (que será tanto mais profunda quanto maior seja a divergência de fundamentação jurídica nas decisões que servirão de base para autorizar a confecção da súmula vinculante), bem como a discussão dos efeitos da própria súmula, demonstram que há necessidade de um processo de natureza jurisdicional objetiva (porque são ignorados os casos concretos subjacentes às decisões singulares configuradoras do requisito constitucional). Some-se, ainda, a necessidade de uma fundamentação sólida quanto ao conteúdo de súmula que seja de cancelamento ou modificação de súmula anterior. O quadro que se apresenta, pois, é o de um típico processo objetivo, com algumas peculiaridades (o que é comum na história do Direito constitucional brasileiro).

A possibilidade de atuação de ofício pelo STF não descaracteriza a natureza jurisdicional do processo em questão (para uma discussão mais profunda deste tema: Tavares, 2005: 391 e ss.). Até porque essa atuação encontra-se circunscrita na base, pois demanda a provocação e o julgamento de diversos casos anteriores. Não se trata, pois, de uma atuação oficiosa amplamente livre.

E. OBJETIVO (CONTEÚDO) E ÂMBITO NORMATIVO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE

Consta expressamente do texto da Reforma que o objetivo da súmula poderá ser a validade, interpretação e eficácia de atos normativos, consoante dispõe o novel art. 103-A, § 1º, da CB.

O alcance conferido à realização da súmula foi impressionante, extrapolando a mera validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Constituição) para alcançar a eficácia de atos normativos. Para ficar mais claro: acresceu-se a possibilidade de (i) dispor sobre a eficácia, e; (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição (Tavares, 2005a: 121).

Ademais, a súmula poderá versar normas federais, estaduais, municipais e distritais (nesse sentido: Mendes e Pflug, 2205: 345), desde que atendidos os demais requisitos constitucionais.

F. REGULAMENTAÇÃO POR MEIO DE LEI

Observe-se que, doravante, a regulamentação da súmula (vinculante) demanda intervenção legislativa, e não mais a disciplina por meio do RISTF. Isso bem se compreende na medida em que já não mais se trata de mera orientação geral não obrigatória, com a qual poderia o STF acenar "impunemente" (Tavares, 2005a: 122).

Esta exigência de lei pode ser compreendida como decorrência imediata

da clara expressão do § 2º do art. 103-A, da CB. Nessa hipótese, contudo, a lei (ordinária) é imposta apenas para regulamentar um eventual (mas desejável) aumento na legitimidade ativa (a EC 45/04 legitimou desde logo os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade) para promover a aprovação de nova súmula, ou mesmo a revisão ou cancelamento de súmula já existente.

Mas há outro ponto a ser explorado, de conseqüências mais graves. É que o caput do próprio artigo constitucional contendo a previsão da súmula, in fine, apresenta uma conhecida expressão, a saber: "na forma estabelecida em lei". Assim, após introduzir a súmula vinculante, dá ensejo à interpretação de que tudo o que foi ali dito está a depender de lei (ordinária) posterior, tornando o instituto, de imediato, não imediatamente aplicável (mas sim dependente de lei). Mas há também a possibilidade de compreensão dessa restrição final como referente apenas à revisão ou cancelamento da súmula. Como mencionado anteriormente, a idéia de uma espécie de processo objetivo a formar-se para dele derivar a súmula vinculante parece demandar, por si só, a regulamentação por meio de lei.

G. CONSEQÜÊNCIAS PELO DESCUMPRIMENTO DE SÚMULA POR QUEM ESTAVA A ELA VINCULADO: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE FUNCIONAL

Estabelece o § 3º do art. 103-A que "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

A "fraqueza" da súmula vinculante para deter o avanço desmedido de inúmeras causas idênticas ou semelhantes foi percebida há muito. No Brasil, Victo Nunes, a propósito, falava de sua "obrigatoriedade indireta" (apud Mendes e Pflug, 2005: 330).

Pretendeu a EC 45/04 solucionar essa delicada questão por meio da previsão do cabimento da reclamação nos casos de descumprimento da súmula vinculante. Essa reclamação, conforme entendimento do STF para o controle abstrato (Arg. Regimental na Reclamação n. 2143 e Reclamação n. 1880), pode ser proposta por qualquer interessado, prejudicado concretamente por uma decisão judicial (ou administrativa, agora) contrária a súmula vinculante do STF (nesse sentido: Mendes e Pflug, 2005: 344).

Trata-se de um dos mais problemáticos dispositivos. Corre-se o risco de substituir a crise numérica do recurso extraordinário (sanável, doravante, via "repercussão geral") pela crise numérica da reclamação (nesse sentido: Mendes e Pflug, 2005: 373).

Ademais, a não observância do efeito vinculante de uma súmula pode acarretar grave violação de dever funcional, tanto das autoridades

administrativas como judiciais (defendendo essa posição para o efeito vinculante das decisões em sede de ação direita: Mendes: 2001: 343). O art. 133, inc. I, do Código de Processo Civil brasileiro responsabiliza por perdas e danos o juiz quando, no exercício de suas funções, proceda com dolo ou fraude.

4. SÚMULAS E DECISÕES PRÉ-REFORMA

Na forma regimental vigente para as súmulas não-vinculantes, sua aprovação demandava a deliberação, em Plenário do STF, da maioria absoluta de seus membros.

Assim é que foi encartada a regra de transição, na Reforma, de que as anteriores súmulas (aquelas já editadas sem força vinculante) produzirão efeito vinculante apenas após sua confirmação por 2/3 (quorum atual) dos ministros do STF (art. 8º da EC 45). Há de se indagar se, quanto à transformação de súmulas ordinárias em súmulas vinculantes, apenas o STF poderá deflagrá-la ou se prevalece a regra geral, de que qualquer dos legitimados, para além do STF, pode solicitar a criação de uma súmula vinculante.

Há quem entenda que, embora sem relevância prática, seja possível manter as súmulas “ordinárias”, do regime pretérito (Mendes e Pflug, 2005: 353).

Outra indagação de grande importância diz respeito às decisões anteriores à EC 45/04: poderão servir de parâmetro para a edição de súmula vinculante, ou esta passa a valer para as decisões posteriores à entrada em vigor da EC 45/04? A questão poderia ser colocada, ainda, de outra forma: a circunstância de ter o STF conhecimento de que suas decisões em controle difuso-concreto de constitucionalidade podem redundar em pedido para edição de súmula vinculante alteraria, de alguma maneira, a forma de decidir esses casos? A resposta parece ser negativa, nada se encontrado que justificasse uma tal restrição. Contudo, a exigência da “controvérsia atual” para que se deflagre o processo da súmula vinculante parece exigir, ao menos, que não se trate de tema já sedimentado no passado sem prolongamento ou possibilidade de repetição para os dias de hoje.

5. ATRITOS COM OUTROS INSTITUTOS: RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL, SÚMULA E JURISPRUDÊNCIA IMPEDITIVAS DE RECURSO E REPERCUSSÃO GERAL

A modificação do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade demanda seu conhecimento profundo, tendo em vista a complexidade de que se reveste o mesmo, sob pena de se produzirem reflexos indesejados em outras searas.

Subsiste, no Direito brasileiro, a esdrúxula regra do art. 52, inc. X, da Constituição, que determina caber ao Senado Federal a atribuição de suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso-concreto (esdrúxula porque, como se sabe, obedece aos mesmos parâmetros de declaração abstrata da inconstitucionalidade do art. 97 da Constituição, quanto ao quorum).

Contudo, é evidente que a previsão de uma súmula vinculante interfere diretamente na posição do Senado como única instância capaz de atribuir eficácia geral às leis declaradas inconstitucionais. Doravante, não mais necessitará o STF da atuação complementar do Senado, podendo, respeitados os requisitos constitucionais, editar súmula de efeito vinculante.

Outro problema diz respeito ao art. 557 do CPC, já mencionado inicialmente. É que se tornou prática do STF, quando há uma decisão de plenário em determinado sentido, comunicar os diversos gabinetes dos ministros para passarem a adotar, monocraticamente (pelo relator) essa decisão, uniformizando-a. Isso permite dizer que a formação de reiteradas decisões (acórdãos, em plenário) sobre determinado tema é praticamente inviável de ocorrer, perante essa sistemática, inviabilizando-se a adoção de súmula vinculante.

Por fim, a introdução da denominada “repercussão geral”, como requisito para a análise do recurso extraordinário pelo STF, exige o quorum de 2/3 dos ministros para recusar o recurso pela falta desse elemento. E uma das hipóteses de falta de repercussão será exatamente a existência (remota) de súmula vinculante. Ocorre que o art. 557 permite que o relator, monocraticamente, rejeite o recurso ou reforme a decisão, quando contrários à súmula d STF. Ora, doravante não mais se poderá admitir essa decisão monocrática nessas hipóteses, já que essa recusa deverá ocorrer pelo quorum de 2/3. Mas, permanecerá para outras situações a possibilidade da decisão monocrática do relator, impedindo o seguimento do recurso (quando seja contrário à jurisprudência assentada do Tribunal, por exemplo), tratamento diferenciado que gerará uma situação de perplexidade.

6. DISTINÇÃO ENTRE A SÚMULA VINCULANTE E O INSTITUTO PORTUGUÊS DOS ASSENTOS

O instituto brasileiro da súmula vinculante e o anteriormente vigente instituto português dos assentos assemelham-se pela origem judicialiforme da decisão e pelas suas efeitos amplos. Contudo, parece haver maior divergência do que convergência entre os mesmos, embora boa parte das discussões do instituto português possam ser transpostas, sem maiores problemas, para a discussão atual do instituto brasileiro.

Importa, pois, esclarecer os pontos de distinção dos institutos. Enquanto os assentos resultam de recursos interpostos pelas partes interessadas, no curso de determinado processo, a súmula pode ser editada de ofício ou por

provocação de autoridades e entidades que receberam a legitimação para as ações diretas do processo objetivo (essa específica legitimidade deferida pela Constituição resulta, em parte, do fenômeno da objetivização do controle difuso-concreto ao qual se assiste no Brasil nos últimos anos). Ademais, as súmulas devem resultar de processo próprio, que não se confunde com o processo que deu origem às decisões reiteradas em controle abstrato.

Os assentos dependiam de decisões prévias divergentes, duas, no mínimo, e as súmulas dependem de decisões prévias convergentes, em número superior a dois (para formar as "reiteradas decisões" mencionadas em sua matriz normativa), conforme passou a entender a doutrina brasileira. Isso demonstra que esteve o primeiro instituto, como assinalam os autores, preocupado com a uniformização da jurisprudência (cf. Morais, 2002: 528). Já a súmula está voltada para a diminuição do número de julgados, fazendo cessar um estado de repetição constante de causas com idênticos fundamentos, um mecanismo para que se "acelere a tramitação dos processos", como colocou o Ministro Carlos Velloso (ADI 1635).

Ademais, os assentos eram proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, não pelo seu Tribunal Constitucional (que, em 1996, considerou-os inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade – Acórdão n. 743). Já as súmulas vinculantes brasileiras foram instituídas apenas para o âmbito do STF, que as vai proferir na sua função de Tribunal Constitucional.

Por fim, no caso das súmulas, como já ficou claro, o efeito vinculante vai além do mero efeito erga omnes, ou "força de lei" , normalmente reconhecido para os assentos pela doutrina.

7. CRÍTICAS À SÚMULA VINCULANTE E CONCLUSÕES FINAIS

Importante crítica à idéia de súmula vinculante refere-se à impossibilidade de que se possa condensar a essência das normas em proposições simples, constituindo tais proposições (súmulas) um "retrocesso em direção à metafísica clássica" (Streck, 2005: 154), ignorando os elementos da realidade temporal que são imanentes a todas as decisões judiciais que promovem interpretação, porque toda lei interpretada é uma lei com duração temporal limitada (Häberle, Peter. Zeit und Verfassung, In: Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, 312-3, apud Mendes e Pflug, 2005: 350). O tema será retomado logo em seguida.

Some-se a sempre incerta caracterização da natureza jurídica da súmula vinculante, aproximando-a daquilo que Castanheira Neves chamou de "instituto de perplexidade" (Neves, 1994: 33), ao tratar dos assentos.

Outra parte dos questionamentos relativos à súmula vinculante, no Brasil, reportam-se ao seguinte: qual a função (e quais são os limites, portanto) do Poder Judiciário? O tema envolve a reabertura da discussão sobre legitimidade e separação de poderes. Muitos entendem que há, doravante, um

cerceamento da independência do juiz. É o que cumpre averiguar.

A respeito da independência e liberdade (de convicção) da magistratura em face da súmula vinculante, é necessário ponderar que: (i) ao magistrado sempre restará avaliar se aplica ou não uma dada súmula a um determinado caso concreto (operação de verificação), o que é amplamente reconhecido nos precedents do Direito norte-americano; (ii) também a própria súmula é passível de sofrer uma interpretação, porque vertida em linguagem, tal como as leis em geral.

Quanto a (i), como o modelo introduzido no Brasil difere – como não poderia deixar de ser – do clássico stare decisis, pois a súmula não incorpora os casos concretos que formaram a "base" para sua edição. E, sendo a vinculação apenas ao enunciado desta, os magistrados terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si, bem como das normas aplicáveis a ele.

Quanto a (ii), o certo é que a suposta "amarração" que uma súmula editada pelo STF provocará é, como qualquer outra vinculação, vertida em comando escrito, limitada, na medida em que a própria súmula será passível de interpretação e, assim, não irá escapar de uma leitura "subjetiva" ou diversificada (Reynold, 1967: 28).

Como sustentar que na livre convicção do magistrado (que é essencial à própria sobrevivência do sistema, e só por isso existe como princípio) esteja contida a liberdade arbitrária do magistrado, a discordar dos posicionamentos já amplamente fixados sobre o Direito posto (e que conduziriam à derrocada do próprio sistema jurídico)? Só uma confusão entre referidos conceitos poderia conduzir ao posicionamento radical de oposição às súmulas.

Há riscos, é claro. Mas igualmente não há como deixar de assumi-los, na busca de um sistema que se baseie menos na sorte (loteria de pensamentos jurídico-judiciais divergentes em relação a temas largamente debatidos) e mais na previsibilidade, própria da finalidade que se atribui ao e que justifica o Direito. Os mais ardorosos combatentes do "neoliberalismo" vêem na previsibilidade do Direito uma exigência imposta pela globalização e, com ela, pelo capital externo, aos países de periferia ou de modernidade tardia. Mas essa é uma visão parcial e distorcida, que parece ignorar as reais necessidades de um país que busca alternativas pragmáticas que superem o descumprimento e o desconhecimento generalizados das leis, bem como o custo social que isso representa. Considere-se o dado de que o Poder Público (União, estados-membros e municípios) é o maior cliente (em termos de números de processos nos quais estão envolvidos) do Judiciário brasileiro, porque reiteradamente questiona direitos individuais (caros ao cidadão) já previamente reconhecidos pelo STF, e, com isso, ter-se-á um breve panorama da mudança que se pode alcançar pela introdução da súmula vinculante no modelo brasileiro (que, nesse sentido, soma-se ao "efeito vinculante" das decisões em ações diretas).

Contudo, o maior problema da súmula vinculante parece ser o que

chamo de “mecanismo de auto-imposição dependente”. Sim, porque o descumprimento da súmula vinculante impõe uma atuação sucessiva e custosa ao STF, transformando-o em uma espécie de oficial de execução de suas próprias decisões, situação não apenas altamente constrangedora para um Tribunal dessa envergadura, mas também inviabilizadora do exercício de suas funções fundamentais. A inocuidade do instituto, portanto, acaba prevalecendo sobre o receio de que pudesse vir a inviabilizar a existência de um Judiciário livre.

BIBLIOGRAFIA:

CARDOZO, Benjamin N.. The nature of the judicial process. New Haven/London: Yale University press, 1921.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. São Paulo: RT, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, Martins, Ives Gandra. Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, PFLUG, S. M.. In: Renault, Sérgio Rabello Tamm; Bottini, Pierpalo. Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. t. I. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

NEVES, Castanheira. O Problema da Constitucionalidade dos Assentos: Comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1994).

REYNOLD, Frederic. The judge as lawmaker. London: MacGibbon & Kee, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. In: AGRA, Walber de Moura. Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Reforma do Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005a.

TAVARES, André Ramos, BASTOS, Celso Ribeiro. As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIDAL, Felix M. Calvo. La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho? Valladolid: Lex Nova, 1992.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Texto utilizado como referência para palestra proferida na Faculdade de Direito de Lisboa, em 27 de janeiro de 2006.