

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

WILLIAN DAVID DE SOUZA

A Súmula Vinculante e a Administração Pública

Porto Alegre

2010

WILLIAN DAVID DE SOUZA

A Súmula Vinculante e a Administração Pública

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Prof.^a Vivian Josete Pantaleão Caminha

Porto Alegre
2010

WILLIAN DAVID DE SOUZA

A Súmula Vinculante e a Administração Pública

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 04 de outubro de 2010.

Conceito atribuído: A

Banca Examinadora

Professora Vivian Josete Pantaleão Caminha – Orientadora

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza – UFRGS

Professora Eunice Ferreira Nequete – UFRGS

Dedico este trabalho à minha avó Vitalina Cardoso de Souza, de quem sempre guardarei lembranças de carinho e lições de vida, com imenso amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à Professora Vivian Josete Pantaleão Caminha pela excelente orientação neste trabalho, pelo zelo e pela atenção a mim dedicados.

À minha mãe e ao meu pai, por me incentivarem constantemente em cada luta e em cada conquista e pelos sábios conselhos.

Aos meus adoráveis irmãos, Vitor e Yasminn, minha fonte de inspiração.

À minha avó Romilda, por sua fé e companhia incessantes.

À Jéssica, por seu companheirismo e por sua compreensão.

Ao grande amigo Guilherme Fagundes Silveira, pelo apoio e pelos debates frutíferos e acirrados.

A todos os familiares e amigos com quem compartilhei momentos de aflição e de glória.

*“Com pesos duvidosos me sujeito
À balança até hoje recusada.
É tempo de saber o que mais vale:
Se julgar, assistir ou ser julgado.
Ponho no prato raso quanto sou.(...)”*

José Saramago

RESUMO

Este trabalho propõe o estudo da súmula vinculante no âmbito da Administração Pública. Trata-se, inicialmente, da abordagem da evolução da experiência brasileira com a vinculação das decisões judiciais, seguida pela análise das modificações constitucionais e legislativas trazidas pela reforma do Poder Judiciário. A seguir, é dada especial atenção para compreender os efeitos vinculantes sobre a Administração Pública, através do estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos, da vinculação no processo administrativo, bem como dos princípios constitucionais em confronto. Com o apoio de pesquisa jurisprudencial envolvendo as súmulas aplicáveis às autoridades administrativas, propõe-se, ao final, o exame dos meios tendentes a assegurar o efeito vinculante, quais sejam a responsabilização do administrador público e a reclamação constitucional.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Controle de Constitucionalidade. Processo administrativo. Controle da Administração Pública. Reclamação constitucional. Responsabilização do administrador público. Direito constitucional. Direito administrativo.

RÉSUMÉ

Ce mémoire propose d'étudier l'institut brésilien du précédent obligatoire rendu par la Cour Constitutionnelle (STF), aussi bien que ses effets sur l'Administration Publique. Il s'agit de présenter, d'abord, l'évolution brésilienne traitant de l'observation obligatoire des décisions juridictionnelles, suivie par l'approche des changements constitutionnels et législatifs apportés par la réforme du Pouvoir Judiciaire. Par la suite, on s'attachera particulièrement à comprendre les effets obligatoires sur l'Administration Publique, à travers l'étude du contrôle juridictionnel des actes administratifs, de l'observation obligatoire du précédent dans la procédure administrative et des principes constitutionnels concernant le sujet. Avec l'aide de la jurisprudence portant sur les précédents applicables aux autorités administratives, on propose, à la fin, d'analyser des moyens capables d'assurer l'effet obligatoire, à savoir la responsabilisation de l'administrateur public et le «recours» de réclamation constitutionnelle.

Mots-clés : Précédent obligatoire. Contrôle de constitutionnalité. Procédure administrative. Contrôle de l'Administration Publique. Recours constitutionnel. Responsabilisation de l'administrateur public. Droit Constitutionnel. Droit Administratif.

Titre : L'Institut du Précédent Obligatoire de la Cour Constitutionnelle Brésilienne (STF) et l'Administration Publique.

Lista de abreviaturas e siglas

ACTC – Acórdão Tribunal Constitucional.
ADC – Ação direta de constitucionalidade.
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade.
ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental.
AgR – Agravo regimental.
AI – Agravo de instrumento.
CF – Constituição da República Federativa do Brasil.
CPC – Código de Processo Civil.
DJe – Diário de Justiça eletrônico.
DOU – Diário Oficial da União.
EC – Emenda constitucional.
HC – Habeas Corpus.
Inf. – Informativo.
INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social.
PEC – Projeto de emenda constitucional.
Rcl – Reclamação constitucional.
RE – Recurso extraordinário.
RHC – Recurso em habeas corpus.
STF – Supremo Tribunal Federal.
STJ – Superior Tribunal de Justiça.
MC – Medida cautelar.
Min. – Ministro.
MS – Mandado de Segurança.
Org. – Organizador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – A SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO	12
1. O SISTEMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	12
1.1. Aspectos históricos.....	12
1.2. Evolução da vinculação no ordenamento jurídico brasileiro.....	16
1.3. A vinculação no controle de constitucionalidade	20
2. ANÁLISE DO ART. 103-A DA CONSTITUIÇÃO	26
2.1 Definição, natureza e conteúdo da súmula vinculante	26
2.2. Súmula vinculante e sua aplicação	30
2.3. Aspectos procedimentais: edição, revisão e cancelamento	33
PARTE II – A SÚMULA VINCULANTE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	36
1. O EFEITO VINCULANTE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
1.1. O controle jurisdicional dos atos administrativos	36
1.2. Vinculação no processo administrativo.....	40
1.3. Princípios constitucionais em confronto	42
2. MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DO EFEITO VINCULANTE	47
2.1. Descumprimento e reclamação constitucional	47
2.2. Responsabilização do administrador público	52
2.3. Aplicação: enunciados concernentes à Administração Pública.....	55
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA.....	61

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de combater o problema da morosidade do Judiciário e atingir a tão necessária segurança jurídica e a uniformização jurisprudencial, mediante a adoção de mecanismos que tornem obrigatória a observação do entendimento sedimentado nos tribunais superiores, foi criada a súmula vinculante, que, desde então, é alvo de diversas críticas e, conseqüentemente, objeto de inúmeros estudos.

Aliás, esse é, há bastante tempo, um grande desafio do direito brasileiro, que tem se demonstrado sensível à preocupação em proporcionar aos jurisdicionados soluções mais rápidas, com a utilização de ferramentas, sobretudo nas vias recursais, que visam a evitar a proliferação de dissídios nos tribunais superiores. Da mesma forma, os enunciados de súmula vinculante vêm promover a segurança jurídica, desestimulando a coexistência entendimentos discrepantes sobre matéria idêntica.

A instituição desses precedentes de observação obrigatória destina-se tanto a permitir que a Corte se guie, quanto a tornar a jurisprudência por ela pacificada conhecida dos órgãos jurisdicionais inferiores. Além disso, em última análise, as súmulas, vinculantes ou não, podem inspirar a atividade legislativa, sem contudo concorrer com o legislador.

Um dos conflitos que se estabelece com a criação desse novo mecanismo é seu caráter obrigatório em relação aos órgãos judiciais e administrativos, por uma suposta interferência indevida na Administração Pública. Some-se à essa problemática instaurada a relutância dos órgãos de jurisdição inferiores em seguir a jurisprudência dominante, a pretexto de sua independência.

Inicialmente, será abordada a evolução da experiência brasileira com a vinculação das decisões judiciais, antes e após a independência. Em seguida, serão analisadas as modificações constitucionais e legislativas trazidas pela reforma do Poder Judiciário sobre o instituto, bem como será traçado um panorama completo dos aspectos procedimentais inerentes aos enunciados de súmula vinculante.

Na segunda parte, busca-se compreender o efeito vinculante sobre a Administração Pública, com apoio do estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos. Trata-se, ao final, do exame dos meios tendentes a assegurar o efeito

vinculante, ao lado de um estudo jurisprudencial envolvendo as súmulas aplicáveis às autoridades administrativas.

O ponto basilar sobre o qual repousa o presente estudo é a o alcance do efeito vinculante dos enunciados sumulares do Supremo Tribunal Federal sobre a Administração Pública, valendo-se para tanto da busca por uma solução conciliadora entre as competências dos poderes Judiciário e Executivo, com especial tratamento dos conflitos de ordem principiológica e dos problemas de cunho normativo advindos dessa notória relação entre as esferas judicial e administrativa.

A partir de uma análise crítica da súmula vinculante, propõe-se uma discussão sobre o impacto positivo e negativo causado pela vinculação das decisões judiciais tanto na órbita judicial quanto na administrativa. Ao mesmo tempo, atenta-se para os possíveis efeitos que provoca em relação aos princípios da separação dos Poderes, da legalidade, da isonomia, da tempestividade das decisões judiciais, da independência do juiz e da segurança jurídica.

PARTE I – A SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

1. O SISTEMA DE VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

1.1. Aspectos históricos

A súmula vinculante pode ser estudada a partir da clássica divisão do direito em grupos ou famílias, dentre as quais se destacam a da *common law* (modelo do precedente judicial anglo-saxão) e a romano-germânica (direito codificado continental ou *civil law*)¹.

O sistema de direito codificado, do qual faz parte o Brasil, é estruturado com base no pensamento abstrato e dedutivo, estabelecendo-se premissas normativas tendentes à obtenção de conclusões em processos lógicos por meio de normas gerais organizadoras. O modelo do precedente judicial (caso norte-americano, que também serve de fonte de inspiração no Brasil desde a 1.^a República)² é pautado, por sua vez, pelo pensamento tópico, voltado à resolução do caso particular. O sistema do *civil law* é notadamente baseado na lei, ao passo que o da *common law* é essencialmente centrado na primazia da decisão judicial.

Como o foco do trabalho é o modelo romano-germânico, reserva-se uma apertada síntese para a exposição sobre as principais características do sistema anglo-saxão: o precedente (*stare decisis*), caso já decidido, é caracterizado como fonte de direito, servido de diretriz para os demais casos a serem julgados, a partir de uma primeira decisão sobre o tema (*leading case*); tal precedente deve ser seguido nas decisões futuras como paradigma (efeito vinculante), de modo que os demais juízes estarão obrigados a julgar conforme o decidido no caso concreto.

O sistema romano-germânico tem o intuito de regular a sociedade para o futuro, prospectivamente, e, diferentemente da *common law*, não possui a preocupação imediata de resolução de um único caso concreto. Portanto, a fonte primária de direito nesse modelo é a lei, o direito positivado, que é interpretado e

¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 642.

² LENZA. P. Idem, p. 643.

influenciado pelos juristas³. Nos países que o adotam, o precedente judicial não produz, em regra, efeito vinculante, salvo expressa disposição em contrário.

O precedente judicial da *civil law* possui, normalmente, força meramente persuasiva, o que lhe atribui caráter secundário em comparação à norma legislada. No entanto, ainda que o precedente em sentido estrito – simples decisão judicial anterior – não seja um elemento caracterizador desse sistema, pois não o adotamos como regra, mas normalmente constituindo mera orientação, o precedente judicial, se analisado em sentido amplo, não lhe é completamente estranho⁴, como se verá adiante.

A despeito das distinções traçadas entre as duas principais famílias do direito, na clássica concepção de René David, é de se notar que ambas têm sido objeto de influências recíprocas, já que, gradativamente, as normas legais adquirem importância na *common law*, ao passo que os precedentes judiciais obtêm força na *civil law*⁵.

Portugal, país da família de direito romano-germânico, influenciou o direito brasileiro por longo período, antes e após a independência, sendo, por isso o maior referencial em termos de vinculação de decisões judiciais.

Como primeiro instituto voltado à uniformidade interpretativa, apresenta-se, na Península Ibérica, ainda antes da separação do Condado Portucalense, o procedimento das *façanhas y albedrios*. Consistia, tal procedimento, em “juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de que o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar quando outra vez acontecesse⁶”.

Com a consolidação do Reino português em 1248 o Direito português foi tomando forma e constância próprias, até que em 1446 foram promulgadas as primeiras Ordenações, por Afonso V. Por meio das Ordenações Afonsinas, surgiu, como fonte de direito, o chamado *estilo da corte*, definido como costume jurisprudencial do Tribunal Supremo que exprimia o juízo do Rei. Guardava

³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 176-177.

⁵ AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 50.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 207.

semelhança com um sistema de precedentes, por meio do qual, em face de reiteração de decisões semelhantes proferidas, alcançava-se um tipo de norma geral que deveria ser seguida⁷.

Também no sentido da preocupação com a uniformidade interpretativa, trouxeram as Ordenações Manuelinas (vigentes à época do descobrimento do Brasil) importante instrumento, que posteriormente culminaria nos Assentos da Casa de Suplicação⁸. Deste modo dispuseram, em seu livro V, título LVIII: “*E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida*”. O objetivo da norma era tornar obrigatória a consignação do teor das decisões, para que não houvesse dúvida quanto a isso. Eram esses assentos o aperfeiçoamento do sistema das façanhas.

As Ordenações Filipinas consolidaram a tendência trazida pelas que lhe antecederam: os Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa. Dispunham em seu Título V, Livro I, § 5.º, que “*havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação*”. Tal decisão tinha força imperativa para futuros casos semelhantes⁹. Eram, em suma, soluções dadas pelo Regedor às Duvidas suscitadas pelos Desembargadores da Casa de Suplicação quanto às Ordenações.

No Brasil, os Tribunais da Bahia e do Rio de Janeiro pretenderam fixar Assentos para seus julgados, o que, entretanto, foi repellido pela Lei da Boa Razão, de 1769, a qual determinou que somente os Assentos da Casa de Suplicação teriam eficácia interpretativa¹⁰. Em 1808, porém, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil, foi aqui criada uma Casa de Suplicação, semelhante à de Portugal, restabelecendo-se assim a prática dos assentos lusitanos¹¹.

O Direito português contemporâneo, após uma série de idas e vindas da legislação quanto à aplicabilidade do instituto dos assentos, acabou por extingui-los com a reforma processual civil de 1995¹², que revogou as disposições que previam

⁷ CÔRTEZ, O. M. P. Obra citada, p. 142.

⁸ AZEVEDO, M. A. D. Obra citada, p. 55..

⁹ CÔRTEZ, O. M. O. Idem, p. 144.

¹⁰ CÔRTEZ, O. M. O. Idem, p. 145.

¹¹ CÔRTEZ, O. M. O. Idem, p. 162

¹² COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

recurso para o Tribunal Pleno quanto ao cumprimento dos assentos e os consideravam como “fonte de direito”. No mesmo sentido veio a se pronunciar o Tribunal Constitucional luso, declarando a inconstitucionalidade dos assentos (cf. ACTC 743/96)¹³.

¹³ AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 58.

1.2. Evolução da vinculação no ordenamento jurídico brasileiro

Após a fase colonial, época em que o Direito português tinha plena aplicação no Brasil, foram mantidas, mesmo depois da independência, as Ordenações Filipinas, por meio do Decreto Imperial de 20.10.1823. Com a criação do Supremo Tribunal de Justiça pela Lei n.º 18 de 18.09.1828, importante procedimento de uniformização de jurisprudência foi instituído, determinando o art. 19 que esse Tribunal enviasse uma relação anual das causas ao Governo, a fim de indicar os pontos de vício, de ineficiência, de lacunas e de incoerências da legislação. Com isso, poderia o Governo propor ao Legislativo a tomada de resoluções convenientes para sanar as aludidas situações¹⁴.

Posteriormente, curiosa situação estabeleceu-se quando os Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa adquiriram força de lei, com a edição do Decreto Legislativo n.º 2.684/1875, configurando inabitual ocorrência de aplicação da jurisprudência e legislação de um país em outro¹⁵. Segundo a doutrina de Silvio Nazareno da Costa, esta é uma hipótese plausível:

Aparentemente, o extrato social brasileiro dominante durante o Período do Império não estava, nem parecia querer estar, tão afastado dos interesses da Corte lusitana. Ao contrário, talvez buscasse nela os parâmetros de que necessitava. Inibida de seguir seu próprio curso, valia-se do caminho indicado por outrem¹⁶.

O ato em exame atribuía força de lei aos assentos editados por aquela corte entre 1805 e a data da independência, prevendo ainda a competência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro para da mesma forma emití-los, também com força vinculativa¹⁷.

O Decreto 6.142/1876 veio a regular, na sequência, a tomada de assentos pelo Superior Tribunal de Justiça, dispondo, em seus primeiros artigos, da seguinte forma: “1.º *Que os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos depois de esgotados os recursos (...)*. 2.º *Que a divergência dos julgamentos*

¹⁴ LENZA. P. Obra citada, p. 645.

¹⁵ COSTA, S. N. Obra citada, p. 24.

¹⁶ Idem. *Súmula vinculante, sentença normativa e precedentes: leis do Judiciário?* Porto Alegre, 2000, 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 112.

¹⁷ SOUZA. M. A. D. Obra citada, p. 180.

tenha por objeto o direito em tese ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos”. Do exposto, pode-se inferir que o assento era voltado para a interpretação do direito em tese, quando houvesse controvérsia¹⁸.

Com o advento da primeira Constituição brasileira republicana em 1891, a aplicação dos assentos portugueses e brasileiros teve fim. Citando uma vez mais Silvio Nazareno Costa, “(...) *era o fim da primeira experiência brasileira com a força normativa da jurisprudência e com a vinculação hierárquica no Judiciário*”¹⁹. De certo modo, contudo, permaneceu a busca pela uniformização jurisprudencial, paralelamente à implementação da dualidade das Justiças – Federal e Estadual – e, conseqüentemente, de processos. Assim estabeleceu o art. 59, § 2.º, da Constituição de 1891: “*Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União*”.

No âmbito do Direito Processual Civil, instrumentos de uniformização da jurisprudência foram criados. O Código de Processo Civil de 1939 instituiu a *revista* e o *prejulgado*, sendo o primeiro um mecanismo voltado para a impugnação com base em divergência de órgãos fracionários quanto à interpretação do direito em tese, ao passo que o segundo, de caráter incidental, era destinado à prevenção de divergências, por ocasião de um julgamento em curso no Tribunal²⁰.

Dispositivo semelhante fora trazido pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/43), cujo art. 902, § 4.º, previu expressamente o *prejulgado*: “*Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo. (Revogado pela Lei nº 7.033, de 5.10.1982)*”. Embora não mais exista essa espécie de jurisprudência consolidada de caráter obrigatório, hoje os Tribunais Trabalhistas ainda editam enunciados sumulares e orientações jurisprudenciais, não vinculativos, porém²¹.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

¹⁹ COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.

²⁰ MANCUSO. R. C. Obra citada, p. 217.

²¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 176.

Na sequência, surgiu a previsão de *súmulas de jurisprudência predominante* por Emenda ao Regimento Interno do STF de 28.03.1963, após a rejeição do anteprojeto da lei de Alfredo Buzaid (Presidente da Comissão encarregada de apresentar um novo Código de Processo Civil), na parte em que pretendia reincorporar o antiga figura dos assentos, os quais teriam expressamente, nos termos da redação sugerida, *força de lei*²². O Congresso Nacional, em virtude da eficácia vinculativa pretendida, optou pela adoção de súmulas consolidando a jurisprudência dominante, figuras que permanecem até hoje, com caráter meramente persuasivo, desprovidas de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante²³.

São notáveis também as regras insculpidas no CPC que deixam clara a preocupação de que seja observada a jurisprudência pacificada nos Tribunais. Destacam-se os artigos 557, *caput* e § 1.º e 516, § 1.º do CPC, que determinam, respectivamente, que os relatores poderão monocraticamente negar provimento a recursos em confronto com a jurisprudência dominante e que o juiz não receberá a apelação de sentença “*em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*”.

Na vigência do Ato Institucional n.º 5, a Emenda n.º 7/1977 incorporou o art. 119, I, I, à Constituição de 1967, trazendo o instituto da *representação interventiva*, assim transcrito: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: (...) I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*²⁴”. Tratava-se de atividade judicial de natureza preventiva, tendente a solucionar interpretação de lei²⁵.

A seguir, o STF, por meio da Emenda Regimental n.º 7/1978, previu que a decisão proferida a referida representação teria efeito vinculante (*verbis*): “*Art. 9.º A partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado*”.

²² COSTA. S. N. Obra citada, p. 115.

²³ O efeito vinculante diz respeito à característica de observação obrigatória para os Tribunais inferiores e para a Administração Pública, ao passo que a eficácia *erga omnes* implica oponibilidade para fora do processo, isto é, para todos.

²⁴ A Constituição de 1934 já dispusera, em seu art. 12, § 2.º, sobre a representação como elemento do processo de intervenção, sob a forma judicial, nos casos de ofensa aos denominados princípios sensíveis e para assegurar a execução das leis federais. A novidade da Constituição de 1967 é a utilização da representação interventiva para interpretação.

²⁵ CÔRTEZ. O. M. P. Obra citada, p. 175.

É importante salientar que, com a criação do STJ pela Constituição de 1988, para ditar a última palavra sobre a interpretação da legislação federal, esse Tribunal detém competência para sumular determinadas decisões. No entanto, o efeito de sua jurisprudência é não-vinculativo, prestando-se apenas à orientação acerca do seu posicionamento para os órgãos jurisdicionais inferiores. O mesmo ocorre com todos os demais Tribunais, que têm competência para editar súmulas de jurisprudência consolidada.

1.3. A vinculação no controle de constitucionalidade²⁶

Seguindo a exposição iniciada no item anterior sobre a evolução da vinculação das decisões judiciais no Brasil, com foco na súmula vinculante, cumpre analisar o tratamento do efeito vinculante no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Por meio desse controle objetivo, o STF pode declarar a lei inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico ou considerá-la constitucional, reafirmando a necessidade de seu cumprimento.

A Emenda Constitucional n.º 3/1993 trouxe a mais recente e importante experiência pátria com a vinculação de decisões, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ao inserir o § 2.º ao art. 102 da Constituição. Tal dispositivo foi alterado pela EC 45/2004, ampliou o efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), o que já era admitido pela jurisprudência e pela doutrina em razão da natureza de mão dupla dessas ações²⁷. Em outras palavras, a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade equivaleria à procedência da ação direta de inconstitucionalidade, e vice-versa. A Lei n.º 9.868/99, que regulamentou o processo e o julgamento dessas ações perante o STF, já dispunha, não obstante, acerca do seu efeito vinculante.

Assim prevê a redação atual do precitado parágrafo do art. 102 da Constituição de 1988:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁶ O controle de constitucionalidade no Brasil visa à verificação de compatibilidade de atos normativos à Constituição e, quando praticado pelo Poder Judiciário, pode ser efetivado na forma concentrada (*abstrato ou por via de ação*) ou na difusa (*concreto ou por via de exceção*): a primeira é realizada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da instauração de um processo objetivo e abstrato tendente à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo; a segunda ocorre de forma incidental, no âmbito de um caso concreto posto à apreciação do Poder Judiciário, na primeira instância ou nos Tribunais, gerando efeitos somente entre as partes do processo e não retroativos (*ex nunc*).

²⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 190.

O efeito da decisão proferida nessas ações é, de regra, retroativo, desfazendo, desde a origem, o ato declarado inconstitucional, uma vez que é considerado nulo²⁸. Não obstante, há a possibilidade de modulação dos efeitos temporais e quanto à sua amplitude, conforme a previsão do art. 27 da Lei 9.868/99, desde que haja a manifestação de dois terços dos Ministros, caso em que poderá ser atribuído à declaração efeito *ex nunc*, não retroagindo²⁹. Com isso, respeitada a maioria de 2/3, poderá o STF “(...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado³⁰.” Ressalte-se, ainda, outro requisito indispensável para a modulação de efeitos, qual seja, a presença de razões de segurança jurídica do de excepcional interesse social³¹.

Ao lado dos referidos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma provoca o reconhecimento da nulidade dos atos inconstitucionais e, por conseguinte, a inexistência de qualquer eficácia jurídica. Por essa razão, a norma anterior, que havia sido supostamente “revogada” pela norma declarada inconstitucional, continua a ter eficácia. A razão desses *efeitos repristinatórios*, segundo Alexandre de Moraes, é que “(...) a norma constitucional é norma nula, não subsistindo nenhum de seus efeitos³²”. A expressão *efeitos repristinatórios* vem sendo usada pelo STF³³ para simbolizar que se a norma declarada inconstitucional, não tendo nenhuma eficácia, nunca revogou qualquer norma.

A obrigatoriedade ou vinculação das decisões em sede de ADI e ADC é manifestada pela imposição aos demais órgãos do Poder Judiciário e da

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 745.

²⁹ OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

³⁰ Alexandre de Moraes assinala que o Tribunal deverá escolher, para tanto, qualquer momento entre a edição a norma e a publicação oficial da decisão. Já Pedro Lenza assinala que pode haver a modulação dos efeitos para um momento futuro (prospectivos), citando a ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau (cf. *Inf.* 427/STF), na qual foi declarada inconstitucional Lei Estadual que regulava a criação de Municípios por ofensa ao art. 18, § 4.º, CF, porém sem pronúncia de nulidade, aplicando-se a modulação de efeitos conforme o art. 27 da Lei 9.868/99, para tornar a Lei vigente por mais 24 meses.

³¹ Entende-se por *razões de segurança jurídica* a tentativa de conferir a garantia de estabilidade e de certeza às decisões judiciais e aos negócios jurídicos, ao passo que, a fórmula *excepcional interesse social* diz respeito à manifestação da unidade do sistema jurídico, a fim de conferir amplo sentido ao princípio da constitucionalidade, preservando-se, assim, a primazia da Constituição através de uma ponderação entre os interesses conflitantes, a qual está, aliás, estreitamente atrelada aos valores da equidade e de segurança.

³² Moraes. A. de. Obra citada, p. 747.

³³ Cf. *Inf.* 224/STF e ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rel. Min. Celso de Mello.

Administração Pública de se submeterem ao pronunciamento do STF. Esses órgãos devem obrigatoriamente aplicar o provimento contido nessas decisões³⁴.

Somente a título de citação, cumpre referir o efeito, de certo modo, vinculante do art. 38 da Lei n.º 8.038/90, que regula os processos em trâmite no STF e no STJ. O referido artigo prevê como condição de admissibilidade de recursos ou petições no âmbito dessas Cortes, a adequação sumular³⁵, estabelecendo que o relator negará seguimento a pedido ou recurso “(...) *que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal*”.

Por sua vez, a Lei n.º 9.882/99, ao regulamentar o § 1.º do art. 102 da Constituição, refere-se a outra importante ação de controle concentrado de constitucionalidade: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). O seu art. 10, § 3.º, determina que “*A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”.

Quanto ao controle difuso de constitucionalidade³⁶, há aplicação do art. 52, X, da Constituição, quando a inconstitucionalidade é declarada no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, com eficácia limitada entre as partes. Conforme o disposto no referido dispositivo constitucional, o Senado Federal pode suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, com o que haverá efeitos para terceiros (*erga omnes*), porém *ex nunc*, não retroagindo.

Nesse contexto, insere-se a *teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (ratio decidendi)* no controle difuso, que prega uma nova e ousada interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nessa via de controle pelo Supremo Tribunal Federal. Até o advento dessa teoria, a doutrina era uníssona no sentido de que a declaração proferida em sede de controle difuso produzia efeitos somente *inter partes*, porquanto realizada de modo incidental como questão prejudicial. Sustenta, essa nova corrente doutrinária, propondo uma nova interpretação do art. 52, X, da Constituição, que, também nessa via processual, a decisão sobre a constitucionalidade da lei opera a transcendência, com caráter

³⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006, p. 210.

³⁵ COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 116-119.

³⁶ Controle concreto realizado por qualquer magistrado na via de exceção, ou seja, de modo incidental em sede de uma lide. Produz efeitos para as partes que litigaram em juízo (*inter partes*) e retroativos (*ex tunc*).

vinculante, produzindo eficácia em relação a todos. A doutrina de Gilmar Mendes sugere que se trata de “*autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação de texto*”³⁷.

Em defesa desse novo posicionamento, destacam-se como argumentos a força normativa da Constituição, a dimensão política das decisões do STF, enquanto órgão dela guardião e intérprete máximo, além da aplicação do princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme para todos³⁸. Conforme o *Inf.* 454/STF, o voto do relator³⁹, Ministro Gilmar Mendes, permite afirmar que a suspensão de execução da lei pelo Senado “*há de ter simples efeito de publicidade*”, bastando a declaração do STF, no controle incidental, acerca da inconstitucionalidade de lei, para que sejam gerados efeitos gerais. Muito embora tal tema dependa da manifestação dos outros Ministros, constitui notável perspectiva de “*abstrativização*” do controle difuso, para talvez assim consagrar a referida tese da transcendência⁴⁰.

No entanto, parte da doutrina sustenta que esse posicionamento carece de requisitos constitucionais, porque o pretendido efeito *erga omnes* da decisão apenas foi previsto, pela EC n.º 45/04, para a súmula vinculante e para o controle concentrado, permanecendo o controle difuso, de acordo com a regra do art. 52, X, dependente da atuação discricionária⁴¹ do Senado para gerar efeitos *erga omnes* pela da suspensão de efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF⁴².

Desse modo, não havendo atuação do Senado, que aliás não está obrigado a suspender o efeitos da lei, ela permanece válida e eficaz, salvo no caso concreto. A teoria, tal como proposta, teria garantida sua constitucionalidade, segundo a doutrina contrária à sua aplicação, somente com a efetiva reforma constitucional tendente à modificação da regra do art. 52, X, da Constituição.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade no Brasil: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

³⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233.

³⁹ Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl. 4335).

⁴⁰ LENZA, P. Obra citada, p. 234.

⁴¹ Existe doutrina minoritária cuja posição é no sentido de se tratar de atuação vinculada do Senado Federal.

⁴² LENZA, P. Idem.

Todavia, conforme assevera Lilian Mendes Haber, em comentários à Reforma do Poder Judiciário⁴³, entendendo que a súmula vinculante pode ser útil para emprestar às decisões proferidas em sede de controle difuso os mesmos efeitos das decisões oriundas do controle concentrado, o papel do Senado nessa via de controle de constitucionalidade deve ser repensado:

A partir de agora, existe nova possibilidade de conferir efeito vinculante e eficácia contra todos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pela via de exceção. É o caso de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo reiteradas vezes em sede de controle difuso, ao apreciar inúmeros recursos extraordinários que tratem exatamente do mesmo assunto.

A autora conclui afirmando que a reiteração de decisões sobre matéria acerca da qual haja controvérsia constitucional pode levar um dos legitimados a provocar a edição de súmula vinculante, a qual, tal como as decisões do controle concentrado, terá eficácia contra todos, emprestando essa força à decisão proferida pela via do controle difuso. Desta forma, leciona:

Nesse caso, portanto, inexistente interesse do STF em solicitar a suspensão da execução de lei ao Senado Federal, pois a súmula vinculante se encarregaria de conferir à decisão declaratória de inconstitucionalidade (via de exceção) os mesmos efeitos inerentes às decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Cumprido referir que, na hipótese de o Senado suspender os efeitos com base no art. 52, X, da Constituição em processos envolvendo a Administração Pública Federal, aplica-se o Decreto n.º 2.346/97, cujo art. 1.º aduz que “*as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal(...)*”. Essa determinação, que obriga a observação da Administração, faz com que sejam produzidos efeitos *ex tunc*, em face da Resolução do Senado, conforme se deduz dos dois primeiros parágrafos do dispositivo mencionado.

⁴³ HABER, Lilian Mendes. Competências do Supremo Tribunal Federal. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). Reforma do Judiciário Comentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 143-145.

O § 1.º estabelece que, transitada em julgado decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, *em ação direta*, “a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (...)”. Todavia, o parágrafo seguinte dispõe que o aludido efeito aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, *incidentalmente*, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, ou seja, produz efeitos retroativos.

Outro aspecto relevante é o controle difuso no âmbito dos Tribunais, destacando-se a *cláusula de reserva de plenário*, prevista no art. 97 da Constituição, que dispõe que estes somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou de órgão especial. Cite-se, por oportuno, a súmula vinculante n.º 10, cuja redação é a seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

É importante concluir dizendo que, embora o efeito vinculante, seja pelo controle concentrado, seja pela súmula vinculante (como se verá), não alcança o Poder Legislativo, sob pena de verificar-se o “*inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição*”, nas palavras do Ministro Cezar Peluso, ao relatar a Reclamação n. 2.617⁴⁴. O Legislativo pode, inclusive, legislar em sentido contrário ao estampado na súmula vinculante ou na decisão proferida pelo STF no controle concentrado. Ensina Pedro Lenza que a o valor da segurança jurídica, possibilitado pela adoção dos efeitos *erga omnes* e vinculante, não pode sacrificar o valor da *justiça da decisão*, sob pena de impedir a constante atualização das constituições e dos textos normativos pela iniciativa do Poder Legislativo.

⁴⁴ Cf. *Inf.* n.º 386 do Supremo Tribunal Federal.

2. ANÁLISE DO ART. 103-A DA CONSTITUIÇÃO

2.1 Definição, natureza e conteúdo da súmula vinculante

O art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 – que dispõe sobre a Reforma do Poder Judiciário –, estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar *súmula* que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Trata-se de norma de aplicação imediata e de eficácia contida, pois remete à lei a ser editada. Dessa forma, pela sua eficácia prospectiva, tem sua aplicabilidade direta imediata, porém não de modo integral. É dada a possibilidade de contenção dessa norma ao legislador ordinário, reduzindo sua abrangência⁴⁵.

O dispositivo constitucional foi regulado pela Lei n.º 11.417/06, a qual, por sua vez, em seu art. 1.º refere-se a *enunciado de súmula vinculante*. A palavra *súmula*⁴⁶, do latim *summula*, designa pequena suma, breve resumo ou sinopse. É, ainda, sinônimo⁴⁷ de brevíário, ementa ou extrato.

Antes de apresentar uma adequada definição do instituto, é importante estabelecer uma distinção entre ato e enunciado. Enunciado é um forma – um conjunto de palavras dotado de sentido – através da qual se expressa linguisticamente a vontade do autor do ato, que é uma declaração de vontade.

A expressão *súmula vinculante*, empregada pelo art. 103-A da Constituição, refere-se ao ato do Supremo Tribunal Federal, ou seja, sua manifestação de vontade ou tomada de posição sobre a controvérsia a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas⁴⁸. Dito de outro modo, o referido dispositivo constitucional atribui ao STF a função de editar enunciados de *súmula vinculante*, ou seja, de observação obrigatória, para os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento.

⁴⁵ LENZA. P. Obra citada, p. 178-179.

⁴⁶ *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. 3 ed. Curitiba: Positivo: 2004.

⁴⁷ *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

⁴⁸ ROCHA, José Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7-11.

Quanto às súmulas editadas anteriormente, de efeito meramente persuasivo e orientador, só produzirão efeito vinculante mediante a sua confirmação por dois terços dos integrantes da Corte e publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 8.º da EC 45/94. Logo, devem ser submetidas à nova deliberação e votação.

No que concerne ao conteúdo das súmulas vinculantes, a circunstância de fato cuja ocorrência autoriza o Supremo a editar o enunciado é a existência de controvérsia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de *normas determinadas*. Seu objeto é, precisamente, nos termos do § 1.º do art. 103-A, “(...) *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.*”

A função inerente a esse notável instituto é a busca pela uniformização jurisprudencial, a efetivação da segurança jurídica e a concretização dos princípios da isonomia e da celeridade processual, contidos no art. 5.º, *caput*, incisos XXXVI e LXXVII – também inserido pela EC 45/2004 –, no art. 103-A, § 1.º, ambos Constituição, e no art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/99. A súmula vinculante vem ao encontro da segurança jurídica, ao desestimular a existência de entendimentos discrepantes sobre matéria idêntica. Um número crescente de processos contendo decisões contrárias a jurisprudência consolidada são submetidos ao STF, existindo, ainda, as deliberações de tribunais inferiores, igualmente contrárias, cujos recursos não são recebidos por razões processuais. Assim leciona Osmar Mendes Paixão Cortes:

De início, merece ser referido que o caminho natural já parecia ser o da vinculação das decisões do STF, quer pelo imenso volume de recursos repetidos que chegam ao Tribunal, versando matéria já decidida anteriormente, quer pela necessidade de um instrumento que possibilitasse a (maior) realização da segurança jurídica (evitando decisões discrepantes da linha predominante no STF).

No que diz respeito à sua natureza jurídica, ou seja, a sua posição no universo do Direito ou a sua qualificação jurídica, a súmula vinculante é, para parte da doutrina, norma jurídica, uma vez que a Constituição concede poderes ao Supremo Tribunal Federal para editar enunciados de caráter prescritivo, isto é, com

o intuito de dirigir a conduta de modo vinculante, elementos esses distintivos dos enunciados prescritivos de natureza jurídica.

Conforme leciona José de Albuquerque Rocha⁴⁹, em importante obra sobre o instituto, o dispositivo constitucional em exame constitui norma que cria poderes jurídicos ou norma de competência:

De fato, a segunda parte da disposição do referido artigo outorga poderes a um órgão, o Supremo Tribunal Federal, para criar um objeto chamado enunciado de súmula vinculante, estabelecendo o procedimento que deve seguir no exercício do poder e a matéria que pode ser objeto de regulamentação (...).

O autor prossegue, afirmando que, por prescrever que o enunciado da súmula é vinculante – o que equivale a dizer que é obrigatória, o instituto deteria a qualificação de norma jurídica: “(...) *Um enunciado prescritivo se caracteriza por dois elementos, ambos encontrados na disposição do art. 103-A: a) dirigir uma conduta humana; e b) qualificá-la como obrigatória*⁵⁰”.

Gilberto Schafer, em tese de doutorado⁵¹, aponta, inicialmente, acerca da natureza jurídica do instituto, que as súmulas vinculantes são textos normativos, formulados em caráter geral e indeterminado. O autor assevera que a distinção básica entre texto e norma é que esta última é produto de interpretação.

A seguir, afirma que, para passar ao plano da normatividade concreta, a norma constitucional deve se tornar uma norma de decisão, qual seja, “(...) *quando o Judiciário não só decide um caso jurídico mas também quando há a atuação do legislador e do administrador*”.

E continua: “*As Súmulas, entre outros requisitos, exigem, previamente, uma norma de decisão judicial, ou seja, exigem uma solução para uma série de casos ‘idênticos’, ocorridos a partir de outros textos normativos (...)*”. O autor sustenta que as súmulas vinculantes são texto e que a interpretação as transforma em norma, concluindo o que segue:

⁴⁹ ROCHA, J. A. Idem, p. 7.

⁵⁰ ROCHA, J. A. Obra Citada, p. 14.

⁵¹ SCHAFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 2009, 230 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 29-34.

A regra de decisão é exarada em cada caso; a partir desta última, em um procedimento próprio, é formado um novo texto, que concretiza o preceito constitucional que serviu de base – entretanto, em relação a casos futuros, remete a um novo programa normativo, a um novo âmbito normativo e a uma nova decisão. (...) Ao verificar que a súmula vinculante se dirige ao futuro, que tem caráter obrigatório, pode-se afirmar, como já se fazia, que ela tem natureza normativa – equivalente a uma lei –, em função de sua generalidade e abstração. No entanto, ela é uma generalização que decorre de uma norma de decisão, que concretizou outras normas, mas que, expressa em um texto, facilita a comunicação de critérios gerais para a adoção de condutas (...).

Já Osmar Mendes Paixão Côrtes, em posicionamento contrário, refere que não se trata de norma jurídica, mas de mera fixação de determinado sentido interpretativo de uma norma, restando essa interpretação vinculada à hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo.

Segundo ele, não se vincula propriamente a atividade jurisdicional pela criação de uma norma, mas sim as decisões futuras a um sentido interpretativo estabelecido. Conclui dizendo que *“Trata-se mais de problema de política judiciária do que do estabelecimento de normatização nova pelo Poder Judiciário. Cria-se, no máximo uma norma de decisão, específica para um caso concreto (...) Não se cria proposição hipotética, abstrata e geral, que não se confunde com obrigatoriedade de seguir determinado entendimento sobre o assunto”*.

Assentada a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica, é necessário concluir apontando as três principais funções da súmula vinculante: a primeira é tornar conhecida a jurisprudência consolidada no âmbito do STF, facilitando a sua observância; a segunda é evitar que decisões discrepantes do entendimento sumulado sejam tomadas, por questões de economia, celeridade processual e política judiciária; e a terceira é dar segurança jurídica ao sistema de relações sociais.

2.2. Súmula vinculante e sua aplicação⁵²

O Supremo Tribunal Federal, na condição de intérprete privilegiado, aprecia os atos normativos como guardião da Constituição, competindo-lhe, dentre outras atribuições, o controle de constitucionalidade e a edição de enunciados de súmulas de jurisprudência, ambos dotados de efeito vinculante, ou seja, cuja observação é obrigatória para juízes das instâncias inferiores e para a Administração Pública. A atividade interpretativa é fundamental para a determinação do conteúdo dos enunciados normativos, de modo que a súmula vinculante é o resultado dessa interpretação.

Para a correta aplicação da súmula vinculante, é necessário, de início, realizar o que Marco Antônio Duarte de Azevedo denomina adequação sumular fática, em alusão ao instrumento do direito anglo saxão do *distinguishing*, técnica que deve adotar o juiz para, analisando o caso concreto, verificar se a *ratio decidendi* tornada vinculante pela edição da súmula é a mesma que infere da lide que ele está julgando e se os pressupostos fáticos são os mesmos. Para ele, trata-se de um poder “(...) inerente à atividade judicante, e é essa faculdade que permitirá que a súmula vinculante seja um incremento em efetividade e racionalidade, e não uma camisa de força⁵³”.

Caso não haja hipótese indubitável de aplicação, o juiz deve, ao contrário, afastar a incidência da súmula que até então parecia ser amoldável, por meio de decisão motivada. Segundo o autor, esse mecanismo bastaria para a correta observância da jurisprudência pacificada na Corte superior, problema esse devido mais por desconhecimento do que por inadequação fática.

A seguir, o autor refere a importância de outra ferramenta indispensável: a adequação sumular jurídica ou legislativa, equivalente à técnica do *overruling* da *common law* (para tornar o precedente compatível com a evolução do direito). De acordo com essa técnica, deve-se partir do pressuposto de que o entendimento sumulado, embora dotado de efeito vinculante, está situado em posição inferior à lei e, por óbvio, à Constituição. Dessa forma, uma vez alterada a lei que motivou a

⁵² Para maiores detalhes sobre o assunto, cf. STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵³ AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 152.

edição da súmula, deverá o juiz deixar de aplicá-la. Isso porque a interpretação da norma, ainda que dotada de efeito vinculante, não tem o condão de colocá-la em nível superior ao da lei. Não seria, tampouco, razoável esperar o cancelamento da súmula pelo órgão que a editou, para deixar de aplicá-la, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 11.417/2006.

Outra hipótese é a superveniência de lei disciplinando a matéria sumulada de forma diversa. Não se admite, por um lado, que o juiz deixe de aplicar sumula vinculante invocando lei já existente no momento da edição daquela, embora não expressamente mencionada entre os precedentes motivadores da sua edição, já que o Tribunal levou em consideração todo o direito vigente, implicitamente.

Por outro lado, afigura-se legítima a postura do juiz que deixa de aplicar dada súmula vinculante invocando lei superveniente, pois, nesse contexto, é autorizada a adequação sumular legislativa em relação à norma vigente após a sua edição⁵⁴.

A revogação da norma legal que ensejou a edição da súmula, bem como, e até mesmo, a ausência absoluta de atos administrativos que tenham ensejado a edição da súmula, por considerável período de tempo, exigem a revisão ou cancelamento pelo STF da súmula, que cairia em desuso, tornando-se anacrônica perante o ordenamento jurídico brasileiro⁵⁵.

Outro importante ponto a respeito da interpretação dos enunciados de súmula vinculante, conforme demonstrado por Gilberto Schafer, é o que diz respeito à força vinculante do instituto. Apesar da necessária abertura para revisões e cancelamentos, no intuito de evitar o alegado engessamento da atividade interpretativa que a súmula vinculante provocaria, tal argumento não significa que o STF possa se afastar do seu precedente vinculante sem um motivo extremamente consistente.

A súmula vinculante tem um efeito de diretriz reforçada para o Supremo, vinculando-o também, de certo modo, e só podendo ser abandonada quando presentes requisitos de peso: tais como exigência de segurança jurídica, previsibilidade e igualdade⁵⁶. Nos casos acima referidos, o STF deve proceder à revisão ou ao cancelamento das súmulas vinculantes em face da revogação do ato

⁵⁴ AZEVEDO, M. A. D. Obra citada, p. 155.

⁵⁵ HABER, L. M. Obra citada, p. 141.

⁵⁶ Schafer, G. Obra citada, p. 121.

normativo que ensejou sua edição ou da superveniência de lei dando novo tratamento à matéria.

Também aduz o jurista a respeito da utilização das técnicas do *overruling* e do *distinguishing*, com as devidas adaptações para que possam ser aproveitadas pelo direito brasileiro: *“É uma técnica que permite a devida adaptação do Direito ao caso julgamento e evitará que em nome de padrões já estabelecidos se deixe de realizar a adaptação rumo à Justiça, que se espera que seja realizada⁵⁷”*.

Para correta interpretação das súmulas, deve-se, ainda, proceder à reconstrução histórica da norma, isto é, da série de casos que lhe deram origem, a fim de se obter uma visão dos fatos tomados em conta quando da edição da súmula.

Por fim, é necessário visualizar a hipótese de negativa de aplicação das súmulas vinculantes pelos magistrados, caso que enseja a propositura de Reclamação perante o Supremo Tribunal, mas não gera, porém, responsabilização do juiz, o que será melhor abordado na segunda parte desse estudo.

⁵⁷ _____. Idem, p. 141.

2.3. Aspectos procedimentais: edição, revisão e cancelamento

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, uma vez preenchidos os requisitos apontados no item 2.1, são realizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação dos legitimados, nos termos do art. 103-A, *caput*, da Constituição.

Como referido anteriormente, a Lei n.º 11.417/2006 regulou esse procedimento, tendo previsto em seu art. 2.º, § 3.º, que dependerá de “*decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária*”. O quórum corresponde ao número de pelo menos 8 dos 11 ministros que integram a Corte. A competência é do plenário, nos termos do art. 7.º, VII, do Regimento Interno do STF, o qual é, nos termos do art. 10.º da Lei, diploma subsidiário nessa matéria.

O parágrafo seguinte estabelece o prazo de dez dias após a referida sessão para que o Supremo Tribunal Federal publique o enunciado respectivo em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, após o que iniciará seu período de vigência, nos termos do art. 2.º, *caput*, da Lei, e 103-A, *caput*, da Constituição.

Para a edição de súmula vinculante, é imprescindível a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, acerca da qual haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (art. 103-A, *caput* e § 1.º, da CF).

O rol de legitimados para requerer a edição, a revisão ou o cancelamento das súmulas vinculantes, conforme o art. 103-A, § 2.º, da Constituição, contempla os que o são para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX, CF). Todavia, além destes, a Lei 11.417/2006 incluiu, nos termos do seu art. 3.º: “VI - o Defensor Público-Geral da União; (...) e 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 Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares”. São esses os legitimados autônomos, isto é, sem a necessidade de se ter um processo em andamento.

Ademais, o § 1.º do art. 3.º da Lei autoriza, os Municípios, na condição de legitimado incidental, proporem “*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”.

É válido transcrever a lição de Osmar Mendes Paixão Cortes⁵⁸ quanto à legitimação, em atenção ao suposto perigo de engessamento da jurisprudência:

Apesar de, a princípio, poder haver a impressão de que o rol é muito limitado, o que poderia contribuir para o engessamento (pela falta de questionamento) da jurisprudência sumulada, seria inviável autorizar que qualquer parte litigante questionasse a existência ou postulasse o cancelamento e a revisão de súmula. Se assim ocorresse, o Tribunal constantemente seria questionado sobre questão e posicionamento em tese já consolidado.

O jurista aduz, ainda, que a edição de uma súmula vinculante deve ocorrer apenas quando o Tribunal tiver assentado jurisprudência sem risco de mudança em curto espaço de tempo. Assim, apenas com o amadurecimento do sentido da decisão, o Supremo poderá promover tal edição, sempre com a intenção de perdurar no tempo, ao passo que a revisão e o cancelamento delas deve ocorrer tão-somente em face de real necessidade, quando a valoração das circunstâncias tiver mudado. Do mesmo modo, alterada a composição da Corte, pode qualquer dos Ministros propor a revisão ou o cancelamento das existentes ou propor a edição de novas. Desta forma, ensina:

É fundamental que não sejam editadas súmulas e em seguida as revise ou cancela, o que iria de encontro à segurança jurídica. Repita-se que uma das intenções da súmula é dar previsibilidade às decisões judiciais. Eventual edição seguida de sucessivas revisões e/ou cancelamento mostra, ao contrário, instabilidade na jurisprudência do tribunal que se reflete em imprevisibilidade das decisões e contraria a função da jurisprudência sumulada – dar, a partir da previsibilidade, segurança jurídica⁵⁹.

A súmula vinculante, na conclusão do autor, enfrenta um desafio árduo, que é o do conflito constante entre a imutabilidade e a mutabilidade dos fatos, dependendo, para seu êxito, da razoável valoração dessas circunstâncias. Há o

⁵⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

⁵⁹ _____. Idem, p. 207.

risco de engessamento, que ocorrerá, porém, somente se os mecanismos de revisão e cancelamento forem mal utilizados, sem a consideração da realidade social.

Nos termos do art. 2.º, § 2.º, da Lei, haverá manifestação prévia do Procurador-Geral da República nas propostas que ele não tiver formulado.

Outrossim, o art. 6.º da lei determina que a *“proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”*.

O art. 3.º, § 2.º, da Lei, estabelece que *“No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”*. O mecanismo é reproduzido no Regimento Interno do STF na figura do *amicus curiae*. Por meio dessa autorização, terceiros poderão participar do procedimento de edição, revisão e cancelamento das súmulas, aumentando o número de participantes no debate sobre assunto de interesse de toda a sociedade e reduzindo os riscos de engessamento da jurisprudência.

A modulação dos efeitos é prevista pelo art. 4.º da Lei, que dispõe que *“A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”*. Como se vê, a fórmula aqui reproduzida repete a dinâmica da modulação temporal presente na Lei n.º 9.868/99.

PARTE II – A SÚMULA VINCULANTE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. O EFEITO VINCULANTE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. O controle jurisdicional dos atos administrativos

Após traçar um panorama geral sobre a súmula vinculante, passa-se ao estudo dirigido à Administração Pública no intuito de desvendar seus efeitos, com amparo nos precedentes que lhe deram origem e nas repercussões jurisprudenciais delas advindas.

Ao direcionar o exame da matéria para o âmbito da Administração Pública, observando-se o comando do art. 103-A da Constituição, que determina o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e “*administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”, é possível constatar a importância e a pertinência do tema. Isso parece ter sido uma resposta a um excesso de litigiosidade do Poder Público, “*um dos maiores clientes do judiciário*”⁶⁰. Os conflitos que decorrem dessa relação têm sido objeto de inúmeras críticas e estudos sobre a súmula vinculante, desde sua criação, motivados pelo suposto confronto com princípios constitucionais de peso, a exemplo do da separação dos Poderes.

Feita essa observação, é fundamental trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, segundo a qual o Poder Judiciário “*(...) controla, in concreto a legitimidade dos comportamentos da administração pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados*”⁶¹. Além disso, o art. 5.º, XXXV, da Constituição reproduz o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao determinar que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

⁶⁰ SCHAFFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 2009, 230 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 118-119.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 936-937.

Segundo ensina Juarez Freitas, em estudo intitulado *A guarda da Constituição pela própria Administração Pública*⁶², o controle dos atos administrativos, sob o amparo do direito fundamental à boa administração pública, deve ser traduzido como *guarda da credibilidade constitucional*, em conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas também com o conjunto de princípios, objetivos e regras da Constituição.

A respeito do direito fundamental à boa administração pública, o jurista o conceitua como “*direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*”⁶³.

O autor assevera que o controle constitucional exercido pela Administração Pública é distinto do difuso e concentrado, exercido pelo Estado-Juiz, sustentando que a guarda da constitucionalidade deve ser tomada como “*tarefa indeclinável, dever superior da própria Administração Pública*”, não devendo se restringir às Cortes judiciais, observados, porém, os limites intransponíveis das atribuições e competências específicos de cada Poder. A respeito, refere nos seguintes termos:

Ao Estado-Administração cumpre realizar imediatamente, nas fronteiras e nos marcos constitucionais, por meio de alguns dos seus agentes especialmente qualificados e investidos para tanto, máxime os integrantes das Carreiras de Estado, uma espécie de controle da higidez constitucional dos atos administrativos, que permita, motivadamente e em determinados contextos, até a inaplicabilidade da lei ou de ato administrativo normativo, como decorrência da vinculação ao compromisso de guarda da Constituição⁶⁴.

Em seguida, aduz que o Poder Judiciário permanece na condição de controlador “*último*” da constitucionalidade de leis e atos normativos, em face do comando do art. 5.º, XXXV, da Constituição, fazendo as vezes de administrador

⁶² FREITAS, Juarez. *A guarda da Constituição pela própria Administração Pública*. In: RDE – Revista de Direito do Estado. Ano 4. n.º 15: 131-149. jul/set 2009, p. 131.

⁶³ _____. *Direito fundamental à boa administração pública*. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros: 2009, p. 127.

⁶⁴ _____. *A guarda da Constituição pela própria Administração Pública*. In: RDE – Revista de Direito do Estado. Ano 4. n.º 15: 131-149. jul/set 2009, p. 132.

negativo. Já o seu art. 23, I, é categórico ao estabelecer que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela “*guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas*”. Nas palavras do autor, o constituinte originário, “*ao fazê-lo, não pretende que tal nobre tarefa se concentre com exclusividade no Poder Judiciário, mas almeja controle de juridicidade constitucional extenso e intenso, eficiente e eficaz (...)*”.

A lição de Juarez Freitas, em menção ao crescente número de demandas envolvendo a Administração Pública, é no sentido de “*reduzir os conflitos onerosos da sociedade contra a antijuricidade da Administração Pública, conflitos que têm produzido torrentes de processos judiciais, às vezes sem duração razoável, agravados pela falta de acatamento, em tempo último dos ditames judiciais ‘últimos’ pelo Estado-Administração*”⁶⁵. Assim conclui:

Revela-se imprescindível reduzir a litigiosidade, não raro, fundada contra o Estado-Administração, que congestionava a pauta judicial. (...) útil reconhecer que o resolutivo acatamento das decisões judiciais pela Administração, por si, já desafogariam, sem celeuma, os nossos tribunais, pois a Administração converteu-se numa gigantesca e tentacular demandante ou demandada, com a correspondente erosão da confiabilidade dos agentes públicos⁶⁶.

A Administração Pública, no entendimento do jurista, deve acatar as decisões definitivas e pacificadas pelo Poder Judiciário, para além, mesmo, das súmulas vinculantes, e dos pronunciamentos em sede de controle concentrado, devendo respeitar o decidido em sede de controle difuso pelo plenário do STF, independentemente de sustação da execução da lei pelo Senado Federal⁶⁷. A respeito do efeito vinculante, ressalta que é preciso acatá-lo, “*salvo quando manifesta e teratologicamente equivocado e, ainda assim, apenas consentida a resistência devidamente motivada*”.

No intuito de melhorar a qualidade da gestão pública, a vinculação do administrador público às orientações constitucionais exige que a jurisprudência pacificada nos tribunais também seja de observância obrigatória para ele, até por que é fonte material de Direito Administrativo. Para Juarez Freitas, o princípio da

⁶⁵ Freitas, J. Idem, p. 136.

⁶⁶ Idem, p. 146.

⁶⁷ Idem, p. 140.

moralidade demanda da administração pública uma atuação condizente com a confiança legítima nas instituições, “*não podendo o Estado-Administração dar o péssimo exemplo de litigância de má-fé ou de maneirista descaso pelas decisões do Poder Judiciário, ‘em definitivo’, seja no controle incidental, seja no controle concentrado*”⁶⁸.

Ao sustentar que a vinculação restringe a discricionariedade da Administração Pública aos limites da Constituição, o autor – sugerindo que a postura to pronto acatamento das decisões dos tribunais deve ocorrer, “*(...) sob pena de perecer a credibilidade do sistema de controle , dele subtraindo o hálito vital do respeito mutuo e da interdependência dos Poderes*”⁶⁹ –, propõe o seguinte, em suas conclusões:

Desde que largamente pacificada a orientação jurisprudencial superior, afigura-se lógico e natural o dever (...) de acatamento dos precedentes judiciais e da emissão célere de atos declaratórios, pareceres normativos e súmulas administrativas confortadoras de tais diretrizes. (...) Ao valorizar, acolhendo de modo célere, as orientações jurisprudenciais iterativas (fonte material, por excelência, do Direito Administrativo), não está a Administração Pública deixando de ser zelosa e independente, mas reservando energia e vigor para os embates verdadeiramente prioritários.

Essa obrigatoriedade da observância extensiva às autoridades administrativas, em sentido prático, representa um ganho de economia processual, até porque as decisões administrativas, no mais das vezes, acabam por ser submetidas ao Poder Judiciário. A guarda da Constituição, nesse sentido, realizada pela própria Administração Pública, constituiria uma espécie de controle prévio ao controle jurisdicional dos atos administrativos.

⁶⁸ JUAREZ. F. Obra citada, p. 145.

⁶⁹ Idem, p. 147.

1.2. Vinculação no processo administrativo

A regulamentação, pela Lei n.º 11.417/2006, do dispositivo constitucional inserido pela EC 45/2004, que dispôs sobre a Reforma do Judiciário (art. 103-A), alterou, ainda, alguns dispositivos da Lei do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n.º 9.784/1999), prevendo, no âmbito deste, repercussões atinentes à súmula vinculante, adequando-o ao instituto.

Os arts. 8.º e 9.º da Lei 11.417/06 acrescentaram à Lei o parágrafo 3.º ao art. 56, no Capítulo XV, que trata do recurso administrativo e da revisão, com a seguinte redação:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

(...)

§ 3.º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Consoante o disposto nesse artigo, a autoridade deverá expor motivadamente as razões da aplicação ou não-aplicação da súmula, ou reconsiderar o decidido⁷⁰. Após, o órgão competente para o julgamento do recurso terá 30 (trinta) dias para decidir, nos termos dos art. 56, § 1.º, e 59, § 1.º, da Lei.

Outros dois dispositivos foram acrescentados à Lei de Processo Administrativo, que passou a prever duas novas situações envolvendo a aplicação dos enunciados de súmula vinculante nesse procedimento. De início, o art. 64-A, assim estabelece: *“Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”*.

Como se percebe, o órgão competente para julgamento do recurso deverá explicitar as razões que o levaram a aplicar ou não o enunciado de súmula vinculante. O que se evidencia é que a regra acima transcrita releva a promoção de um princípio geral aplicável ao processo administrativo: o princípio da motivação.

⁷⁰ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 513.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a finalidade buscada por esse princípio é a “(...) *obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto*”⁷¹.

Já o art. 64-B, acrescentado com a redação a seguir transcrita, prevê a hipótese de descumprimento do comando da súmula vinculante, caso em que haverá responsabilização do administrador:

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

O objetivo aqui pretendido é diminuir a presença da Fazenda Pública como parte em processos idênticos, nos quais se deduz pretensão contrária ao entendimento pacificado pelo STF e proferido com efeito vinculante. O tema da responsabilização será abordado em capítulo próprio.

⁷¹ MELO. C. A. B. Obra citada, p. 496.

1.3. Princípios constitucionais em confronto

A criação da súmula vinculante foi, talvez, o ponto mais polêmico da *Reforma do Judiciário*, tendo sido, por isso, alvo de inúmeras críticas pela doutrina, na qual se encontram posicionamentos em defesa de sua constitucionalidade e de sua incompatibilidade com a Constituição.

O instituto tem sido objeto de numerosos estudos, nos quais se confronta a aplicabilidade dos enunciados de súmula vinculante com princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, a exemplo dos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da independência do juiz.

A Constituição institui, no seu art. 60, § 4.º, as chamadas cláusulas pétreas, ou limites materiais à possibilidade de emendá-la. Mais precisamente, os incisos III e IV do parágrafo em exame prevêm que não serão objeto de deliberação propostas de emenda constitucional tendentes a abolir “*a separação dos Poderes*” e “*os direitos e as garantias individuais*” – constantes do art. 5.º da Constituição Federal.

Sobre o tema da separação dos Poderes, leciona José Afonso da Silva⁷²:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (...) fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; (...) (b) *independência orgânica*, significando que, além de especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros.

A seguir, propõe uma nova abordagem do princípio, em face das inter-relações atuais entre os Poderes:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativos e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*⁷³.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

⁷³ Silva. J. A. Idem, p. 109.

A própria Constituição institui, em seu art. 2.º, que são Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A doutrina de José de Albuquerque Rocha⁷⁴ é contrária à súmula vinculante, sustentando a sua inconstitucionalidade, em razão dos precitados dispositivos limitadores do poder de emendar a Constituição (art. 60, § 4.º, CF). O autor aponta que a inconstitucionalidade material nulifica a regra do art. 103-A e de tudo o que dele deriva, além do que o caráter de “meta-norma geral e abstrata” usurparia a competência reservada ao legislador, em ofensa ao princípio da legalidade, esculpido no art. 5.º, II, da Constituição.

Em sentido favorável aos enunciados vinculantes, é o ensinamento de Marco de Azevedo, para quem a adoção do efeito vinculante para às súmulas de jurisprudência dominante do STF não ofende o aludido princípio. Sustenta o autor que se trata precisamente de função típica do Poder Judiciário resolver uma dúvida quanto à vigência, ao alcance ou à interpretação de uma norma; é, em outras palavras, a própria razão de ser deste Poder⁷⁵.

Marcelo Alves de Souza também sugere uma nova concepção do princípio da separação dos poderes, defendendo a ausência de violação a esse postulado pela súmula vinculante. Ele cita exemplos de exercício, por um dos Poderes, de função típica de outro, tal como se verifica com as medidas provisórias editadas pelo Executivo e o próprio controle de constitucionalidade, no qual o STF, ao dar a última palavra sobre a conformidade com a Constituição, realiza uma atividade legislativa negativa⁷⁶. O modelo de separação dos Poderes não observa um sistema de rígida divisão, mas de interação e compartilhamento de competências – e, ao contrário do que se possa supor, a súmula vinculante em relação à Administração Pública promove os direitos e garantias individuais, na medida que assegura uma uniformização na atuação estatal em face dos administrados promovendo a consecução dos fins almejados pelo postulado da isonomia.

Em relação, propriamente, à Administração Pública (ou ao Poder Executivo) é interessante trazer, mais uma vez, a lição de Juarez Freitas⁷⁷:

⁷⁴ ROCHA, José Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 126.

⁷⁵ AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009, p. 128-129.

⁷⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 295.

⁷⁷ FREITAS, Juarez. *A guarda da Constituição pela própria Administração Pública*. In: RDE – Revista de Direito do Estado. Ano 4. n.º 15: 131-149. jul/set 2009, p. 144.

Com efeito, somente se conquistada e erguida a harmonia entre os Poderes – no bojo da qual inexista lugar para superioridades (apenas distinções funcionais) e todos estejam, a seu modo, igualmente compromissados com a guarda da Constituição, é que se reúnem as condições para instaurar a visão ampliada do papel do discurso constitucional e a regeneração da desgastada “autoridade” pública.

Em suma, a crítica dirigida ao instituto da súmula vinculante amparada na defesa da separação dos Poderes parece estar equivocada, notadamente por denotar certa confusão entre os conceitos de poder separado e poder independente. Por tal razão, o debate deveria se voltar não para esse princípio, mas para a capacidade de controle dos demais Poderes exercido pelo Judiciário, segundo Andréa Gozetto⁷⁸.

Com relação ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5.º, II, e, portanto, também abarcado pelo manto da imutabilidade constitucional (art. 60, § 4.º, CF), o problema está centrado na deslegitimação do Poder Judiciário para legislar, na ótica dos que entendem assim a adoção de súmulas com efeito *erga omnes*.

A lei é norma genérica, anterior à ocorrência do fato jurídico normatizado e de observância obrigatória para toda a sociedade⁷⁹. Os cidadãos, todavia, não agirão em conformidade com os entendimentos sumulados por meios próprios, mas através do juiz e do administrador, que, diante do caso concreto específico que atrai a incidência dos enunciados, submetem-se ao seu efeito vinculante.

O princípio da legalidade é, aliás, norteador da ação da Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição, e do art. 2.º da Lei n.º 9.784/99. O ditame dessa última Lei é ainda mais cristalino, em fiel correspondência à finalidade desse princípio na órbita administrativa, ao dispor, em seu art. 2.º, parágrafo único, I, a exigência de uma “*atuação conforme a lei e o Direito*”. A legalidade deve ser entendida aqui em amplitude maior, para além das regras, alcançando a adequação da conduta administrativa com o ordenamento jurídico, de tal modo que se busca atualmente um controle da administração reorientado para a

⁷⁸ GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *A súmula vinculante e o equilíbrio entre os poderes no Brasil*. In: Leonel Cesarino Pessoa (org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007, p. 73-75.

⁷⁹ AZEVEDO. M. A. D. Obra citada, p. 116.

efetivação do “*direito fundamental à boa administração pública, que exige respeito às regras legais, desde que no cumprimento superior à Constituição*”⁸⁰.

Ademais, como anteriormente apontado no item sobre interpretação e técnicas de aplicação, o juiz, deparando-se com súmula cujo conteúdo foi regulado por lei posterior, pode deixar de observar o enunciado vinculante, independentemente da iniciativa do STF de revisá-lo ou cancelá-lo. Já aqueles enunciados que se deparam com superveniência de lei os contrariando restam implicitamente revogados.

Assevera-se, por fim, o suposto conflito do instituto com o princípio da independência funcional do juiz ou da persuasão racional, tendente a eliminar a livre atuação do juiz ao interpretar a súmula vinculante, o que culminaria no prejuízo de sua liberdade, cuja finalidade é garantir a sua autonomia para interpretar textos legais com imparcialidade⁸¹. Para parte da doutrina, a vinculação transformaria a decisão do juiz em uma simples mecânica de aplicar o precedente já existente ao caso a ser julgado.

Ora, em realidade, a súmula vinculante parece vir ao encontro de outros princípios, que, ponderados em relação ao da independência do magistrado, podem prevalecer. Citam-se, exemplificativamente, os princípios da economia ou da celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII), também inserido pela EC 45/04, e da isonomia, a exigir tratamento igual para todos.

O postulado da persuasão racional do juiz, por mais importante que seja, deve se conciliar com o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Marcelo Alves Dias de Souza leciona, sobre a súmula vinculante, que “*o que se propõe é um fórmula que impeça, na medida do possível, que a sorte dos litigantes fique ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento disso decorrentes ou (...) o que é ainda pior, fique ao sabor da vaidade ou da teimosia infrutífera do juiz de um caso*”⁸².

É de se lembrar que, consoante mencionado no item relativo à interpretação e aplicação das súmulas vinculantes, o juiz pode deixar de aplicá-la quando o caso concreto não guardar com ela perfeita correspondência.

⁸⁰ FREITAS. Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82.

⁸¹ ROCHA. J. A. *Obra Citada*, p. 126-127.

⁸² SOUZA. M. A. D. *Obra citada*, p. 291-293.

A súmula vinculante vem, oportunamente, a despeito da respeitável divergência jurisprudencial, combater a conhecida crise operacional do Poder Judiciário, que tem convivido com a proliferação de processos versando sobre questão “*idêntica*” (na dicção do próprio comando do art. 103-A, § 1.º). Constitui, ademais, importante ferramenta para a promoção do fim almejado pelo princípio com ela concomitantemente criado: o da celeridade ou da razoável duração do processo.

2. MECANISMOS ASSECURATÓRIOS DO EFEITO VINCULANTE

2.1. Descumprimento e reclamação constitucional

A reclamação é instituto que tem a finalidade de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou de garantir a autoridade de suas decisões. Antes de ter sua previsão estendida expressamente à súmula vinculante, como instrumento de combate em relação ao seu descumprimento, era voltado para corrigir a desobediência de um julgado do Tribunal ou para impedir a invasão de outros órgãos judiciais (ou até administrativos) em seu âmbito de atuação.

A norma constitucional do art. 102, I, “I”, prevê que compete ao STF precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. Há norma similar em relação ao STJ, nos termos do art. 105, I, “f”. Os dispositivos em exame possuem regulamentação infraconstitucional na Lei n.º 8.038/1990, que institui normas procedimentais no âmbito do STJ e do STF. O art. 13 da lei assim dispõe: “Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público”. A seguir, o art. 17 estabelece que o Tribunal, ao julgar procedente a reclamação, cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

O presente trabalho permanecerá, todavia, restrito à análise do instituto da reclamação constitucional perante o STF por descumprimento (negativa de aplicação ou má aplicação) de enunciado de súmula vinculante. Nesse sentido, precisamente, transcreve-se a redação do art. 103-A, § 3.º, da Constituição:

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

A Lei n.º 11.417/2006 prevê igualmente a reclamação, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

O seu art. 7.º apenas repete o comando constitucional, determinando que caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra *decisão judicial ou ato administrativo* que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente.

Quanto à natureza jurídica da reclamação, a doutrina tem muito opinado a respeito, sem contudo chegar a um consenso. Apontam-se as mais diversas sugestões pelos estudiosos: ação, ato administrativo, recurso, direito de petição⁸³, provimento mandamental de natureza constitucional⁸⁴. Para Pedro Lenza, trata-se de “*exercício constitucional de direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder*”⁸⁵, nos termos do art. 5.º, XXXIV, “a”, da Constituição”. A discussão ganha maior complexidade pela variabilidade de resultados que dela podem decorrer: avocação de competência, anulação de ato administrativo, cassação de decisão judicial ou determinação de nova emissão de ordem para adequado cumprimento⁸⁶, de modo que qualquer tentativa classificatória se depara com dificuldades.

Para José Rocha, cuida-se, de fato, de um recurso, pois não inicia nova relação processual, apenas recaindo sobre aquela já existente. Refere ainda que o fato de caber reclamação constitucional contra decisão administrativa não lhe tira a característica de recurso, uma vez que o legislador teria equiparado ambas as esferas de decisão para fins de cabimento da reclamação⁸⁷.

Segundo a tese de Gilberto Schafer⁸⁸, ela constitui ação constitucional, ou, ainda, “remédio de garantia constitucional”, ao lado do habeas corpus e do mandado de segurança. O jurista refere ainda que a própria Lei n.º 8.038/90 a prevê implicitamente como ação, ao inseri-la em seu Título I, o qual trata dos processos de competência originária, além do que mesmo a Constituição sugere tal classificação, ao utilizar o termo “procedente” para designar o resultado positivo do julgamento da reclamação (art. 103-A, § 3.º).

⁸³ ROCHA, José Albuquerque. Súmula vinculante e democracia. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

⁸⁴ LENZA, P. Obra citada, p. 297.

⁸⁵ Idem, p. 298.

⁸⁶ SCHAFFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 2009, 230 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 165.

⁸⁷ ROCHA. J. A. Obra citada, p. 30.

⁸⁸ Schafer. G. Obra citada, p. 168-171.

Apresentado um panorama geral sobre a reclamação constitucional, cumpre agora analisá-la sob a ótica da Administração Pública.

De início, ressalta-se que, em se tratando de omissão ou ato da Administração Pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas, de acordo com o art. 7.º, § 1.º, da Lei n.º 11.417/06. Configura, na visão de Pedro Lenza, a instituição, pela Lei, de "*contencioso administrativo atenuado e sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da reclamação e não de qualquer outra medida cabível*", como a ação ordinária ou o mandado de segurança, por exemplo. Tal disposição traduz a tentativa de evitar uma proliferação de reclamações para o STF devido à recalcitrância dos órgãos administrativos em seguir a jurisprudência dominante, o que, também, explica o grande número de súmulas expedidas em matéria de Direito Público.

Já o parágrafo seguinte reserva-se apenas a repetir o disposto no § 3.º do art. 103-A da Constituição, ou seja, que se o STF julgar a reclamação procedente, *anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada*, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula.

Ainda no que se refere ao esgotamento da via administrativa como requisito para a utilização da reclamação, é oportuno dizer que o interessado poderá optar por exaurir as escalas recursais internas do processo administrativo ou judicializar a questão por meio de outros instrumentos de impugnação, como, por exemplo, o mandado de segurança⁸⁹.

Osmar Côrtes ensina, sobre a reclamação, que, como o desrespeito à súmula vinculante não dá ensejo efetivamente a um recurso, torna-se desnecessário pedir a revisão ao órgão superior a fim de que chegue a discussão ao STF, podendo ser essa Corte diretamente questionada. Sobre a parte final do *caput* do art. 7.º da Lei 11.417, que menciona que não são vedados "outros recursos ou meios de impugnação", o autor assevera que somente contra o *desrespeito* à súmula caberá a reclamação; não, todavia, contra a *má aplicação*. Isso quer dizer que o fato de ser aplicada incorretamente não importa necessariamente em desrespeito, porque também compreende casos em que o administrador ou o magistrado deixa de aplicar súmula à hipótese que assim demandasse, ou a aplica em hipótese que não

⁸⁹ Schafer. G. Obra Citada, p. 198.

o exija, partindo de interpretação equivocada ou considerando hipótese fática distinta do campo de incidência da súmula. Com isso, conclui, em atenção ao dispositivo legal supracitado, que prevê a utilização da via recursal ou de outros meios de impugnação:

Se assim não for, e todos os casos de má aplicação e discussões sobre a incidência ou não da súmula considerando as hipóteses fáticas dos casos concretos forem considerados de desrespeito à súmula, o Supremo Tribunal Federal não fará mais nada além de julgar reclamações (e a competência da mais alta Corte nacional é muito mais ampla)⁹⁰.

Lilian Haber leciona igualmente sobre o impacto negativo da utilização desregrada da reclamação constitucional, sugerindo, por exemplo, a imposição de multa por interposição meramente protelatória⁹¹:

Permitir, no entanto, a reclamação sem maiores requisitos não será, provavelmente, a saída a ser encontrada pelo legislador infraconstitucional. É preciso mais, sob pena de o Supremo ver-se diante de uma avalanche de reclamações. Certamente, a instituição de multa por interposição de reclamações infundadas poderá ser a melhor solução a ser encontrada, nos moldes do que já vem ocorrendo com a interposição de embargos de declaração procrastinatórios e hipóteses outras de litigância de má-fé.

Nessa linha de pensamento é também a doutrina de José Afonso da Silva, para quem o meio de impugnação não se presta a reduzir o acúmulo de recursos perante o STF:

Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário. Parece-nos que têm pouca utilidade relativamente ao âmbito de aplicação constitucional, para a qual está previsto o efeito vinculante⁹².

⁹⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 196.

⁹¹ HABER, Lilian Mendes. Competências do Supremo Tribunal Federal. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 143.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 566.

É oportuno frisar, por fim, no que concerne aos atos administrativos, que não se exige que eles sejam de caráter decisório. Pode ser interposta a reclamação contra qualquer ato administrativo, a exemplo de uma cláusula de contrato administrativo que contrarie um enunciado de súmula vinculante. Nessa hipótese, porém, o julgamento do STF deverá cingir-se à sua anulação quando em desacordo, restando ao juízo da Administração Pública a faculdade de praticar discricionariamente um novo ato em consonância com a súmula, tudo em obediência ao princípio da separação dos Poderes⁹³.

Encerra-se com a reflexão de Marcelo Alves Dias de Souza sobre a necessidade de as autoridades vinculadas, sejam judiciais ou administrativas, acatarem o decidido pelo STF, sob pena de que a afronta ao império de suas decisões abra as portas para a reclamação. O administrador e os demais órgãos judicantes devem aplicar adequadamente a tese jurídica contida no enunciado, bem como prezar pela sua correta interpretação, já que, uma vez feita de forma errônea ou distorcida, restará desobedecida a súmula vinculante⁹⁴:

É de se esperar que a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal seja culturalmente aceita pelo Poder Executivo e pelos demais órgãos judicantes. Paradoxalmente, apesar da vinculatividade da súmula, a uniformização da “jurisprudência” e a otimização da prestação jurisdicional somente serão alcançadas se houver conscientização da importância do instituto da súmula e o cumprimento voluntário dos seus enunciados; caso contrário, haverá um sem-número de reclamações, o que tornará o processamento delas moroso e a aplicação do efeito vinculante, por conseguinte, praticamente inviável.

Citam-se, por derradeiro, as súmulas (persuasivas) do STF aplicáveis à reclamação constitucional: “368. *Não há embargos infringentes no processo de reclamação; e 734. Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha (sic) desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*”.

⁹³ CÔRTEZ. O. M. P. Obra citada, p. 195.

⁹⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006, p. 275-277.

2.2. Responsabilização do administrador público

Repetindo as linhas gerais traçadas no item 1.2. “Vinculação no processo administrativo”, a Lei das Súmulas Vinculantes (Lei n.º 11.417/2006), alterou, por meio de seu arts. 8.º e 9.º a Lei n.º 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, acrescentando-lhe, dentre outros, o art. 64-B, com o escopo de não tornar inócuos os efeitos vinculantes das súmulas no bojo do seu procedimento.

O dispositivo preceitua que, acolhida pelo STF a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, será dada ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, *sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal*.

No intuito de tecer alguns contornos históricos sobre o tratamento dado aos casos de descumprimento do dever de seguir as decisões de caráter vinculante, remonta-se à época das Ordenações Manuelinas. Previa-se nelas a responsabilização não só de serventuários, como também, inclusive, dos julgadores. Assim ordenavam: “*Mandamos que todos os nossos Desembargadores, e todos os Corregedores, e Ouvidores, Julgadores, que não cumprirem e não guardarem nossas Ordenações inteiramente, sendo-lhes alegadas, paguem às partes, em cujo favor as ditas Ordenações forem alegadas, vinte cruzados*”. Mais adiante, aparece nova penalidade: “*sejam suspensos de seus ofícios até Nossa Mercê, e por esses mesmo feito ficarão suspeitos às ditas partes nos feitos de que assim forem Juízes*”.

Como se vê, tratava-se de uma sanção funcional tendente a suspender o julgador recalcitrante, além de impor-lhe multa e declará-lo suspeito em relação às partes do processo em que incorreu em desobediência.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁵ rememora, bastante oportunamente, que tal sanção funcional foi cogitada no substitutivo à PEC n.º 96 de 1992, na parte atinente ao Poder Judiciário, de que era relator o Deputado Jairo Carneiro, que desta forma propunha o acréscimo do § 4.º ao art. 98 da Constituição:

O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 212.

tratam o Parágrafo anterior e o § 2.º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.

A fórmula foi, contudo, rejeitada, optando-se, nos termos do parecer do relator da comissão especial, pela atual reclamação constitucional.

No que se refere aos efeitos pretendidos pela inserção da reclamação em relação à Administração Pública, sustenta Pedro Lenza⁹⁶, a respeito de a lei não ter previsto qualquer sanção aos juízes, que “*a liberdade do magistrado de apreciar os elementos para definir se a conclusão do processo deve ser harmônica ou não com o verbete*”.

O art. 64-B da Lei n.º 9.784/99 determina que se dará ciência à “*autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso*”. Logo, o pressuposto para que se atinja o resultado esperado na esfera administrativa é a autoridade hierarquicamente superior. Schafer⁹⁷ assevera que é essa autoridade que responderá à reclamação julgada procedente, após o recurso administrativo, e deverá adequar as decisões administrativas futuras em casos equiparados, sob pena de responsabilidade (nas esferas cível, administrativa e penal). Para ele, é em decorrência da hierarquia constitucional que a súmula vinculante atinge toda a Administração. A responsabilidade em análise tem, portanto, como pressuposto o fato de a Administração Pública não ter tomado as providências para adequar suas decisões ao cumprimento da súmula.

No que se refere às esferas distintas e independentes de responsabilização, tem-se que a civil, capaz de gerar responsabilidade objetiva, só resta configurada em caso de dolo ou culpa, caso em que o administrador responde regressivamente. A responsabilidade nas esferas administrativa e penal depende, respectivamente, da configuração de ilícito administrativo próprio e da existência de disposição típica expressa, que descreva ações puníveis, uma vez que não são admitidos tipos penais abertos⁹⁸.

Cite-se, por derradeiro, a Resolução n.º 106 do Conselho Nacional de Justiça, de 6 de abril de 2010, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2.º grau,

⁹⁶ LENZA, P. Obra citada, p. 651.

⁹⁷ SCHAFFER, G. Obra citada, p. 200.

⁹⁸ Idem, p. 201.

cujo art. 5.º determina que “*na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração: (...) e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores*”.

2.3. Aplicação: enunciados concernentes à Administração Pública

O objetivo final desse trabalho é analisar os principais enunciados de súmula vinculantes aplicáveis à Administração Pública, evocando os julgados que deram origem à sua edição. Para tanto, elegem-se restritivamente aqueles que tiveram maior repercussão na jurisprudência, alguns dos quais já foram objeto de reclamações constitucionais pertinentes perante o Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas é a súmula vinculante n.º 5, que trata do processo administrativo disciplinar⁹⁹. Foi editada com a seguinte redação:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

A legislação sobre a qual repousa controvérsia é a norma constitucional art. 5.º, LV, que dispõe que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Dentre os precedentes¹⁰⁰ que motivaram a edição da súmula, destaca-se o Recurso Extraordinário n.º 434.059-3/DF, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, em que eram recorrentes a União e o INSS, e recorrida, ocupante de cargo público federal. O voto do relator foi no sentido de dar procedência ao recurso, reformando a decisão proferida no mandado de segurança impetrado no STJ, que havia concedido ordem para reintegrar a servidora no cargo, por suposto cerceamento de defesa no processo administrativo disciplinar, ante a ausência de defesa técnica por advogado.

O relator entendeu que a defesa foi realizada em sua plenitude, já que a recorrida foi notificada, acompanhou o processo administrativo, sem, porém, constituir um advogado, o que configurava uma “*faculdade para o acusado*”. Além disso, asseverou que foram garantidos os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos deduzidos, inexistindo ofensa ao art. 5, LV, da Constituição. Fundamentou, enfim, que a regra do art. 133 da Constituição, que prevê advocacia como função essencial à justiça não é absoluta, ressaltando a existência de processos *judiciais* que dispensam a presença de advogado (habeas corpus, revisão criminal, Juizados Especiais e Justiça do Trabalho).

⁹⁹ Publicada no DJe n.88, p. 1, e no DOU, p. 1, em 16/05/2008.

¹⁰⁰ Citam-se também: AI 207197 AgR, RE 244027 AgR e MS 24961.

O Min. Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, propôs a edição de súmula vinculante, apontando a existência de súmula do STJ (n.º 343) em sentido contrário. Os demais julgadores acompanharam o voto do relator, fazendo observações pertinentes, tais como o fato de se tratar de processo administrativo, o que afasta a incidência da obrigatoriedade contida no precitado art. 133. Observaram ainda a faculdade contida no art. 156 do Estatuto dos Servidores (Lei n.º 8.112/90), a qual prevê que é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo “ *pessoalmente ou por intermédio de procurador*”. Foi ressaltado também o impacto de ordem prática que a obrigatoriedade de defesa técnica acarretaria sobre a Defensoria Pública.

Nesse contexto, foi editada o enunciado vinculante n.º 5, a fim de evitar a multiplicação de processos versando sobre questão idêntica já pacificada no âmbito da Corte, tornando essa observação obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário – notavelmente ao STJ, que possuía súmula persuasiva em sentido oposto – e à Administração Pública, que, norteadas pelo princípio da hierarquia, promove o processo administrativo disciplinar dos servidores, sendo portanto, o principal alvo desse verbete com efeito vinculante.

Outro enunciado a ser analisado é a súmula vinculante n.º 11, que pacifica entendimento jurisprudencial sobre o uso de algemas¹⁰¹:

Só é lícito o uso de algemas em casos 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 Estado¹⁰².

Como importante precedente¹⁰³ à edição da súmula, sobressai-se o Habeas Corpus 91.952-9/SP, no qual o STF deferiu a ordem por unanimidade, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que, ao proferir seu voto, considerou que o uso de algemas em sessão de julgamento somente se justifica quando não existir meio

¹⁰¹ Publicação: DJe no 157, p. 1, e DOU p. 1., em 22/8/2008.

¹⁰² Legislação citada: Constituição Federal, art. 1.º, III; art. 5.º, III, X e XLIX. Código Penal, art. 350. Código de Processo Penal, art. 284. Código de Processo Penal Militar, art. 234, § 1.º. Lei 4.898/1965, art. 4.º, “a”.

¹⁰³ Outros precedentes citados: RHC 56465, HC 71195, HC 89429 e HC 91952.

menos gravoso para alcançar o objetivo visado. Ressaltou a verificação de abuso de autoridade, citando a Lei n.º 4.898/65, que o regula, cujo art. 4.º enquadra sua ocorrência no fato de cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder, e de “*submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei*”.

O debate para a aprovação¹⁰⁴ da súmula em exame contou com plausível exposição do Min. Marco Aurélio, que lembrou o julgado supramencionado, asseverando que “(...)a utilização de algemas é sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente”. Em consideração aos direitos fundamentais, frisou: “A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral”.

O enunciado foi objeto da Reclamação 7.814/RJ, a qual, todavia, foi julgada improcedente, uma vez que o reclamado, Juiz Federal, teria autorizado o uso das algemas, sem, contudo, determiná-lo, efetivamente, o que ficou a juízo discricionário da autoridade policial encarregada de cumprir o mandado de prisão, tendo em vista as circunstâncias no momento da diligência, sendo, para tanto, “*acentuada a necessidade de acatamento da súmula vinculante n.º 11 do STF*”. A improcedência deveu-se aos documentos juntados aos autos, nos quais não se evidenciava o uso das algemas na diligência, “*sendo certo que, se usadas, não o foram por determinação do reclamado*¹⁰⁵”.

Já a súmula vinculante n.º 13 assentou a jurisprudência a respeito do nepotismo, com a seguinte redação¹⁰⁶:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ata da 20.ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 13 de agosto de 2008.

¹⁰⁵ Informativo n.º 588 do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁶ Publicação no DJe no 162, p. 1, e no DOU, p. 1, em 29/8/2008.

¹⁰⁷ Precedentes: ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12 e RE 579951.

De início, é necessário transcrever o preceito do art. 37, “caput”, da Constituição, que prevê que a administração pública “*obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

Com base nesse dispositivo constitucional, o Supremo entendeu, ao julgar o agravo regimental na medida cautelar na Reclamação 6.702-5/PR¹⁰⁸, que se tratava de descumprimento do enunciado em exame. No caso, foi dado provimento unânime, sustentando os efeitos da nomeação do irmão do Governador do Estado para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, asseverou que a vedação ao nepotismo não exige edição de lei formal para coibir a prática, pois decorre diretamente dos princípios contidos no artigo mencionado. Considerou que a natureza do cargo não se enquadra no conceito de agente político, uma vez que envolve o exercício de função auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. Além do mais, a existência de súmula vinculante sobre a matéria embasava a procedência da Reclamação, levando-se em conta que a nomeação do irmão, pelo Governador, para ocupar cargo dessa natureza, agente incumbido pela Constituição de fiscalizar as contas do próprio nomeante, “*estaria a sugerir, em princípio, desrespeito aos mais elementares postulados republicanos*”.

Passa-se, por fim, ao exame do derradeiro enunciado selecionado para esse estudo, a súmula vinculante n.º 14, que versa sobre o exercício do direito de defesa no bojo do procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária¹⁰⁹:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A Min. Ellen Gracie foi relatora do agravo regimental na Reclamação 9.789/SP, julgado improcedente por se tratar de situação fática diversa da sumulada, já que não se poderia conceder vista do inquérito policial ao agravante, que não figurava como indiciado no procedimento investigatório.

¹⁰⁸ Informativo n.º 537 do Supremo Tribunal Federal: Por vislumbrar ofensa à Súmula Vinculante 13, o Tribunal deu provimento a agravo regimental interposto contra decisão que indeferira pedido de liminar em reclamação ajuizada contra decisão de 1.º grau que, no bojo de ação popular movida pelo reclamante, mantivera a posse do irmão do Governador do Estado do Paraná no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, para o qual fora por este nomeado.

¹⁰⁹ Publicação no DJe no 26, p. 1, e no DOU, p. 1, em 9/2/2009.

Um dos precedentes¹¹⁰ que motivou a edição da súmula em apreço, o Habeas Corpus 91.684-8/PR, julgado pela Primeira Turma do STF, teve como relator o Min. Marco Aurélio, que atentou para o princípio da publicidade dos atos e dos processos administrativos, concedendo ordem para viabilizar o acesso aos elementos de prova. O julgador entendeu prejudicado o direito à defesa na hipótese em que a paciente foi notificada para prestar depoimento, sendo que o representante processual não teve acesso aos elementos probatórios já colhidos, em inegável ofensa ao devido processo legal.

A presente súmula foi objeto de pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que justificou a sua edição sob o argumento de que, apesar da existência de inúmeros precedentes do STF autorizando o exame dos autos do inquérito policial sigiloso pelo advogado constituído pelo investigado, vários juízes vinham negando aos defensores o acesso aos autos em questão¹¹¹.

¹¹⁰ Outros precedentes: HC 88520, HC 90232, HC 88190, HC 92331, HC 87827 e HC 82354.

¹¹¹ Proposta de Súmula Vinculante 1-6 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Publicação em 27/03/2009 no DJe n.º 59.

CONCLUSÃO

A criação da súmula vinculante pela EC n.º 45/2004 é um dos temas mais polêmicos da *Reforma do Judiciário*. Como se viu, a doutrina diverge bastante a respeito de inúmeros tópicos relativos ao instituto.

Surgida concomitantemente com o princípio da celeridade processual e a ele aliada, o enunciado de jurisprudência vinculante constitui notável e ousado instrumento de uniformização da jurisprudência em face da árdua tarefa de prestar aos jurisdicionados uma justiça mais célere e igual para todos.

A divergência doutrinária repousa especialmente no confronto entre princípios constitucionais de relevo, um dos quais constante do rol de cláusulas pétreas: a separação de Poderes. Nesse contexto insere-se, o tema central do trabalho, qual seja, a suposta ofensa ao referido princípio, provocada pela vinculação da Administração Pública aos enunciados do Supremo Tribunal Federal.

Do estudo desenvolvido, pode-se concluir que o atual tratamento doutrinário do princípio da separação dos Poderes permite a existência de funções atípicas para efetivar a harmonia e o controle recíproco entre os mesmos, havendo, na hipótese, prevalência dos princípios da isonomia e da celeridade, a fim de promover a segurança jurídica.

A Lei das Súmulas Vinculantes, além de regulamentar aspectos procedimentais do instituto, acrescentou dispositivos à Lei de Processo Administrativo, no intuito de compatibilizá-lo com os enunciados vinculantes.

Outrossim, a reclamação constitucional e a possibilidade de responsabilização do administrador público configuram meios eficazes de assegurar o efeito vinculante na esfera administrativa, como se inferiu da análise jurisprudencial dos principais enunciados aplicáveis à Administração Pública.

Essa vinculação é, enfim, é positiva, na medida em que a auxilia na promoção do princípio da legalidade, o qual se volta para a realização não só dos ditames da lei, mas sistematicamente de todo o Direito. Nessa luta, ao acatar as decisões vinculantes do STF, a Administração Pública contribuirá com o Poder Judiciário para o aprimoramento da prestação jurisdicional, velando pela guarda da Constituição e dos direitos fundamentais à justiça célere e isonômica, e ao devido processo legal.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Marco Antônio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Súmula vinculante, sentença normativa e precedentes: leis do Judiciário?* Porto Alegre, 2000, 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. A guarda da Constituição pela própria Administração Pública. In: RDE – Revista de Direito do Estado. Ano 4. n.º 15: 131-149. jul/set 2009.

_____. *Direito fundamental à boa administração pública*. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros: 2009.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4 ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *A súmula vinculante e o equilíbrio entre os poderes no Brasil*. In: Leonel Cesarino Pessoa (org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

HABER, Lilian Mendes. *Competências do Supremo Tribunal Federal*. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. *A súmula vinculante sob a ótica dos juízes de 1.^a instância: um estudo exploratório*. In: Leonel Cesarino Pessôa (org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*. 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAIA, Fernanda Paula Sousa. *O discurso parlamentar português e as relações Portugal-Brasil: a Câmara dos Deputados (1826-1852)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NEIVA, Carlos Magno A. *Contribuição ao estudo da formação da certeza jurídica – súmulas do Supremo Tribunal Federal*. In: Leonel Cesarino Pessôa (org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PESSÔA, Leonel Cesarino. *Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos*. In: _____(org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

ROCHA, José Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHAFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 2009, 230 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Volume I, Tomo I*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.