

Tiago Asfor Rocha Lima

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Membro da Comissão de Juristas que auxilia a Câmara dos Deputados na análise do Projeto de Lei do Novo Código Comercial.

Professor de Cursos de Pós-Graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

PRECEDENTES JUDICIAIS CIVIS NO BRASIL

2013



**Editora
Saraiva**

Ocorre que, com a objetivação dos procedimentos de controle difuso de constitucionalidade, é bastante natural que haja a ampliação da eficácia das decisões proferidas nesta sede, inexistindo assim fundamento plausível a se obstar o ajuizamento de reclamação por terceiros que, nada obstante não tenham integrado a relação processual originária, enquadram-se em situação manifestamente equivalente.

Trata-se de um caminho inevitável e sem volta que o Supremo tomou. Ao se fixar como Tribunal competente para o julgamento de teses com alcance geral (isso ocorre com o advento da “repercussão geral”), é bastante natural que seja provocado para garantir a autoridade de seus julgamentos, mesmo daqueles que originalmente apenas produziram efeitos *inter partes*, desde que se trate de entendimento sedimentado pela Corte²⁹.

4.2.2. Enunciado sumular vinculante (STF)

O verbete sumular vinculante é instrumento relativamente novo no ordenamento nacional. Foi resultado da Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), que incluiu o art. 103-A³⁰

²⁹ Esse entendimento já se teve oportunidade de externar, conjuntamente com Beatriz Fonteles G. Pinheiro (Reclamação: instrumento de preservação dos precedentes judiciais e da competência para a apreciação das tutelas recursais provisórias, *Revista dialética de direito processual*, n. 81, São Paulo: Dialética, 2009, p. 118-119). Igualmente, DIDIER JR., Fredie; CUNHA Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, cit., p. 349-350, v. 2.

³⁰ 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 estabe-

na Carta Magna de 1988, dispositivo este que posteriormente recebeu regulamentação infraconstitucional pela Lei n. 11.417/2006³¹. Até então, os entendimentos consolidados no STF poderiam ser vertidos em enunciado de súmula do Tribunal, porém, sem efeitos obrigatórios para as demais instâncias e esferas da Pública Administração.

A ideia de que o Supremo é quem dá a última palavra em interpretação constitucional, a necessidade de uniformização jurisprudencial da exegese do Texto Constitucional e a multiplicidade de casos versando sobre idêntica questão de direito foram

lecida 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.

³¹ Tentando conceituar o instituto, José Carlos Buzanello e Grazielle Mariete Buzanello (Exequibilidade da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 174, p. 25-33, abr/jun. 2007) assim se pronunciam: "Súmula, palavra originária do latim *summula*, significa sumário, restrito, um resumo de todos os casos semelhantes decididos daquela mesma maneira, unificados por meio de uma proposição clara e direta. Dessa forma, entende-se que súmula vinculante é um enunciado interpretativo, objetivo e sintético, de comando normativo preexistente, sobre entendimento uniformizado do STF acerca de determinado tema jurídico constitucional, com efeito vinculante sobre os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal, com vistas a proporcionar maior clareza e segurança aos jurisdicionados, bem como a conferir autoridade e uniformidade interpretativa à Constituição e às leis federais".

algumas das principais razões que motivaram o legislador a proceder a tal mudança³².

Mesmo porque, quando do nascedouro da Súmula no STF, por obra principalmente do então Min. Victor Nunes Leal, o que se pretendia não era vincular as instâncias inferiores aos julgados da Excel-sa Corte, mas apenas reunir, de forma resumida, os entendimentos consolidados pelo Tribunal num documento (chamado àquela altura de Súmula), a fim de facilitar a consulta e aplicação daquela orientação em outros casos semelhantes que já se acumulavam na Corte naquela época³³.

Por sua vez, o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal passou a ser admitido quando da Emenda Constitucional n. 3/93, que incluiu na Constituição a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade), no seu art. 102, I, *a*, sendo posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.868/99³⁴.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 1122-1150, v. 2.

³³ Evandro Lins e Silva (A questão do efeito vinculante, cit., p. 110 e s.), como Ministro do Tribunal na sessão do dia 13 de dezembro de 1963, quando se publicou oficialmente a primeira edição da Súmula do STF, relatou: "A implantação da Súmula traria um desafogo e facilitava o julgamento pronto e célere dos milhares de processos, que eram repetição de inúmeros outros, já decididos de modo uniforme, fixando a jurisprudência do Tribunal, que tinha a dupla missão de Corte Constitucional e de Corte de Cassação. Para se ter uma idéia do volume de processos em andamento naquela época, presto a informação de que em cinco anos e quatro meses julguei, como relator, cinco mil processos, e participei, nas turmas e no plenário, de um total de mais de trinta mil julgamentos. Foi um 'ovo de Colombo', que ficou de pé até hoje, passou a ser adotado por outros tribunais e a figurar na legislação processual, como fonte de uniformização jurisprudencial. Houve resistências para sua aceitação".

³⁴ Após tal alteração constitucional, "abriu-se assim, a passos largos, o caminho para a adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situa-

Inúmeras foram e são as críticas assacadas contra a necessidade de seguimento obrigatório de alguns verbetes sumulares oriundo do STF. A doutrina que assim se posiciona argui que os efeitos vinculantes de enunciados da Súmula do STF retiram a atividade criativa do magistrado, atentam contra o livre convencimento deste, petrificam a interpretação das normas jurídicas e impedem a evolução da ordem jurídica³⁵.

É bastante comum ainda dizer-se que a força vinculante é própria do Direito legislado, não podendo ser estendida ao Direito judicado, já que aos magistrados não se concedeu o poder de criar o Direito, distintamente do que ocorre com o legislador, que é legitimado para desempenhar tal mister³⁶. Sustenta-se inclusive a sua in-

ções que se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político”, como registrou José Rogério Cruz e Tucci (*O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*, cit., p. 72). Identicamente, Sérgio Sérulo da Cunha (Súmula vinculante em matéria penal, cit., p. 139 e s.).

³⁵ Luiz Flávio Gomes (Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 11 e s., maio 1997), após importante esboço histórico do papel dos magistrados no Brasil, sustenta que a “súmula vinculante” atenta contra a liberdade individual do juiz. Luis Carlos Alcoforado (Súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 783, p. 42 e s., jan. 2001) fala em interdição da liberdade do juiz e em prejuízo à democratização dos poderes no Brasil. Reis Friede (Súmula vinculante: desnecessidade e redundância. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 217 e s., abr./jun. 1996) defende a desnecessidade da “súmula vinculante” dada a existência de outros instrumentos de controle da multiplicidade de casos pelos legitimados ativos da ADIn e ADC, hipóteses em que o julgamento também já detém efeitos vinculantes e eficácia contra todos. Ainda em senso contrário aos efeitos vinculantes da jurisprudência, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

³⁶ Essa última crítica está no texto de SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante, cit., p. 110 e s.

constitucionalidade, por afronta aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, e do acesso à justiça³⁷.

Nada obstante as autorizadas vozes contrárias que se levantaram contra a força vinculante que pode ser emprestada aos verbetes sumulares do STF, por meio de *quorum* qualificado da Corte (2/3 dos seus membros), o fato é que se trata de medida evidentemente necessária para um país imenso como o Brasil e com quase 200 milhões de possíveis jurisdicionados (pessoas físicas), sem computar no cálculo as pessoas jurídicas e demais entes que, conquanto desprovidos de personalidade jurídica, são legitimados a acionar o aparato estatal em busca da satisfação de seus direitos.

É rigorosamente impensável que as decisões reiteradas e pacificadas no âmbito da Excelsa Corte, mesmo no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, não tivessem efeitos mais nobres com relação às demais instâncias judiciais; de nada adiantaria haver no sistema uma corte de superposição se suas decisões não tivessem autoridade suficiente para se impor sobre os outros órgãos. Ademais, não existe liberdade absoluta do magistrado³⁸; este, tal como qual-

³⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Súmula vinculante em matéria penal, cit., p. 139 e s.

³⁸ Defendendo igualmente a “súmula vinculante”, Luiz Fux (A súmula vinculante e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 8, n. 28, p. 27 e s., abr./jun. 2005) cuidou de registrar: “Em primeiro lugar, consectário de um Estado Democrático é a regra de que para causas iguais a solução tem que ser igual, porquanto forma iniludível de manter hígido o princípio da isonomia (igualdade formal e substancial). Em segundo lugar, a tão decantada ‘liberdade judicial’ somente terá relevo sob esse ângulo jus-sociológico-político em relação aos temas novos, sobre os quais ainda não adveio a palavra sedimentada dos tribunais superiores. O reverso é que ressoa inaceitável; vale dizer: outorgar-se aos juízes a liberdade de decidirem contra a súmula e postergarem em anos a justa e merecida vitória de quem tem razão...”

quer outro operador do Direito, faz parte de um sistema bem mais amplo, ao qual ele deve respeito; se assim não fosse, também não se poderia aceitar sequer a simples reforma de decisões pelas instâncias superiores.

Não procede, igualmente, o argumento de que os efeitos vinculantes engessam a atividade jurisdicional e impedem a evolução do ordenamento, pois não resistem a uma singela leitura da norma regulamentadora, a qual expressamente previu a possibilidade de sua revisão e cancelamento, estando pendente apenas a definição quanto à possibilidade de restrição dos efeitos da novel interpretação, decorrente da mudança do enunciado vinculante.

Além de tudo isso, espera-se que o enunciado vinculante da Súmula do STF seja útil no tratamento isonômico dos jurisdicionados, na oferta de previsibilidade e estabilidade à jurisprudência da Excelsa Corte, na resolução mais célere das questões repetitivas e na uniformização do entendimento jurisprudencial em matéria constitucional³⁹. Em tese, pois, o instrumento é plausível e pode se revelar deveras útil à realidade brasileira⁴⁰.

³⁹ Compartilha-se da mesma ideia de Teresa Arruda Alvim Wambier (Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 295, abr./jun. 2000): “O tema ‘súmulas vinculantes’ se constitui numa das possíveis saídas para o problema do assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, é método que contribui para o prestígio de valores como o da estabilidade e o da previsibilidade”. Ainda na mesma direção, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 865, p. 20 e s., 2007.

⁴⁰ Como afirma Sérgio Sérulo da Cunha (Súmula vinculante em matéria penal, cit., p. 139 e s.): “Com a ‘súmula vinculante’ busca-se conferir, a decisões adotadas em processos de controle concreto de constitucionalidade, o mesmo efeito que, mediante o § 2º do art. 102, se obtém em processos de controle *in abstracto*. O art. 103-A não fala em eficácia com relação a todos, mas essa eficácia se produz na medida em que os órgãos do Judiciário e da Administração Pública se veem obrigados a adotar o entendimento sumulado, nos atos da sua competên-

Alguns questionamentos, contudo, precisam ser enfrentados e debatidos para melhor compreensão do verbete sumular vinculante, especialmente acerca do seu processo de formação e superação. Outrossim, impõem-se alguns necessários cuidados no que tange à sua redação pela Corte, a fim de que a interpretação pelos demais órgãos não dê margem a subjetivismos do exegeta e descumprimentos por via oblíqua.

4.2.2.1. Procedimento de formação do enunciado sumular vinculante

Em momento anterior, já se cuidou de alertar para as distinções entre decisão judicial, precedente judicial, jurisprudência dominante e enunciado de Súmula⁴¹. Essas primeiras considerações são elementares para a continuidade deste estudo.

cia. Nesse efeito vinculante está implícita, portanto, a eficácia com relação a todos". Tratando da importância do Direito Sumular ainda na década de 80, Álvaro Mello Filho (Direito sumular brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, p. 243 e s., 1986), já pontuava: "Deflui-se dessa análise que o Direito Sumular não pode continuar a ser ignorado ou relegado a plano secundário, pois, como síntese da orientação pacífica dos tribunais e órgãos administrativos judicantes, representa um esforço dos juristas, com a preocupação de aperfeiçoar e valorizar as leis, participando da perpétua obra de evolução do Direito, em íntimo contato com a realidade social e contínua superação das previsões legislativas. Por isto, diante dos novos casos e problemas, não se pode deixar de refletir sobre as exegeses da norma a aplicar já adotadas em hipóteses idênticas ou semelhantes, em julgados anteriores equacionados e estabilizados nas súmulas".

⁴¹ A escalada normativa pode ser resumida em trecho de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (Os prejulgados, as súmulas e o TST. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 95, 1977): "No *Direito Sumular*, fala-se em precedente, mas em sentido cumulativo, isto é, em uma série de precedentes. A força do precedente para desaguar em *súmula*, reside em sua iteratividade. Para que se *sumule* um preceito emitido em julgamento, por um tribunal brasileiro, é indispensável que esse preceito se venha reiterando em outros julgados. Na formação do *Direito Sumular*, portanto, não há precedente, mas precedentes. Se a *iteratividade* é o elemento quantitativo que arremata na *súmula*, o seu elemento conceitual é

4.2.2.1.1. *Enunciado de súmula: cautelas no conteúdo e na redação*

Deve-se ter em mente a ideia de que, quando um Tribunal edita um enunciado para integrar sua súmula, leva-se em consideração uma série de julgamentos anteriores em sentido assemelhado⁴². O enunciado teoricamente deve refletir a *ratio decidendi* e a *holding* dos casos paradigmáticos que foram considerados para a sua edição⁴³. Não se trata puramente de uma ementa de acórdão, até porque esta reflete a norma julgada extraída do resultado de um julgamento, enquanto o enunciado sumular se refere ao resumo de resultados de vários julgamentos⁴⁴. Ademais, o enunciado precisa ser redigido, le-

a uniformidade, que se define pelo mesmo sentido imprimido pelo tribunal a uma norma sobre uma situação de fato”.

⁴² Carmen Lúcia Antunes Rocha (Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan. /mar. 1997) define o enunciado sumular como “o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem”.

⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*, cit., p. 270.

⁴⁴ Nas palavras autorizadas de Alfredo Buzaid (BUZOID, Alfredo. *Tribunais de Alçada*. In: *Encontro dos Tribunais de Alçada do Estado de Minas Gerais*, n. 6, *Anais...* Belo Horizonte, 1983, p. 42-43), enfrentando o tema ainda quando da inexistência dos efeitos vinculantes: “O acórdão, ainda quando tenha uma tese jurídica, é sempre o julgamento de um caso concreto. Pode valer como precedente judiciário e sua importância depende da eficácia das razões que adota. A súmula, ao contrário, é um juízo de valor. Entre dois entendimentos da mesma regra jurídica diversos ou contraditórios, acolhe um deles por julgar que melhor se adequa ao espírito que a ditou. A súmula não tem força obrigatória: todavia, se não for observada por juízes e tribunais, a sentença que a contrariou é reformável. A tese ou interpretação jurídica consagrada na súmula não é o resultado de estudo ligeiro ou apressado da regra jurídica; é, diversamente, fruto de larga discussão ou contro-

O conteúdo objeto do verbete, via de regra, tem de se ater a questões eminentemente jurídicas (e de cunho constitucional) e não de fato. Caso contrário, estar-se-ia criando uma ementa e não um enunciado de Súmula. Isso não implica dizer que da leitura do seu texto não se possa extrair a situação de fato que produziu tal ou qual repercussão jurídica; isso, na verdade, é bom que esteja esclarecido a fim de se evitar incorretas interpretações por parte do exegeta⁴⁶.

Ademais, a formatação do enunciado ainda carece de cuidados do tribunal que o edita, quando da inserção de termos ou conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, na medida em que invariavelmente provocam dificuldades interpretativas que dão margem a descumprimentos pelos demais órgãos, que terão necessariamente de extrair linguisticamente os significados constantes da norma judica-

como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 838, p. 42 e s., ago. 2005): “Em se admitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse editar enunciados que consagassem questões paralelas ou inteiramente novas, estar-se-ia desvirtuando todo o modo (processo) próprio da atividade jurisdicional, porque ele estaria (i) agindo de ofício, (ii) sem a observância do contraditório e da ampla defesa e (iii) além dos limites da demanda. A atividade jurisdicional perderia sua nota típica, tornando-se, nessas hipóteses, uma atividade verdadeiramente legislativa (em um processo mais aproximado do legislativo que do jurisdicional). Dessarte, a súmula vinculante que consagre questões paralelas (*obiter dicta*), ou, o que é pior, questões inteiramente novas, será inconstitucional, por usurpação de funções, violação ao princípio de separação de poderes e da própria cláusula constitucional da súmula vinculante, já que, repita-se, estariam sendo igualadas as atividades legislativa e jurisdicional”.

⁴⁶ Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (Súmula vinculante: desastre ou solução?, cit., p. 295 e s.): “Para serem consideradas questões de direito – teses jurídicas puras – as regras que podem ser objeto de súmula devem se aplicar a fatos *cujos aspectos que têm consequências jurídicas* e que possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvam peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação de respectivo regime jurídico”.

da, com uma consequente enxurrada de reclamações contra a incorreta interpretação da "súmula".

4.2.2.1.2. *Requisitos legais para edição do verbete sumular*

O verbete sumular vinculante é, sem dúvida alguma, o provimento judicial que mais se aproxima da eficácia de norma positivada (entenda-se, positivada pelo legislador). Há, inclusive, quem entenda que, em termos de eficácia, o enunciado vinculante da Súmula do STF tem mais autoridade do que a norma legislada, exatamente pela possibilidade de que, acaso descumprida, seja objeto de Reclamação diretamente na Excelsa Corte.

O legislador constituinte e o ordinário (Lei n. 11.417/2006), ao disciplinarem o tema, deixaram muito claro que a aprovação do enunciado com efeitos vinculantes depende basicamente de três requisitos: i) provocação de uma parte legitimada ou de deliberação da corte; ii) decisão de 2/3 dos integrantes da corte (*quorum* qualificado); iii) (iii.1) reiteradas decisões (iii.2.) sobre matéria constitucional.

O primeiro pressuposto tem verdadeiro caráter restritivo, na medida em que confere a poucos a legitimidade⁴⁷ para propor a edição de

⁴⁷ Vide artigo da Lei n. 11.417/2006, o qual é mais extenso do que o rol de legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade: "Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais

enunciado sumular vinculante, proposição esta que deve tramitar no STF por meio da classe processual 'PSV' (Proposta de Súmula Vinculante), consoante Resolução n. 381/STF, de 29.10.2008.

De toda sorte, se diferente fosse, com outorga de poderes para que qualquer jurisdicionado pudesse provocar o Supremo para editar, cancelar e rever enunciados vinculantes de sua súmula, ficaria bastante descaracterizado um dos escopos da nova norma, qual seja, o de desobstruir a pauta da Corte, que certamente iria ser inflacionada com essa nova classe processual.

O segundo requisito estabelecido constitucionalmente para a aprovação de enunciado vinculante é o do *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) dos integrantes da Corte, ou seja, a presença e o voto de pelo menos oito ministros⁴⁸. Esse *quorum* diferenciado tem por objeto dar mais segurança aos jurisdicionados no que tange à imposição obrigatória de determinada decisão da Corte.

O terceiro pressuposto acima elencado para a edição da "súmula vinculante" é a necessidade de que a sua edição se dê "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional", contudo, não especificou o constituinte derivado, tampouco o legislador infraconstitucional, quantas decisões são necessárias ou suficientes para atender ao que se pretendeu estipular com tal terminologia ("reiteradas").

Não se sabe, pois, com segurança, qual a quantidade mínima de decisões da Corte sobre um mesmo assunto que autorizam a edição

Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

⁴⁸ Fábio Martins de Andrade [Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC 45/2004 e lei nº 11.417, de 19.12.2006). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 174, p. 49-72, abr/jun. 2007] lembra que se trata de *quorum* decisório e não simplesmente *quorum* presencial.

de um enunciado sumular vinculante. Certo é que deve haver um mínimo de estabilidade da orientação pretoriana a que se pretende revestir de efeitos vinculantes. Isso implica dizer: considerável número de casos julgados e uma continuidade (ou seja, sem grandes interrupções temporais) da aplicação do entendimento pela Corte⁴⁹.

Bastante complicada a pretensão de se fixar uma quantidade de casos mínimos e de tempo para que a tese possa se considerar madura o suficiente pelo Tribunal para receber tal *qualificação*, a ponto de se tornar obrigatória para as demais instâncias e esferas do Poder Público. Há ordenamentos, no entanto, que expressamente preveem um número mínimo de casos julgados⁵⁰.

Vale atentar, todavia, para a circunstância de que esses casos julgados devem compreender, em sua maioria, recursos extraordinários, muito embora seja possível que o mesmo entendimento haja sido aplicado em ações e incidentes julgados pela Corte desprovidos de efeitos vinculantes, pois, se assim o possuísem, se faria desnecessário o procedimento de edição da “súmula vinculante”⁵¹.

O fato é que deverá prevalecer o bom-senso dos ministros do STF, bem ainda daqueles legitimados a postular a edição da “súmula vinculante”, quando da instauração de qualquer Proposta de Súmula Vinculante (PSV), mesmo porque, se a “súmula vinculante” pode ser considerada o ápice da escalada normativa de uma decisão judicial, é

⁴⁹ BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Graziela Mariete. Exequibilidade da súmula vinculante, cit., p. 25-33.

⁵⁰ Apenas a título ilustrativo: a Constituição portuguesa, em seu art. 281, n. 3, confere força obrigatória geral à decisão de inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido julgada, pelo Tribunal Constitucional, inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

⁵¹ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 99 e s., set. 2007.

muito natural que o entendimento já esteja devidamente consolidado na Corte.

Outrossim, ainda como parte do terceiro requisito há pouco apresentado, imprescindível que a matéria sumulada e com força obrigatória se refira a tema afeto à constitucionalidade, em face do *caput* do art. 103-A da CF/88, e do art. 2º da Lei n. 11.417/2006. Essa limitação tem em vista a preservação da ideia de que o STF deve funcionar como Corte Constitucional e não como última instância revisora.

Sabe-se, contudo, que raramente uma matéria poderá ser considerada de índole exclusivamente constitucional. Isso não impede que a matéria venha a ser objeto de “súmula vinculante”⁵². O que não é possível é se invocar indiretamente o tema constitucional como pano de fundo para que a matéria seja conhecida e emprestada à decisão a força obrigatória.

Há ainda outros requisitos que o Tribunal deve considerar quando da edição do verbete sumular de força obrigatória, como, *v.g.*, a participação de terceiros interessados (espécie de *amicus curiae*)⁵³

⁵² Teresa Arruda Alvim Wambier (Súmula vinculante: desastre ou solução?, cit., p. 295 e s.) tenta exemplificar alguns casos que dificilmente poderiam vir a ser tratados em “súmula vinculante”, tais como questões de direito de família. Marcelo Alves D. de Souza (*Do precedente judicial à sumula vinculante*, cit., p. 271) lembra que “alguns ramos do Direito possuem natureza compatível com os enunciados curtos e precisos de uma súmula; outras não. No primeiro grupo, estão, por exemplo, o Direito Tributário e o Direito Previdenciário: em regra, apesar da complexidade de suas teses jurídicas, as questões fáticas não são de grande complexidade. Mas há ramos do Direito, como o Direito Penal e o Direito de Família, em que, além das teses jurídicas por vezes tormentosas, as questões de fato são quase sempre bastante complexas, de profundo casuísmo, impedindo a utilização da súmula vinculante ou, ao menos, dificultando-a sobremaneira”.

⁵³ A ampliação subjetiva dos participantes na formulação do enunciado é medida que converge com a ideia de democratização do Judiciário, pois “enriquece

com a matéria objeto da deliberação que poderá tomar força vinculante. Essa intervenção geralmente deve ser provocada pelo interessado, cabendo ao relator da PSV examinar o pedido e decidir, de forma irrecorrível (art. 21, XVIII, do RISTF), sobre a possibilidade de sua intervenção em audiências públicas⁵⁴. Sob o aspecto formal, cumpre ao Tribunal, no prazo de dez dias, após a edição do verbete, divulgá-lo no *Diário da Justiça* e no *Diário Oficial da União*, a fim de dar ampla publicidade à norma julgada, agora revestida de força obrigatória.

4.2.2.1.3. *Inconstitucionalidade (formal e material) de enunciado sumular vinculante?*

Definidos no item anterior alguns pressupostos de ordem constitucional que precisam ser observados pelo Supremo Tribunal Federal quando da edição de enunciados de sua súmula, resta saber se é possível se cogitar na inconstitucionalidade formal ou material de um verbete ao qual se emprestou força obrigatória em caso de não cumprimento dos referidos requisitos.

Evidentemente que não se pretende discutir a inconstitucionalidade da *súmula* de caráter vinculante nos moldes em que estabele-

o processo com elementos de informação e a experiência que o *amicus curiae* pode transmitir à Corte”, como lembra CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 146, jul./set. 2008.

⁵⁴ Importante notar que o STF, ao editar o enunciado sumular vinculante de n. 2 (“É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”), rejeitou, por maioria, o pedido de intervenção de terceiro, sob o argumento de que a participação de *amici curiae* somente deve ser permitida nos casos de PSV (Proposta de Súmula Vinculante) externa, ou seja, aquela que tiver sido provocada pelas pessoas legalmente legitimadas. Afastou-se, pois, a intervenção de terceiros nos casos de PSV internos, suscitados de ofício por integrantes da Corte.

cido pela EC n. 45/2004, mas sim de eventual *enunciado* de súmula editado pelo Supremo Tribunal Federal e que esteja desconforme em relação ao modelo constitucionalmente previsto pelo legislador constituinte de segundo grau (derivado).

E essa arguição de inconstitucionalidade pode decorrer, exemplificativamente, das seguintes situações: i) ausência de *quorum* qualificado (2/3 dos integrantes do Tribunal) na votação do verbete (ou de parte dele); ii) inexistência de reiteradas decisões da Corte sobre o tema sumulado; iii) não disciplinamento de matéria constitucional; iv) ausência de divulgação na imprensa oficial do enunciado. Os itens 'i', 'ii' e 'iv' poderiam vir a ser classificados como hipóteses de inconstitucionalidade formal, enquanto o item 'iii' como de inconstitucionalidade material, por violar o próprio conteúdo admitido pela "súmula vinculante".

A ausência do *quorum* exigido constitucionalmente, embora possa parecer questão de fácil resolução (dada a necessidade de que oito ministros aprovem o texto a ser sumulado), pode demandar alguns questionamentos a ponto de suscitar a inconstitucionalidade do verbete, especialmente nas hipóteses em que a Corte (ou pelo menos oito ministros) tenha dificuldade em chegar a uma conclusão uniforme e majoritária acerca de todas as partes do enunciado.

A maioria qualificada, para efeitos de atendimento do *quorum*, deve ser com relação a todos os "pontos" (ou partes) do verbete. Se assim não for, o enunciado sumular pode ficar viciado, comprometendo-se, via de regra, a "parte" do verbete que não alcançou o número mínimo de adesões por parte dos ministros da Corte. Excepcionalmente, a falta de *quorum* qualificado em uma das "partes" do enunciado pode inclusive macular por arrastamento as demais "partes" da "súmula" que àquela(s) estejam vinculadas ou que dela(s) sejam decorrência lógica^{ss}.

^{ss} Não raras vezes (*vide* debate acerca da "súmula vinculante" ns. 1 e 5), quando das discussões para aprovação dos enunciados vinculantes, os ministros da Corte têm debatido acerca da utilização de determinadas expressões (e não "partes")

Poder-se-ia tomar como exemplo fictício o seguinte caso: imagine-se que sobreviesse (hoje seria desnecessário pensar em tal tema diante do julgamento da ADPF n. 132 e ADI de n. 4277) proposição de enunciado vinculante com o seguinte teor: “a união de pessoas do mesmo sexo equipara-se, para todos os fins, à união estável, inclusive para efeitos de adoção”. Vê-se claramente que a proposição consta de pelo menos duas partes: a primeira se refere à equiparação entre a união homoafetiva à união estável, enquanto a segunda entende compreensível nessa equiparação os direitos e deveres relativos à adoção. Nesse caso, se o *quorum* qualificado fosse apenas no concernente à primeira parte do enunciado, estar-se-ia excluindo da equiparação, pelo menos para os efeitos vinculantes, os direitos e deveres relativos à adoção por união de pessoas do mesmo sexo.

Logo, se o enunciado fosse publicado tal como proposto, haveria clara inconstitucionalidade da segunda parte do verbete, porquanto este segmento não teria alcançado o *quorum* para se tornar obrigatório.

Também é de se cogitar como inconstitucional verbe sumular que venha a ser aprovado sem que preexista um mínimo razoável de decisões pretéritas da Corte sobre o assunto. Como dito alhures, a matéria de índole constitucional precisa estar consolidada no âmbito do Tribunal. Exige-se, pois, um conjunto de decisões contínuas e duradouras, isto é, estáveis⁵⁶.

propriamente ditas) do verbete, que quase nada alteram o enunciado, mas tão somente para aperfeiçoar sua redação e evitar atecnias.

⁵⁶ O STF, ao editar o Enunciado n. 11 (“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”) de sua Súmula, baseou-se quase que

Converter uma só decisão em “súmula vinculante” é motivo justo e plausível para se questionar a constitucionalidade do enunciado. Outrossim, incluir expressões que modifiquem substancialmente o conteúdo de *questões de direito* debatidas anteriormente pela Corte também leva à inconstitucionalidade do verbete sumulado.

Outra hipótese que pode levar ao questionamento da constitucionalidade do verbete sumulado é quando o seu conteúdo tratar de matéria estranha ao Direito constitucional. A competência da Excel-sa Corte, exceto quando atua como instância originária (e.g., ações penais contra as autoridades detentoras de prerrogativas de foro), deve ser limitada à interpretação de questões de índole constitucional. Por consequência, os enunciados com força obrigatória devem limitar-se a tais matérias.

Não é suficiente apenas um envolvimento reflexo do Direito constitucional, pois se assim fosse, todos os sub-ramos do Direito impactariam em último grau no Direito constitucional e seria inócua a intenção do constituinte derivado e da Lei n. 11.417/2006⁵⁷.

exclusivamente no resultado dos julgamentos do HC 89.429 e HC 91.952, ou seja, em dois casos apenas, atentando contra exigência do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional, que impõem reiteradas decisões sobre o tema. E mais: a leitura dos debates, que antecederam a formulação do dito verbete, demonstra claramente que a matéria não estava consolidada na Corte. As informações constantes no sítio eletrônico oficial do STF (STF. Movimento processual: Movimento Processual nos anos de 1940 a 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimento-Processual>>. Acesso em: 26 jul. 2011) dão conta de outros dois precedentes, julgados há bastante tempo, em 1995 e em 1978, que são insuficientes para comprovar a continuidade da orientação pretoriana.

⁵⁷ A “súmula vinculante” n. 27 (Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.) é hipótese clara de verbete que não envolve nem de longe matéria constitucional, tratando-se

Em verdade, praticamente todas as ramificações do Direito podem, em algum momento, conter normas de interpretação controvertida pelos tribunais ou entre estes e a Administração Pública, despertando insegurança e provocando uma avalanche de ações judiciais versando sobre a mesma questão de direito.

Nesses casos, se a norma questionada não for específica da subárea do Direito, ou seja, caso se trate de uma norma de maior latitude e com estreita ligação a princípios e garantias constitucionais, haverá razão para uma intervenção da Corte mediante a edição da "súmula vinculante". Isso explica em parte a dificuldade em delimitar abstratamente quais subáreas do Direito estão mais propícias à formulação de verbetes vinculantes.

Examinando-se os, até então⁵⁸, trinta e dois enunciados vinculantes do STF, pode-se classificá-los como sendo (ainda que com alguma relação com Direito Constitucional): 9 ligados ao Direito Administrativo, 7 ao Direito Tributário, 6 ao Direito Penal, 4 ao Direito puramente Constitucional, 3 ao Direito do Trabalho, 2 ao Direito Processual e 1 ao Direito Eleitoral⁵⁹. Esses números, todavia, ainda não podem ser considerados suficientes para indicar que matérias são mais propícias à edição dos verbetes jurisprudenciais com efeitos obrigatórios. Devem ser tomados apenas como meros indicativos, mas sem que se extraiam conclusões definitivas.

de questão de índole meramente processual, pois versa basicamente sobre a competência para julgamento de ação judicial.

⁵⁸ Considerações feitas com base no dia 1º de agosto de 2011.

⁵⁹ Alguns verbetes poderiam ser classificados em duas subáreas, como é o caso do de n. 24 ("Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo), que tanto pode ser considerado como de Direito Penal como de Direito Tributário, tendo-se optado pelo primeiro, pelo fato de o seu conteúdo ser sancionatório.

Também pode macular de inconstitucionalidade o enunciado sumular a ausência de sua divulgação nos órgãos oficiais no prazo de dez dias da sua edição. Aqui o vício parece ser de menor gravidade, na medida em que na prática a “súmula” apenas não estaria apta a produzir efeitos vinculantes, o que, todavia, não impede a Corte de publicá-lo após nova “aprovação” do mesmo texto, em sessão para tanto designada.

4.2.2.1.4. *Segue: inconstitucionalidade (formal e material) de enunciado sumular vinculante? Controle abstrato (concentrado) ou concreto (difuso)?*

Evidenciadas pelo menos quatro hipóteses em que se pode suscitar a inconstitucionalidade do enunciado da Súmula dotado de força obrigatória, impende analisar de qual(is) instrumento(s) se deve valer para arguir tal incompatibilidade com a Carta da República.

Não há como se negar a possibilidade do exercício do controle incidental realizado difusamente pelos magistrados de todo o País. A não aplicação do texto de “súmula vinculante” deve ser exaustivamente fundamentada pelo juiz do caso, a fim de que as partes conheçam as razões jurídicas pelas quais o enunciado normativo se encontra viciado pela máxima ilegalidade (inconstitucionalidade).

Ademais, essa motivação do magistrado será de suma importância também para eventualmente “alertar” a Excelsa Corte sobre circunstancial equívoco ali cometido, já que, muito provavelmente, a decisão que invocar inconstitucionalidade de verbete vinculante será alvo de Reclamação.

Em primeiro grau, o vício pode ser reconhecido monocraticamente pelo juízo processante, enquanto, no segundo grau e nos tribunais superiores, deve-se respeitar a cláusula de reserva de plenário, estampada nos arts. 480 e 481 do CPC⁶⁰, estando impedido o relator

⁶⁰ Art. 480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder

ou mesmo o órgão fracionário de declarar a inconstitucionalidade do enunciado vinculante enquanto não houver manifestação nesse sentido do órgão especial ou do Pleno da Corte.

É que o enunciado sumular deve ser equiparado, para todos os efeitos, a ato normativo, o qual, contudo, emana da Excelsa Corte. Classificá-lo distintamente seria lhe conferir mais força que às normas legisladas, visto que não ficariam sujeitos à fiscalização de sua constitucionalidade.

Da mesma forma, se o verbete de súmula vinculante é ato normativo, também não haveria por que impedi-lo de ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade e/ou Ação Declaratória de Constitucionalidade⁶¹. Sucede que os mesmos legitimados a propor a ADIn e a ADC também possuem legitimação para postular a revisão e o

público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 1998.)

⁶¹ Examinando o tema ainda antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 e da Lei n. 11.417/2006, Saulo Ramos (Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 24 e s., jul./set. 1996) já se manifestava favorável às “súmulas vinculantes” e o seu caráter normativo, o que as sujeitaria ao controle de constitucionalidade pela via direta, quando editado pelos Tribunais superiores (exceto STF): “a súmula vinculante, por sua eficácia obrigatória *erga omnes*, passará a ter natureza normativa e, portanto, quando editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outro Tribunal Superior, como o do Trabalho e o Eleitoral, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que hoje não se admite quanto às súmulas vigentes, posto que simples uniformizadoras da jurisprudência do próprio tribunal”.

cancelamento da “súmula vinculante”, resultando em carência de ação (falta de interesse processual-inadequação da via eleita e desnecessidade no seu ajuizamento), haja vista ser o procedimento de revisão e cancelamento mais adequado e célere para tais propósitos.

Como na fiscalização concreta, regra geral, os interessados não detêm legitimidade para requerer diretamente e em nome próprio a revisão e/ou cancelamento da “súmula vinculante”, resta admitir a arguição do vício de inconstitucionalidade pela parte eventualmente prejudicada, exatamente por se tratar do único instrumento disponível para se alcançar tal objetivo.

4.2.2.2. Superação de enunciado sumular vinculante: revisão e cancelamento

O argumento de que a “súmula vinculante” engessa a atividade judicial das instâncias inferiores e petrifica o Direito, impedindo que este acompanhe a evolução da sociedade, pode e deve ser amenizado em razão da possibilidade de sua revisão e cancelamento pelo próprio Supremo Tribunal Federal, consoante previsto no § 2º do art. 103-A da CF/88, e § 3º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006⁶².

É óbvio que, em se tratando da última instância do Poder Judiciário, apenas e tão somente o STF tem legitimidade e autoridade para revisar ou cancelar, pela via jurisdicional⁶³, os verbetes de sua súmula.

⁶² No *common law*, como estudou-se anteriormente, a revisão ou cancelamento de entendimento jurisprudencial opera-se, substancialmente, por meio do *overruling* e eventualmente do *overriding*.

⁶³ Nada impede, contudo, que, por meio legislativo, haja alteração normativa que possa interferir no enunciado vinculante. Para esses casos, a Lei n. 11.417/2006, em seu art. 5º, determinou que compete ao STF rever ou cancelar o verbete eventualmente afetado. Sobre o tema, Fábio Martins de Andrade (Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.417, de 19.12.2006, cit., p. 59) atentou: “Esse dispositivo

Após mais de cinco anos de vigência da Lei n. 11.417/2006 e a edição de 32 enunciados vinculantes, não houve ainda nenhum caso de revisão ou cancelamento definitivo por parte da Corte, muito embora existam em tramitação propostas de cancelamento do Enunciado n. 5⁶⁴ e de revisão do verbete n. 17⁶⁵.

Vigoram para a revisão e cancelamento de enunciado de caráter vinculante as mesmas regras que disciplinam a edição das "súmulas", quais sejam: i) possibilidade de que ocorra de ofício, por iniciativa dos membros do STF, ou por provocação externa, por meio dos legitimados do art. 3º da Lei n. 11.417/2006; ii) necessidade de *quorum* qualificado (igualmente de 2/3 dos membros da Corte); iii) manifestação opinativa por parte do Procurador-Geral da República, exceto nos casos de postulação de sua iniciativa; e iv) publicação na imprensa oficial indicando a revisão ou cancelamento do verbete.

está coerente com aquele do § 1º do art. 2º da lei. Se o objeto do enunciado de súmula com efeito vinculante é a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas nas condições que menciona, então, sempre que a lei em que foi fundada tal edição for modificada ou revogada, nada mais lógico do que a respectiva revisão ou cancelamento de tal enunciado".

⁶⁴ Nesse caso, o proponente é o Conselho Federal da OAB, que pretende cancelar o Enunciado n. 5 ("A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição") ou, como pleito alternativo e derradeiro, alterar o enunciado da súmula editada, dele passando a constar que, se houver advogado constituído, a sua não intimação nulifica o processo.

⁶⁵ O proponente é o Estado de São Paulo, que postula que seja revisado o texto do Enunciado n. 17 ("Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos"), para que tenha a seguinte redação: "Durante o período previsto no parágrafo primeiro do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora, voltando a correr a partir do vencimento do precatório, caso não pago dentro daquele período".

Veja-se ainda que o constituinte derivado considerou a possibilidade tanto de (i) revisão como de (ii) cancelamento de “súmula”. Resta, no entanto, saber se efetivamente há alguma distinção entre as situações.

Ao falar em revisão de enunciado de súmula, sugere-se a ideia de *continuidade existencial* do ato normativo-judicial, porém, com outro texto, que pode ter sido total ou parcialmente modificado⁶⁶. A modificação parcial do enunciado é possível quando se acrescentam ou se excluem termos ou expressões da redação original do verbete, seja para simplesmente aperfeiçoar a sua redação, seja para restringir ou ampliar o seu âmbito de eficácia. Já a revisão total do enunciado pode ocorrer apenas para melhor expressar a *holding* objeto dos reiterados precedentes julgados pela Corte, como também para inovar completamente o teor do enunciado, invertendo-se por completo a ideia inicialmente veiculada no texto do verbete.

Hipótese ilustrativa de revisão total do enunciado de súmula seria a substituição da expressão “inconstitucional” para “constitucional” do verbete n. 31 (Original: “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”; Revisado: “É constitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”).

Os casos de inversão completa do teor do enunciado são os mais emblemáticos e que impõem maiores cautelas para a Corte, na medida em que terá de demonstrar fundamentadamente as razões pelas quais está modificando um entendimento já pacificado – mui-

⁶⁶ José Carlos Buzanello e Graziela M. Buzanello (Exequibilidade da súmula vinculante, cit., p. 29) refletiram parcialmente sobre o tema: “Terá lugar a revisão quando for necessária a alteração do próprio conteúdo da súmula, em virtude de alteração no entendimento jurídico sobre o tema, na legislação ou nas circunstâncias fáticas”.

tas vezes há anos ou décadas – no Tribunal. A mudança de entendimento, para que seja realmente motivada, deve se lastrear no equívoco ou injustiça do primeiro enunciado, na necessidade de desenvolvimento do Direito ou em alteração do contexto legal da época das pretéritas decisões⁶⁷.

A segurança jurídica e os valores dela derivados, como a estabilidade e a previsibilidade, conspiram contra a mudança total de orientações pretorianas, mas não podem ser responsáveis pela perpetuação de injustiças. E, como os tribunais são formados por magistrados-homens e, portanto, têm sua atividade sujeita a equívocos dos mais variados níveis, não poderia se pretender que o resultado das interpretações judiciais ficasse alheio não apenas às transformações sociais, mas ao crivo de entendimentos de seus novos integrantes.

É claro que revisões prematuras e constantes de entendimentos sumulados contrariam a própria lógica do sistema e o bom-senso dos cidadãos, daí por que o constituinte exigiu que a “súmula vinculante” somente seja editada após reiteradas decisões, é dizer, quando a orientação da Corte esteja consolidada, a fim de se evitar instabilidade e insegurança.

Distintamente da revisão, mas com os mesmos requisitos formais, o cancelamento de enunciado vinculante refere-se aos casos em que a orientação nele encartada deixa de ser útil ao sistema, seja

⁶⁷ Comentando os casos de *overruling* no direito inglês, DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 118-119. No Brasil, Osmar Mendes Paixão Côrtes (*Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 208) adverte: “É fato que, em razão da alteração da realidade social e da percepção de novos aspectos da mesma problemática, os motivos que levaram à edição de uma súmula podem ser modificados e o enunciado consolidado venha a ser alterado ou revogado. Some-se a possibilidade de a atividade legislativa vir a acelerar o processo de alteração da realidade regulamentando ou modificando normas que tenham servido de base para o entendimento sumulado”.

porque caiu no desuso social – não mais interessando qualquer regulamentação –, seja porque a norma por ele interpretada foi revogada pelo Legislativo⁶⁸. Essas situações levam o Supremo a expurgá-lo da sua coletânea de entendimentos consolidados.

Dessa forma, não há como se falar em cancelamento total ou parcial de enunciado vinculante, pois mera restrição no seu texto será considerada revisão e não cancelamento, subsumindo-se nesse conceito apenas a retirada integral do verbete do rol de assuntos sumulados pelo Tribunal.

Oportuno recordar que tanto o processo de revisão como o de cancelamento de verbete vinculante de súmula poderão ser provocados por força de eventuais inovações legislativas, já que o Parlamento não fica impedido de normatizar assuntos já sumulados⁶⁹.

4.2.2.3. Segue: superação de enunciado sumular vinculante – Os casos passados, presentes e futuros

O ponto alto e complexo de toda a discussão a respeito da superação de “súmula” dotada de força obrigatória e contra todos é, na

⁶⁸ Nas palavras de Buzanello e Buzanello (Exequibilidade da súmula vinculante, cit., p. 29), o cancelamento tem relação com “a revogação do enunciado, com sua retirada do sistema jurídico brasileiro em virtude de alterações legislativas, na interpretação de uma determinada norma constitucional ou, até mesmo, em decorrência de modificações políticas da sociedade”.

⁶⁹ Como lembra José Marcelo Menezes Vigliar (Reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 292), “a atividade legislativa continuará a ser plena (com os limites constitucionalmente existentes – como é o caso do necessário respeito às cláusulas pétreas) e eventuais vícios (de forma ou de conteúdo) dos atos que produzam serão apresentados pelas vias disponíveis ao próprio Supremo Tribunal Federal”.

verdade, a fixação da sua eficácia temporal. Saber, pois, se é possível a Corte, ao cancelar ou revogar um enunciado, restringir temporalmente as consequências da mudança de seu entendimento, assim como se faz no Direito estadunidense com as variações técnicas do *prospective overruling*⁷⁰.

A leitura conjunta do art. 103-A, *caput* e parágrafos, da CF/88 e da Lei n. 11.417/2006 não permite qualquer conclusão definitiva. Na verdade, tanto o constituinte como o legislador ordinário omitiram-se do tratamento da questão relativa à eficácia temporal da revisão e do cancelamento de enunciado vinculante da súmula do STF.

Esse lapso legislativo, proposital ou não, conduz a maior parte dos estudiosos do tema – da súmula vinculante – a se quedar no exame da problemática retromencionada, deixando em aberto importante questão relacionada ao tema e de fundamental interesse aos jurisdicionados.

É consabido que a regra é da retroatividade das decisões judiciais e, por isso, a tendência é que se opere também esse mesmo efei-

⁷⁰ A comparação com modelos estrangeiros deve sempre ser feita de modo cuidadoso e com responsabilidade pelo jurista, para não incorrer em adaptações indevidas e resultados catastróficos, como bem já alertou Saulo Ramos (Questões do efeito vinculante, cit., p. 24 e s.): “Aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque (...) ou caímos na imitação inajustável às nossas características, ou, em nome do aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais. Nossos problemas são problemas nossos. A experiência estrangeira deve ser estudada e não imitada. Cultura e conhecimento na ciência jurídica são essenciais e melhores se forem amplos, abrangentes do conhecimento e cultura de outros povos. Mas a solução para os problemas brasileiros há de ser concebida e aplicada de acordo com as próprias características e necessidades, que se plasmam em peculiaridades locais, culturais, emocionais, tradicionais, religiosas, políticas, insubordináveis aos modelos estrangeiros, ainda que vitoriosos em seus países. Imitar soluções e adaptar modelos são duas maneiras de não se ter nada”.

to para fins de revisão e cancelamento do verbete vinculante. Ocorre que essa ideia é fruto do dogma de que a jurisprudência não tem caráter inovador, não cria direitos e, portanto, apenas constitui instrumento de expressão do Direito em curso⁷¹.

Outrossim, poder-se-ia arguir que o legislador, quando quis disciplinar diferentemente a questão, fê-lo expressamente, tal como no art. 27 da Lei n. 9.868/99 (que regulamenta a modulação temporal dos efeitos das decisões em ADIn e ADC).

Claro que não se pode confundir a eficácia temporal da revisão ou cancelamento de enunciado vinculante com a técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões – uma vez que aquela se refere à restrição dos efeitos de uma mudança jurisprudencial, enquanto esta se relaciona à proclamação de inconstitucionalidade de um ato normativo – mas, quando menos, revela a proximidade entre as mencionadas técnicas que se prestam a minimizar os prejuízos que emergem à sociedade, que se comporta confiando na orientação pretoriana ou legal vigente num dado momento⁷².

A imposição de eficácia *pro futuro* à revisão ou ao cancelamento de entendimentos sumulados e com efeitos vinculantes pode ser feita, quando necessário, por decorrência natural e automática dos va-

⁷¹ Veja-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, no AgRg em AgIn 137.619/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.03.1994, p. 5.153, e o Tribunal Superior do Trabalho, no RO em AR 387.687, Rel. Min. Francisco Fausto, DJU de 07.12.2000, p. 602, já expressamente consignaram a eficácia retroativa dos entendimentos por eles sumulados, a fim de alcançar situações ocorridas anteriormente à sua vigência.

⁷² No alerta de Estevão Mallet (A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 133, p. 67 e s., 2006): “Realmente, a aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança”.

lores constitucionalmente previstos no sistema, especialmente a segurança jurídica e a proporcionalidade.

Ademais, a falta de disciplina normativa não foi óbice para que o STF, exercendo o controle de constitucionalidade pela via indireta, emprestasse efeitos prospectivos à sua decisão proferida em sede de recurso extraordinário⁷³, justamente para preservar a segurança jurídica.

O Tribunal precisa ter noção dos efeitos, de toda ordem (econômica, política, social, cultural, administrativa e jurídica), que podem decorrer da revisão ou cancelamento de uma “súmula vinculante”, para ponderar racional e objetivamente a necessidade de emprestar eficácia temporal diferenciada ao seu ato⁷⁴.

Os enunciados vinculantes que versam sobre matéria constitucional-tributária podem elucidar bastante as reflexões aqui desenvolvidas. Busque-se novamente o caso do Enunciado n. 31 (“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”), aprovado na sessão plenária do dia 04.02.2010 e publicado no DOU do dia 17.02.2010. Acaso seja revisto inteiramente tal enunciado

⁷³ Assim se deu no julgamento do RE 197.917/SP, no qual a Corte entendeu pela inconstitucionalidade do número de vereadores do Município de Mira Estrela, mas lhe conferiu efeitos *pro futuro*, o qual já foi citado anteriormente.

⁷⁴ Como visto alhures, a excepcionalidade da eficácia prospectiva das decisões do Tribunal Constitucional de Portugal é prevista na Constituição portuguesa no art. 282, n. 4, nos seguintes termos: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2”. O STF, quando cancelou o enunciado 394 (Inq 687 QO/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 09.11.2001, p. 44), limitou temporalmente os efeitos da sua novel decisão que reconheceu a inexistência de prerrogativa de foro àqueles que por algum momento já a detiveram.

pelo STF, sinalizando, após quatro anos, pela constitucionalidade da relação jurídico-tributária, não se pode esperar que tal variação jurisprudencial opere retroativamente, com permissão de cobrança do tributo pelos entes municipais daqueles contribuintes que se comportaram em conformidade com o entendimento consolidado pela Corte⁷⁵.

A mitigação dos efeitos advindos da revisão da "súmula vinculante" é medida que se impõe por motivos de segurança, confiança e estabilidade do sistema. A ponderação de interesses, pelo critério da proporcionalidade, também não permitirá que se empreste eficácia retroativa a uma mutação sumular dessa natureza.

Evidentemente, a retroatividade ou prospectividade de uma revisão ou cancelamento de verbete vinculante não pode ser abstratamente pensada e rigorosamente prescrita em regra positivada. É necessário que o exegeta, casuisticamente, investigue as consequências que advirão daquela alteração jurisprudencial (a mudança de enunciado sumular não deixa de implicar modificação da jurisprudência, já que é com base nessa que se formata o verbete) e pondere os interesses em conflito, a fim de alcançar o resultado menos drástico possível dentre todos aqueles que se acenam. Nesse ponto, pois, insere-se o critério da proporcionalidade.

Tanto o processo investigativo como o balanceamento de interesses são fundamentais para que a Corte defina escorreitamente o

⁷⁵ Lembra Luiz Guilherme Marinoni (Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, cit., p. 255 e s.) que a "ordem jurídica – composta pelas decisões judiciais, especialmente as do STF – gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica. Assim, é preciso investigar se há confiança que pode ser dita justificada no precedente revogado. Basicamente, é necessário verificar se o precedente tinha suficiente força ou autoridade, à época da prática da conduta ou da celebração do negócio, para fazer ao envolvido crer estar atuando em conformidade com o Direito".

alcance temporal da mudança jurisprudencial, seja para reconhecer a sua retroatividade, seja para garantir sua eficácia *pro futuro*. Foi-se, portanto, a época em que o Supremo podia aplicar indiscriminadamente eficácia retroativa à mutação de suas orientações, sem se preocupar com as consequências dela derivadas. Logo, por dever constitucional de lealdade e respeito para com o jurisdicional, de segurança para com o sistema e de responsabilidade para com a ordem jurídica, é que a Excelsa Corte está autorizada a, ocasionalmente e de maneira fundamentada, restringir o alcance temporal da revisão e cancelamento de enunciados vinculantes de sua súmula.

4.2.2.4. Autoridade do enunciado sumular vinculante: as hipóteses de descumprimento pelas instâncias inferiores

Questão interessante cujo exame se impõe diz respeito aos casos de descumprimento do enunciado vinculativo pelos magistrados e/ou tribunais inferiores. Inicialmente, é preciso notar que o descumprimento de verbete de seguimento obrigatório pode se dar de duas formas⁷⁶: i) deixando de aplicá-lo quando deveria fazê-lo (seja por negar sua vigência, seja por entendê-lo inconstitucional, seja por proferir decisão contrária); ou ii) aplicando-o indevidamente a situação não abrangida pela norma julgada⁷⁷.

⁷⁶ Entendendo pela possibilidade de violação do efeito vinculante do verbe de três formas distintas, Fábio Martins de Andrade (Comentários sobre a regulamentação da súmula com efeito vinculante (EC n. 45/2004 e Lei n. 11.417, de 19.12.2006, cit., p. 59) afirma que o “enunciado de súmula com efeito vinculante pode ser violado de três formas distintas: (a) por contrariedade; (b) por negação de sua vigência; e (c) por aplicação indevida”.

⁷⁷ A CF/88 fala, no § 3º do art. 103-A, em “contrariar a súmula aplicável” e “indevidamente a aplicar”.

Em ambos os casos, o magistrado que assim procede incorre em *error in procedendo*, na medida em que se equivoca no exercício de sua atividade⁷⁸. Este equívoco só pode ser compreendido como resultante de três possibilidades, a saber, a incorreta interpretação do enunciado vinculante (equiparando situações díspares ou tratando desuniformemente casos similares), o desconhecimento (ignorância jurídica) da "súmula vinculante" ou, em derradeira hipótese, a má-fé da parte do julgador.

O mais comum, certamente, serão os casos decorrentes de incorreta exegese do enunciado revestido de efeitos vinculantes. É medida salutar que os magistrados, antes de concluírem pela (in)aplicabilidade da norma jurisprudencial, examinem não apenas o seu texto, mas também a íntegra da sessão em que ocorreram os debates de formação do verbete, bem como os precedentes julgados que motivaram a edição do enunciado. Somente essa análise conjunta permitirá a devida compreensão das palavras contidas na norma judicada.

O jurista brasileiro tem de se adaptar a lidar com o Direito jurisprudencial. Isso implica necessidade de análise detida dos votos e não apenas das ementas que o encabeçam. Assim também precisa ocorrer, e de uma maneira ainda mais meticulosa, com os precedentes obrigatórios, pois geralmente são mais sucintos que as ementas e, conseqüentemente, poderão não expressar com tanta fidedignidade a *holding* dos casos examinados e do debate em plenário.

Vê-se, pois, que o julgador precisa comparar o caso em julgamento com o paradigma (*leading case* ou demais precedentes), para saber se as circunstâncias fáticas se assemelham a ponto de justificar a aplicação da mesma consequência jurídica. Se assim não o fizer, o magistrado está fazendo uma distinção imprópria, desequiparando indevidamente os jurisdicionados e malferindo a isonomia entre eles.

⁷⁸ BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Graziela Mariete. Exequibilidade da súmula vinculante, cit., p. 30.

O desconhecimento por parte do enunciado vinculante não pode ser considerado e tratado de forma distinta de um descumprimento, pois nesse ponto se aplica a regra do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Naturalmente, em razão da ampla divulgação do enunciado que passa a gozar de efeitos vinculantes, tanto na imprensa oficial como na mídia, muito raramente os magistrados não terão sido informados da existência do enunciado obrigatório, mais ainda se se pensar que a parte interessada normalmente invocará em suas petições o verbete vinculante.

A última hipótese que pode motivar principalmente o afastamento da “súmula vinculante” pode advir de magistrado, hipoteticamente falando, que simplesmente não aceita o caráter vinculante da jurisprudência e deixa de aplicar todo e qualquer enunciado com tal natureza. Em situação como essa, além do cabimento de reclamação, pois não deixa de ser descumprimento de verbete obrigatório, parece ser possível a adoção de medidas administrativo-disciplinares, inclusive no Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷⁹.

A discordância pessoal do magistrado com o mérito do enunciado vinculante não deve ser motivo para deixar de aplicá-lo, podendo ressaltar o seu entendimento sobre a matéria examinada, assim como reiteradamente é feito nos julgamentos colegiados, em que um dos julgadores, a despeito de seguir a orientação majoritária da turma ou da corte, faz expressa ressalva de ordem subjetiva.

⁷⁹ Mauro Cappelletti (*Juízes irresponsáveis?*, cit., p. 71-78) discorre sobre a responsabilidade disciplinar dos magistrados.

4.2.2.5. Reclamação: instrumento de preservação da autoridade do enunciado sumular vinculante

O instrumento estabelecido pelo constituinte para preservar a autoridade de “súmula vinculante” descumprida foi a reclamação⁸⁰, consoante art. 103-A, §3º, da CF/88, facultando-se à parte prejudicada (seja por decisão judicial, seja por ato administrativo do qual não caiba mais recurso na fase administrativa) ingressar com reclamação diretamente na Excelsa Corte, a qual poderá anular o ato administrativo ou cassar decisão judicial, determinando que outra seja proferida.

A Reclamação não impede, todavia, que a parte prejudicada lance mão também de eventuais recursos ou outros meios de impugnação, conforme expressamente constou no art. 7º da Lei n. 11.417/2006. Precisa, no entanto, ser ajuizada antes do trânsito em julgado da decisão que impactou contra o verbete de seguimento obrigatório, por não ser medida substitutiva de ação rescisória⁸¹.

Perceba-se que a EC n. 45/2004 ampliou as hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação, antes prevista apenas para preservar a competência do STF e do STJ e ainda para garantir a autoridade de suas decisões (hipótese em que apenas as partes originárias do processo poderiam se utilizar do referido instrumento – havia, pois, uma restrição subjetiva de legitimados para ajuizá-la)⁸².

⁸⁰ Para um entendimento mais completo acerca da reclamação, inclusive no que respeita à sua evolução histórica no Direito Constitucional pátrio, sua previsibilidade nos ordenamentos estrangeiros e sua natureza jurídica, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2000. *passim*.

⁸¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Reclamação: a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 197, p. 13 e s., jul. 2011.

⁸² Noutro trabalho (Reclamação: instrumento de preservação dos procedentes

Como destacado alhures, o alvo da Reclamação será a decisão judicial ou o ato administrativo que descumpriu o precedente vinculante. Neste último caso, deve ter sido esgotada a instância administrativa para que se abra a via reclamacional.

A real autoridade dos enunciados vinculantes da Suprema Corte poderá ser medida pela quantidade de reclamações ajuizadas e julgadas procedentes, sendo inversamente proporcional a tal número.

Eventual disparada no número de reclamações aforadas, todavia, não deve ser motivo de preocupação, a ponto de se achar que a “súmula vinculante” produziu efeitos contrários aos esperados (de redução do número de processos na Corte), dada a necessidade de amadurecimento e conscientização por parte dos operadores do Direito acerca do precedente vinculativo⁸³.

judiciais e da competência para a apreciação das tutelas recursais provisórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 81, p. 116 e s., dez. 2009), escrito em coautoria com Beatriz Fonteles Gomes Pinheiro, teve-se oportunidade de resumir: “Na sistemática atual, de orientação absolutamente estreita e legalista, a Reclamação somente se presta a garantir a autoridade de decisões proferidas pelos Tribunais, em especial o STF e o STJ, em duas hipóteses, a saber: (I) em ações dotadas de *decisum* com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (processos objetivos), como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), as Ações Cíveis Públicas, as Ações Populares etc. e, igualmente, em processos que resultaram na criação de enunciados vinculantes da Súmula do STF (art. 103-A, *caput* e §3º, da CF/88) – situações em que a via da Reclamação pode ser intentada independentemente de o reclamante ser parte na ação que deu origem à decisão com eficácia contra todos; e, ainda, (II) quando, num processo subjetivo, o juízo *a quo* atua (seja no processamento ou julgamento da causa) em desconformidade com o que fora decidido pelo juízo *ad quem*, caso em que a Reclamação cinge-se a buscar a eficácia de uma decisão proferida no bojo de um recurso vinculado ao próprio processo”.

⁸³ No mesmo artigo (Reclamação: instrumento de preservação dos precedentes judiciais e da competência para a apreciação das tutelas recursais provisórias,

4.2.3. Decisões em sede de “repercussão geral das questões constitucionais” (STF)

A Emenda Constitucional n. 45/2004, além de ter incluído na Carta da República o instituto da “súmula vinculante” no âmbito do Supremo Tribunal Federal, também alterou as regras relativas ao recurso extraordinário, tendo estabelecido um novo pressuposto específico intrínseco de admissibilidade deste⁸⁴, qual seja, a necessidade

cit., p. 121), quando examinava a necessidade de Reclamação para preservação das orientações pacificadas pelo STJ, expressou-se: “Contra-argumentar afirmando que tal medida implicaria uma avassaladora quantidade de Reclamações no STJ não é bastante, pois justiça não se faz apenas com a redução do número de processos julgados pelas Cortes Superiores. Em determinados momentos e em prol do sistema como um todo, faz-se necessário dar um passo para trás para, em seguida, dar-se dois para frente. Diz-se isso porque é natural que, no início, os magistrados inferiores não mudem de postura e continuem a decidir em contradição com os posicionamentos consolidados do STJ. Porém, é previsível que, à medida que suas decisões sejam casadas pelo STJ, haja uma alteração de comportamento, passando a se pronunciarem em conformidade com a Corte Superior, reduzindo, conseqüentemente, o número de Reclamações e reestruturando o sistema, que passará a ser mais coerente, possibilitando ao seu usuário (o jurisdicionado) o recebimento de uma prestação jurisdicional mais célere e justa”.

⁸⁴ A natureza da repercussão geral foi muito bem enfrentada por Bruno Dantas, em obra específica e completa sobre o assunto (*Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado; questões processuais*. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 216-217): “A natureza jurídica do instituto da repercussão geral, segundo nos parece, é de *pressuposto específico de cabimento* do recurso extraordinário, de modo que, embora dotado de peculiaridades, se insere no juízo de admissibilidade desse recurso. Expliquemos nossa posição. O texto constitucional dá razoável indício da natureza do instituto quando menciona que se deve demonstrar a repercussão geral ‘a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso’. Evidente nos parece que, se a questão gira em torno da admissibilidade do RE, o instituto que ensejará tal juízo só pode se enquadrar como requisito de admissibilidade autônomo ou pressuposto de algum requisito