

A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Telma Rocha Lisowski^{1*}

RESUMO: No atual sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, convivem decisões proferidas incidentalmente ao julgamento de uma lide concreta, para as quais todas as instâncias judiciais possuem competência, e decisões proferidas por via direta, que são atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, ao exercer seu papel de guarda da Constituição definido pela própria Carta Magna, representa não apenas um órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas também um verdadeiro Tribunal Constitucional. O objetivo deste trabalho é analisar a eficácia produzida pelas decisões de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, procurando estabelecer, em princípio, as diferenças entre as que se originam do controle direto e as que derivam do controle incidental, mas buscando analisar principalmente as modificações legislativas e jurisprudenciais recentes que indicam no sentido de uma convergência entre as duas hipóteses.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; Controle Incidental; Controle Direto; Eficácia *Erga Omnes*; Efeito Vinculante; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto. 3. A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola de Direito do Brasil. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa debater a questão da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade e questionar a visão habitual, segundo a qual apenas as decisões em controle direto e abstrato seriam capazes de produzir efeitos gerais e vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Para tanto, será feita uma primeira incursão no tema da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, estudando o significado e as principais características e aplicações dos institutos. Após, será feita uma análise a respeito de algumas conformações legais que têm sido responsáveis por um alargamento da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade. Por fim, será abordada a evolução jurisprudencial da Excelsa Corte e a eventual ocorrência de uma mutação constitucional no que concerne ao tema aqui tratado.

A dificuldade no manejo dogmático das decisões do Supremo Tribunal Federal decorre do fato de não se tratar o nosso Tribunal Supremo de uma Corte Constitucional pura, mas sim de um órgão de cúpula do Poder Judiciário². Dessa forma, a par de possuir competência para o julgamento de questões estritamente constitucionais que surjam para sua apreciação de forma direta, através dos instrumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também julga recursos que chegam até si na qualidade de instância extraordinária.

Convivem no mesmo sistema de fiscalização de constitucionalidade, então, decisões proferidas por uma mesma Corte em controle abstrato, pela via principal, e em controle concreto, pela via incidental. As características e efeitos produzidos por essas duas vias são, a princípio, essencialmente distintos; entretanto, conforme será demonstrado, há uma tendência a

² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. “Bem se vê, destarte, que o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal, as demandas em que se alega ofensa a dispositivo constitucional.” Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 16.

uma aproximação entre ambas, o que decorre principalmente do papel institucional representado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de guardião da Constituição.

2 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIRETO

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade hoje não mais constituem matéria controvertida. Decorrem, em verdade, de disposições expressas tanto da própria Constituição, na atual redação de seu artigo 102, §2º, quanto da legislação ordinária, especificamente da lei nº 9.868/99, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Dispõe o mencionado artigo 102, §2º, da Constituição Federal: “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”. Já o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, com redação um tanto distinta, determina que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Cabem aqui duas digressões, uma de cunho histórico e outra de cunho dogmático. Em primeiro lugar, essa situação de unanimidade a respeito da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto de constitucionalidade nem sempre foi o cenário vigente entre nós. Pelo contrário, o tema foi objeto de grande discussão doutrinária

e de importante divergência jurisprudencial³. Em segundo lugar, mesmo que hoje existam disposições expressas a respeito dessa eficácia, ainda há algumas dificuldades que decorrem da própria formulação encontrada pelo legislador ordinário, na Lei 9.868, e pelo constituinte reformador, no artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

Começamos pelo aspecto histórico. A redação atual do artigo 102, §2º, da CF somente surgiu a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Anteriormente a esse marco, havia na Constituição apenas uma previsão expressa em relação à eficácia das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, modalidade essa introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Dispunha a redação anterior que *“as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”*.

A razão dessa inclusão apenas em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade era clara. Se na Ação Direta de Inconstitucionalidade o objetivo principal é declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e, assim, expulsá-lo do ordenamento, na Ação Declaratória de Constitucionalidade ocorre exatamente o oposto. Quer dizer, a intenção não é negar a validade e a aplicabilidade de uma norma, mas, muito pelo contrário, atestar sua plena conformidade com a Carta Magna. Só que essa providência de atestar a constitucionalidade não produz por si só um efeito material, uma vez que a lei independe de qualquer declaração judicial para que seja plenamente válida. Em outras palavras, a declaração de constitucionalidade não provoca uma alteração substancial no estatuto da norma questionada: ela era válida antes e assim o continuará sendo.

³ Pelo menos em relação ao efeito vinculante, conforme será demonstrado; cabe fazer a ressalva de que a eficácia *erga omnes* dessas decisões já foi reconhecida em posicionamento antigo do próprio Supremo Tribunal Federal, como relata MORAES, Alexandre de, in: Direito Constitucional. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. Pág.790.

Mas, se nenhuma alteração derivaria da declaração de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, então qual seria o sentido dessa providência? Aí é que entra a necessidade de uma previsão expressa desses efeitos, que não são exatamente uma decorrência lógica da própria confirmação da constitucionalidade, mas são antes consequências processuais e institucionais desejadas e conferidas pelo constituinte⁴. O que se pretendia essencialmente era que a lei ou ato normativo que já tivesse passado pelo crivo do Supremo Tribunal Federal não pudesse ser posteriormente declarado inconstitucional por juízes de primeiro grau ou por outros tribunais. Era o respeito e a observância da decisão do Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade que se pretendia garantir através da atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

No que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade, a situação era menos problemática pelo simples motivo de que a lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte era expulsa do ordenamento, deixava de ter validade, o que impedia que continuasse a ser aplicada pelos juízos inferiores. Assim, não havia necessidade de que esse efeito *erga omnes* fosse mencionado expressamente, pois decorria – agora sim – da modificação material ocorrida no sistema normativo. Em se estando diante de um processo objetivo, em que não houvesse partes nem uma lide concreta subjacente, o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal não era determinar a inaplicabilidade de uma lei para um caso específico, mas a sua invalidade para a regulação de qualquer situação ou relação jurídica que pudesse vir a se estabelecer.

A jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em sede de ação direta era pacífica mesmo nessa época em que a previsão constitucional

⁴ “Do prisma estritamente processual a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, a que a questão seja submetida mais uma vez ao STF. Portanto, não se tem uma *mudança qualitativa* da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa a cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. (...) É certo, pois, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo STF.” MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 1275-1276.

dizia respeito apenas à Ação Declaratória de Constitucionalidade⁵. Claro, se a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato não fosse dotada de eficácia contra todos, acabaria sendo absolutamente inútil, pois não incidiria diretamente em nenhum caso concreto, nem seria de observância obrigatória para a resolução de casos futuros.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer relativamente ao efeito vinculante. A ausência de uma previsão constitucional expressa sobre a sua existência ou não nas decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade fez com que por muito tempo pairasse essa dúvida. Certo era que essas decisões produziam efeitos *erga omnes*, o que decorria da própria exclusão da norma inconstitucional do ordenamento, como foi mencionado anteriormente⁶. Certo era também que as decisões de mérito em Ação Declaratória de Constitucionalidade possuíam tanto eficácia contra todos como efeito vinculante, pois assim determinava a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 3. A certeza a respeito do efeito vinculante na Ação Direta de Inconstitucionalidade, porém, só veio com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que veio a pacificar um entendimento que já vinha se construindo na doutrina e jurisprudência.

Antes mesmo dessa emenda, que determinou a redação atual do artigo 102, §2º, da Constituição Federal, a Lei nº 9868/99 já estendera o efeito vinculante às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme disposição do parágrafo único de seu artigo 28. Mas essa previsão não foi capaz de encerrar todas as disputas, pois ainda cabia a discussão sobre se isso poderia ter sido feito pela via infraconstitucional. O que estava em questão era saber se o efeito vinculante, assim como

⁵ É o que se extrai do seguinte julgado, datado de 1993: “Entre nós, como se adota o sistema misto de controle judiciário de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do arresto desta Corte”. Voto do Ministro Moreira Alves na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221, Tribunal Pleno, D.J. de 22-10-1993, RTJ 151/331-355.

⁶ Nesse sentido: FERNANDES, André Dias. Eficácia das Decisões do STF em ADIn e ADC. Salvador: Editora Juspodvium, 2009. Pág. 158-160.

a eficácia *erga omnes*, também era uma consequência lógica do modelo de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Em caso positivo, a disposição por meio de lei seria mera expressão de algo que, em verdade, já seria ínsito ao próprio sistema, e, portanto, não haveria nisso qualquer impropriedade. Já em caso negativo, a atribuição de efeito vinculante só poderia ser levada a cabo pela mesma forma que o foi na Ação Declaratória de Constitucionalidade, ou seja, através de Emenda Constitucional.

Essa discussão se colocou no plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa⁷. O que se debateu ali foi o cabimento da Reclamação ajuizada para preservar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Admitir que a Reclamação fosse cabível nessa hipótese seria o mesmo que aceitar a existência do efeito vinculante dessas decisões e a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9868/99, uma vez que a possibilidade de se utilizar da via da Reclamação quando do desrespeito de uma decisão do Supremo é justamente a principal consequência prática do efeito vinculante.

Essa constatação, a propósito, já fora feita pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, ao analisar o novo instituto comparativamente aos instrumentos de controle então existentes. O seguinte trecho merece ser transcrito, por sua clareza e lucidez:

É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema – como salientado anteriormente – que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (...), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

⁷ D.J. de 19/03/2004.

se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade da decisão: (...)⁸

Então, assentado que o cabimento da Reclamação ao Supremo Tribunal Federal decorre da atribuição de efeito vinculante às suas decisões, vejamos o que foi decidido no Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880. Essa ação foi proposta pelo município paulista de Turmalina, sob o argumento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662⁹ teria sido desrespeitada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao determinar o sequestro de valores do erário para o pagamento de precatórios gerados a partir de condenações trabalhistas.

Duas questões foram postas incidentalmente ao mérito dessa Reclamação: se seria constitucional a disposição do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99; e, ultrapassado o primeiro ponto, se o Município de Turmalina teria legitimidade para propor essa ação, uma vez que não havia sido parte na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662. A análise desta última questão foge aos contornos deste trabalho, de modo que dedicaremos as próximas linhas exclusivamente ao estudo daquela.

Pois bem, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do dispositivo legal que estendeu às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade o efeito vinculante já conferido pela própria Constituição à Ação Declaratória de Constitucionalidade. O voto condutor foi o do relator, Ministro Maurício Corrêa, cujo entendimento foi no sentido de que não haveria justificativa para diferenciar os efeitos das decisões do Supremo em controle abstrato unicamente pelo critério do instrumento a partir do qual a questão foi posta perante a Corte. Nas palavras do relator:

⁸ D.J. de 16/06/1995.

⁹ Arguiu-se, nesse caso, a inconstitucionalidade da Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67 do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, que se destinava a uniformizar os procedimentos relativos às execuções movidas contra as Fazendas Públicas federal, estaduais e municipais, no âmbito da justiça trabalhista.

Assim como o ilustre titular do Ministério Público Federal, posiciono-me no sentido da coexistência harmônica do preceito legal em debate com a vigente ordem constitucional. Tenho por relevante, de plano, a constatação de que o provimento judicial desta Corte na ação declaratória de constitucionalidade, o qual a Carta de 1988 conferiu expressamente efeitos vinculantes (CF, artigo 102, §2º), tem, em essência, idêntica natureza da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Produzem ambas, em última análise, a mesma consequência de ordem prática, diferenciando-se, substancialmente, pelo direcionamento do pedido, que é de ordem positiva na primeira e negativa na segunda espécie de controle concentrado.

O mesmo entendimento foi esposado, entre outros, pelos Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes, o qual fez consignar que *“aceita a ideia de que ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade possa ter efeito ou consequência diversa daqueles reconhecidos para a ação declaratória”*. Entretanto, a tese de que as duas ações seriam praticamente idênticas, tendo apenas o “sinal trocado”, não foi sustentada por todos os Ministros, tendo inclusive encontrado forte resistência por parte daqueles que votaram pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99, especificamente os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio.

Em poucas e objetivas palavras, o Ministro Moreira Alves deixou claro que, no seu entender, a impossibilidade da atribuição de efeito vinculante pela via infraconstitucional decorria do respeito à separação dos poderes. Somente o constituinte reformador é que poderia dar essa nova extensão às decisões de um dos poderes sobre os demais, aos moldes do que fora feito no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ademais, fez questão de salientar que não havia identidade entre as duas ações, afirmando que *“a ação declaratória é diferente da ação direta pela sua finalidade decorrente do âmbito restrito de seu objeto – leis e atos federais – e de seus legitimados ativamente: autoridades e órgãos federais. Sua razão de ser é diversa, não sendo de aplicar-se, portanto, a analogia”*.

O debate, como já foi mencionado, foi estancado pela promulgação

da Emenda Constitucional nº 45, que deu ao artigo 102, §2º, da Constituição Federal a seguinte redação:

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.

Agora, não há mais discutir a respeito da constitucionalidade do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, pois o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade decorre de previsão constitucional. Persistem, entretanto, dúvidas quanto ao significado desses efeitos, uma vez que em momento algum a Constituição Federal ou a legislação ordinária explicitam o que vem a ser a eficácia contra todos e o efeito vinculante. Terminamos nesse ponto a incursão histórica, para adentrar então na digressão dogmática que foi anunciada no início deste trabalho.

Quanto à definição da eficácia *erga omnes*, não há muito a ser debatido. A doutrina é pacífica no sentido de que a eficácia contra todos significa que as decisões do Supremo Tribunal Federal, seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de uma norma, desde que sejam proferidas em sede de controle abstrato, não valem apenas para determinado caso (ou, como se costuma dizer, não produzem mera eficácia *inter partes*), mas sim para todos os casos presentes e futuros que envolvam a mesma questão constitucional. Isso é assim porque, tecnicamente, o processo abstrato de controle de constitucionalidade não versa sobre uma lide concreta e não tem partes propriamente ditas, pelo menos não no sentido conferido tradicionalmente pela doutrina processualística¹⁰.

¹⁰ Segundo André Dias Fernandes, “constitui um lugar-comum a afirmação de que o processo objetivo de controle de constitucionalidade é um ‘processo sem partes’, ao menos no sentido técnico-processual, uma vez que não há a postulação de direitos e interesses *subjetivos, concretos*”. Continua o autor para argumentar que discorda dessa tese, argumentando que se está diante de uma *lide objetiva* e que os legitimados ativos, bem como os órgãos ou autoridades que editaram o ato impugnado, podem ser perfeitamente chamados de partes. Op. cit., pág. 156-158. Sobre a discussão a respeito da existência ou não de partes e de contraditório no processo objetivo, ver também: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 198-228.

Assim, se o processo não possui nem lide, nem partes, não haveria nenhum sentido em afirmar a validade da conclusão ali pronunciada apenas no âmbito de um caso concreto, como habitualmente ocorre no controle incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade produzirá efeitos gerais que poderão ser opostos a todos que a ela resistam, tanto pessoas privadas quanto entes públicos, e deverão ser observadas pelos magistrados do país em todos os graus de jurisdição.

Cabem aqui dois comentários. Em primeiro lugar, não é apenas a decisão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade pura e simples que é capaz de produzir eficácia *erga omnes*. Também no uso de outras técnicas de controle de constitucionalidade, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o Supremo Tribunal Federal profere decisões que valem contra todos. É dizer, mesmo quando a Corte se limita a declarar a constitucionalidade da norma impugnada *desde que* seja adotada determinada interpretação, ou ainda quando declara a inconstitucionalidade de determinada hipótese de sua aplicação, essa conclusão deverá ser adotada por todos os juízos que se depararem com a mesma *questio iuris*.

Se havia uma dúvida razoável quanto a esse ponto antes da edição da Lei nº 9.868/99, a redação de seu artigo 28, parágrafo único, foi capaz de resolvê-la. Transcreva-se novamente o dispositivo: “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, *inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Essa norma veio para deixar claro que uma interpretação específica conferida pelo Supremo Tribunal Federal a determinado dispositivo legal impugnado em sede de controle abstrato, também tem o condão de obrigar as demais instâncias judicantes à sua observância.

Em segundo lugar, quando falamos em controle de

constitucionalidade por via direta, não podemos olvidar um instrumento que ainda não foi aqui mencionado: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Essa ação, que, assim como a Ação Direta de Constitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, veicula diretamente à apreciação da Excelsa Corte uma questão constitucional colocada em tese, foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99 em moldes muito similares aos da Lei nº 9.868/99. No ponto em que nos interessa, é digno de nota o artigo 10, §3º, que estabelece, também para as decisões proferidas na arguição, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Com a introdução de mais esse instrumento no nosso sistema de controle de constitucionalidade, e com a garantia expressa de que as decisões nele proferidas também produzem eficácia contra todos, o Supremo Tribunal Federal alcança uma posição institucional ainda mais notável. Basta perceber que, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, praticamente nenhum ato normativo escapa da possibilidade de controle pela via direta, merecendo serem citados os exemplos relevantes da lei municipal e da lei anterior à Constituição Federal de 1988, não abrangidos pelas hipóteses de seu artigo 102, inciso I, alínea “a”.

A definição do que seja o efeito vinculante, porém, gera maiores dificuldades. Ao contrário do que ocorreu com a eficácia *erga omnes*, que foi desde cedo reconhecida pela jurisprudência como uma consequência da coisa julgada produzida em processo abstrato¹¹, o tema do efeito vinculante surgiu entre nós de maneira importante apenas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/93 e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade. A partir daí, somente uma pequena parte da doutrina se debruçou em sua análise e percebeu as dificuldades de compreensão do novo instituto, ao qual não foi dedicada nenhuma regulamentação em nível infraconstitucional.

¹¹ Cf. nota 4, *supra*.

Em linhas gerais, entende-se que são duas as principais decorrências do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato: (a) a obrigatoriedade de observância, pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) das decisões do Supremo, e não apenas de seu dispositivo, que já estaria acobertado pela coisa julgada; e (b) a possibilidade de responsabilização das pessoas que se recusem injustificadamente a lhe dar cumprimento, o que poderia ser feito pelas vias cível ou administrativa.

A questão da obrigatoriedade de observância dos motivos determinantes da decisão traz um conteúdo interessante ao efeito vinculante. Enquanto a coisa julgada torna imutável e obrigatória a sua parte dispositiva, o efeito vinculante seria responsável por impor o acatamento dos fundamentos que levaram àquela conclusão, ou seja, de uma parte sensivelmente mais ampla da decisão. A consequência prática disso seria que os órgãos subjetivamente vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal (ou seja, nos termos do artigo 102, §2º da Constituição Federal, os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal) estariam não apenas proibidos de aplicar uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional, mas também de editar novo ato de igual teor. A propósito, veja-se o lúcido comentário de Roger Stiefelmann Leal:

Descabe, assim, interpretar que o efeito vinculante implica a imposição contra todos da sentença final constante da parte dispositiva da decisão proferida. A vinculação da parte dispositiva, por ser efeito extraído da qualidade de coisa julgada, não pode, logicamente, corresponder ao conteúdo do efeito vinculante. (...)

Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de

reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade.¹²

Esse entendimento, porém, não é unânime. Elival da Silva Ramos defende que a noção de vinculação aos motivos determinantes da decisão escapa do modelo de controle de constitucionalidade que desenvolvemos no Brasil, que sempre se fundou na ideia de obrigatoriedade da parte dispositiva, única e exclusivamente. O conteúdo particular da cláusula do efeito vinculante, então, seria outro: o estabelecimento de uma obrigação *funcional* de dar cumprimento e efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato e a consequente responsabilização daquele que não o faça. Nas palavras do autor:

Destarte, propugnamos por outro entendimento, que, sem atribuir à expressão “efeito vinculante” sentido meramente de reforço em relação à coisa julgada *erga omnes*, não a remete à motivação das decisões de controle, o que desnaturaria, com consequências imprevisíveis, o nosso sistema de fiscalização constitucional em via principal. Se o acréscimo da eficácia vinculativa teve por escopo combater a resistência injustificada da magistratura de base a observância das decisões de controle abstrato, mesmo sendo estas dotadas de ampla eficácia subjetiva, impondo-se diante de todos, pode-se daquela extrair uma obrigação funcional de respeito ao decidido, em termos assemelhados ao dever que os juízes e autoridades administrativas têm de fiel acatamento aos comandos emanados do legislador. (...) Diante da outorga de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade, estão os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos e autoridades administrativas em geral, no exercício das respectivas atribuições, jungidos diretamente às declarações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade pronunciadas pela Corte Suprema, sob pena de, em caso de oposição infundada aos decisórios,

¹² LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 149-150. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira, et. allii. “Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.” Op. cit., pág. 1285.

responderem administrativa e civilmente.¹³

Com a devida vênia dessa tese, entendemos estar correto o entendimento esposado por Roger Stiefelmann Leal, que em verdade não se opõe à possibilidade de responsabilização dos sujeitos recalcitrantes, mas a complementa com uma maior amplitude do alcance objetivo do efeito vinculante. É certo, porém, que para a completa efetivação da tese da vinculação aos motivos determinantes seria necessária uma mudança no modo como as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm sendo veiculadas, a uma porque a enorme divergência verificada na fundamentação dos votos, mesmo quando chegam à mesma conclusão, impede que se identifique com clareza qual foi a *ratio decidendi* de determinado julgado, a duas porque a publicação das decisões em órgão oficial ainda se limita à sua parte dispositiva.¹⁴

3 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL

Tudo o que foi dito até agora se relaciona com o controle de constitucionalidade pela via principal, ou seja, aquele tipo de fiscalização que é realizado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de um processo abstrato, sem partes, em que se analisa a compatibilidade em tese de uma norma infraconstitucional com a Constituição Federal. Os instrumentos para a realização desse controle, como visto, são capazes de ensejar decisões que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, o que atualmente decorre de previsão expressa em lei (artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade; artigo 10, §3º da Lei 9882/99 no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e na própria Constituição (artigo 102, §2º).

¹³ RAMOS, Elival da Silva. Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 294.

¹⁴ Cf. LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., pág. 190-191.

Não menos importante, porém, é o controle efetuado pela via incidental, no seio da análise de uma lide concreta. Entre nós, essa espécie de controle é inclusive bastante mais antiga, remontando aos tempos da primeira Republica. Realizado pela via difusa, o controle incidental permite que magistrados em todos os graus de jurisdição façam o juízo de constitucionalidade das normas pertinentes ao caso concreto, podendo até mesmo declarar sua inadequação aos preceitos da Carta Maior e, com isso, decidir por não aplicá-las ao caso.

O controle incidental, como não poderia deixar de ser, tem características essencialmente distintas daquelas do controle direto. Em primeiro lugar, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou ainda a interpretação conforme a Constituição, não representa o pedido principal da ação. Como o próprio nome sugere, o controle de constitucionalidade é realizado apenas *incidentalmente* à resolução de uma lide concreta, a qual, esta sim, constitui seu objetivo principal. Em segundo lugar, a decisão a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma proferida em sede de controle incidental não gera nenhuma modificação objetiva no ordenamento jurídico, é dizer, não tem o condão de, por exemplo, expulsar do ordenamento uma lei declarada inconstitucional. Isso porque o que ali se decide é apenas a inaptidão daquela norma para regular o caso concreto, o que tem por consequência não a sua anulação com efeitos gerais, mas a sua inaplicação àquela lide determinada.

Dessas duas características decorrem logicamente outras duas. Como a análise da validade de uma lei ou ato normativo em face da Constituição somente se faz com vistas a solucionar o caso concreto, é apenas para esse caso que valerá a decisão. A eficácia da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, então, terá eficácia *inter partes* e não gerará, a princípio, uma obrigatoriedade de que a mesma resolução seja tomada em casos futuros que tragam à baila questão constitucional análoga. A segunda consequência é que não haverá falar em efeito vinculante, exatamente pelos mesmos motivos que indicam não existir, em controle incidental, eficácia *erga omnes* – ou seja, não poderia

haver vinculação dos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública aos motivos determinantes de uma decisão que sequer tem eficácia geral, mas está limitada aos contornos do caso concreto.

Mas essa constatação, embora esteja tecnicamente correta e se aplique inteiramente à declaração de (in)constitucionalidade efetuada pelos graus inferiores de jurisdição, começa a ser relativizada quando estejamos tratando de decisões tomadas pelos Tribunais e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, conforme veremos, existem mecanismos processuais voltados à uniformização de jurisprudência que acabam por conferir uma maior eficácia às decisões proferidas incidentalmente, que escapam então ao âmbito restrito da lide individual para servir de paradigma ou precedente para casos futuros. Essa uniformização jurisprudencial, aliás, vem para cumprir o importante papel de garantia da igualdade perante a lei e da segurança jurídica, destacado por Teori Albino Zavascki ao mencionar o caráter peculiar das sentenças que envolvam um juízo de validade da lei em face da Constituição Federal:

Sabe-se, com efeito, que as sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes. (...) Todavia, se, para chegar à conclusão a que chegou, o julgador tiver feito um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade de uma norma, essa decisão ganha contornos juridicamente diferenciados, em face dos princípios constitucionais que pode envolver. É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. (...) Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometida se a mesma lei pudesse ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outros, dependendo do juiz que a aprecia.¹⁵

A relativização da eficácia puramente *inter partes* das decisões, que envolvem um juízo de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., pág. 25-26.

Tribunal Federal encontra ainda uma segunda justificativa, tão ou mais relevante do que a questão da uniformização da jurisprudência. É que o papel desempenhado pela Corte vai muito além daquele de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, para onde podem convergir todas as demandas instauradas nas instâncias inferiores. A função de guarda da Constituição, que lhe foi atribuída expressamente pela própria Carta Magna (artigo 102, *caput*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]), indica que as suas conclusões devem ter um peso maior do que aquelas feitas pelos juízos ordinários, que embora também tenham a função de proteger e dar efetividade à Constituição, não detêm a última palavra nessa matéria.

Algumas das modificações mais importantes nesse âmbito foram introduzidas pela Lei nº 9.756/98, que alterou disposições do Código de Processo Civil. Interessa-nos abordar a introdução do parágrafo único do artigo 481, que trata do incidente de arguição de inconstitucionalidade, e as alterações realizadas no artigo 557, sobre a possibilidade de julgamento monocrático de recursos nos tribunais.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade veio para regulamentar a chamada cláusula de reserva de plenário, instituída pelo artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual *“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”*. Na verdade, essa é uma antiga regra de prudência adotada pela prática jurisprudencial brasileira, muito a exemplo do que sempre foi feito nos Estados Unidos da América, nação pioneira no controle incidental e difuso de constitucionalidade¹⁶. A necessidade de que a decisão de inconstitucionalidade seja tomada por um órgão que represente todo o Tribunal (seja o Pleno, seja o Órgão Especial), e não apenas por seus órgãos fracionários, também se relaciona com a presunção de constitucionalidade das leis, segundo lição do ilustre Ministro Moreira Alves:

¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 19-25.

No sistema do controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (nesse sentido, ainda agora, o art. 97 da Constituição).¹⁷

Pois bem, a regulamentação dessa cláusula, como dito, veio com os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Segundo esses dispositivos, o órgão fracionário de Tribunal que se deparar com uma arguição de inconstitucionalidade, cuja resolução seja indispensável ao deslinde do feito, deverá suspender o processo e instaurar um incidente perante o Tribunal Pleno ou, se for o caso, o Órgão Especial (artigo 93, inciso XI, da Constituição Federal: *“nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno”*).

Então, no âmbito dos tribunais, a princípio somente o Plenário ou o Órgão Especial é que dispõem da competência para declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo em face da Constituição. Aos órgãos fracionários cabe, após a conclusão do incidente, acatar a decisão ali tomada, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade da norma impugnada, e aplicá-la ao julgamento do caso concreto. O que acontece em verdade é uma “cisão da competência do ponto de vista funcional”¹⁸, uma vez que a questão constitucional, posta de modo prejudicial, e a questão de mérito da causa serão decididas por órgãos distintos.

Há, porém, duas hipóteses em que a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade está dispensada – e aqui entra o

¹⁷ Voto do Ministro-relator Moreira Alves, in STF – Pleno – ADI nº 97-7/RO – Questão de Ordem – Repertório IOB de Jurisprudência, nº 10/90 – pág. 144-147.

¹⁸ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belém: Cejup, 1999. Pág. 50.

ponto de interesse para este trabalho. Ambas estão previstas no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Portanto, (i) quando já tiver sido instaurado o incidente no próprio tribunal sobre a mesma questão constitucional, ou (ii) quando o Supremo Tribunal Federal já houver se pronunciado sobre o ponto, *mesmo que em sede de controle incidental*, o órgão fracionário estará dispensado de instaurar novo incidente, sem que isso configure afronta à cláusula de reserva de plenário.

Inicialmente, em relação à hipótese (i), pode-se pensar nesse dispositivo como uma prática voltada à economia e celeridade processual, uma vez que não faria sentido realizar novamente todo um procedimento custoso para se chegar à mesma decisão que já fora tomada anteriormente. Outra explicação, como já mencionado, é a uniformização da jurisprudência. Utilizando-se de uma decisão proferida pelo Plenário ou pelo Órgão Especial como paradigma, os órgãos fracionários não correm o risco de realizar julgamentos díspares, que possam significar uma afronta à igualdade ou à segurança jurídica, pois estarão simplesmente adotando um posicionamento já estabelecido no âmbito daquele tribunal.

Já no que toca à hipótese (ii), além da questão da economia processual e da igualdade e segurança jurídica, deve-se levar em consideração o especial estatuto das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, que decorre de sua posição institucional de guardião da Constituição. A decisão tomada pelo Supremo não é simplesmente o resultado de um julgamento efetuado pelo mais alto órgão na hierarquia do Poder Judiciário, mas mais do que isso, denota o posicionamento adotado pela nossa Corte Constitucional em determinado assunto. Esse posicionamento, ainda que expresso pela via do controle incidental, não pode ter os mesmos efeitos das decisões proferidas por outros juízos, ou seja, mera eficácia *inter partes*. Os efeitos reflexos dos julgamentos da Corte Constitucional indicam uma tendência

a fazê-los adquirir uma eficácia cada vez mais próxima da *erga omnes*, típica do controle por via de ação direta.

Um desses efeitos reflexos é justamente a possibilidade de aplicação direta do entendimento do Supremo Tribunal Federal pelos órgãos fracionários dos demais tribunais, através do permissivo do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ficando dispensada a instauração do incidente afeto ao Plenário ou ao Órgão Especial. A prática, aliás, já vinha sendo adotada antes mesmo da introdução dessa norma na lei processual, o que foi feito apenas em 1998. A questão chegara ao Supremo já em 1995, quando foi considerada legítima a dispensa do incidente ainda que não houvesse permissão expressa em lei. Veja-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168149 (julgado em 26/06/1995):

É certo que o artigo 97 nela inserto [na Constituição] dispõe que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. (...) Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal pronunciara-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a óptica burocrática da fazenda? O que será do princípio da economia e celeridade processual? Mais do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte? O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao Órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal) tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta – e ele ainda o é (artigo 102, caput, da Constituição Federal – o Supremo Tribunal Federal assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão.¹⁹

Então, como muito bem colocado no voto do Ministro, o sentido do artigo 97 da Constituição Federal estará plenamente preservado quando o órgão fracionário aplicar entendimento já esposado pelo Supremo

¹⁹ RTJ 162:765.

Tribunal Federal, o guardião da Constituição, independentemente de ter sido esse juízo realizado em sede de controle direto ou controle incidental.

Outro efeito reflexo, também resultante de uma alteração no Código de Processo Civil efetivada pela Lei nº 9.756/98, diz respeito às hipóteses em que o relator dos recursos nos tribunais está autorizado a julgá-los monocraticamente, sem necessidade de levá-los à apreciação da Câmara ou Turma. Dispõe o artigo 557, *caput* e §1º, do código processual:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do *Supremo Tribunal Federal*, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do *Supremo Tribunal Federal*, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Como se vê, a regra da apreciação colegiada dos recursos nos tribunais conhece algumas exceções importantes, que foram introduzidas, assim como o parágrafo único do artigo 481, principalmente em atenção ao princípio da celeridade processual. Mas, da mesma forma que a questão da dispensa de instauração do incidente de arguição de constitucionalidade, aqui também há um sentido mais profundo quando a permissão para a decisão monocrática decorre da existência de jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A possibilidade desse julgamento simplificado torna mais relevantes e eficazes as decisões proferidas pela Corte Suprema, que se transformam em precedentes importantes em matéria constitucional e passam a ter seus efeitos expandidos para além dos limites restritos de um caso concreto. Note-se que o artigo 557 do Código de Processo Civil é claro ao afirmar que não apenas a existência de súmula do Supremo Tribunal Federal dá azo ao julgamento monocrático, mas também a existência de jurisprudência dominante, ainda que não sumulada. Assim, os casos

decididos em controle incidental de constitucionalidade têm o condão de formar um entendimento que poderá – e deverá – ser adotado pelos tribunais inferiores, até mesmo monocraticamente.

Não se diga que a referência à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal diz respeito aos posicionamentos adotados em sede de controle abstrato. Isso seria o mesmo que admitir a inutilidade do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, uma vez que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões em controle direto já decorre de disposição constitucional expressa. A inovação trazida pela Lei nº 9.756/98 consistiu justamente em permitir que as decisões proferidas em controle incidental pudessem ser tomadas como precedentes, fazendo se concretizar “a natural vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas”²⁰. É o que se extrai das lições de Gilmar Ferreira Mendes:

O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1o-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998).

Tem-se, pois, que, com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator.

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.²¹

Os exemplos até agora analisados se dedicaram a mostrar como

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., pág. 26.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, in: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004, pág. 161-162.

as conclusões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tomadas em sede de controle incidental, têm uma tendência a se tornarem válidas contra todos, ou seja, a adquirirem eficácia *erga omnes*, especialmente em virtude de alguns expedientes adotados pela lei processual civil. Nada foi dito, até o momento, a respeito da eventual eficácia vinculante desses precedentes, tema esse sensivelmente mais complexo e controverso.

Sobre esse ponto, é de grande interesse a análise da Reclamação nº 4335, que teve seu julgamento finalizado pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2014²². Antes de adentrarmos nesse estudo, cabe relembra, como já mencionado acima (pág. 4), que a possibilidade de utilização da Reclamação para a preservação da autoridade das decisões da Corte Suprema é uma das principais consequências práticas da atribuição de efeito vinculante a essas decisões. Tanto é assim que a jurisprudência da Corte vem admitindo, sem grandes discussões, o cabimento da Reclamação quando se estiver diante de descumprimento de um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade realizado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Na Reclamação nº 4335, porém, a situação foi bastante peculiar. Essa ação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União após o julgamento do Habeas Corpus nº 82.959²³, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que, em sua redação original, proibia a progressão de regime no cumprimento de pena dos crimes classificados como hediondos. Por ter sido essa declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, a princípio sua eficácia se limitaria ao caso concreto, permanecendo a lei hígida para ser aplicada em outras situações análogas.

Para que a decisão do Supremo nesse caso se tornasse obrigatória,

²² Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

²³ HC 82.959, Relator: Ministro Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do Julgamento: 23/02/2006; DJ do dia 01/09/2006.

seria necessário o cumprimento do disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência do Senado Federal para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”. Apenas essa providência do Senado Federal é que teria o condão de fazer com que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada em controle incidental pudessem se estender para todos, o que se daria através da suspensão da própria lei impugnada.

Muito embora, no caso do decidido no Habeas Corpus nº 82.959, não tenha havido comunicação ao Senado Federal nem suspensão do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, a Defensoria Pública entendeu por ajuizar Reclamação contra o juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, que se recusava a analisar a possibilidade de progressão de regime de diversos presos condenados pela prática de crimes hediondos. O reclamante alegava ofensa à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, à primeira vista poderia causar estranheza, visto não se tratar de decisão proferida em controle direto. A fiscalização realizada em habeas corpus, como é sabido, é tipicamente incidental, visto que o que ali se busca não é precipuamente a declaração de inconstitucionalidade, mas a concessão de uma ordem concreta.

Ainda assim, o relator do caso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, considerou cabível a Reclamação, conferindo verdadeiro efeito vinculante ao que fora decidido no Habeas Corpus nº 82.959²⁴. Para assim decidir, o Ministro precisou entrar na discussão a respeito de qual seria o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tendo em vista o já mencionado artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Se fosse mesmo necessária, para a atribuição de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através de resolução editada pelo Senado Federal, então a inexistência de tal resolução impediria o cabimento da Reclamação. Mas se, como colocou o Ministro em seu voto, o sentido da atuação do Senado fosse apenas dar *publicidade* à decisão do Supremo,

²⁴ Cf. Informativo Semanal nº 454 do Supremo Tribunal Federal.

a qual já teria por si mesma eficácia vinculante, então a Reclamação seria perfeitamente possível.

O Ministro Gilmar Mendes, na apreciação da Reclamação nº 4335, fundamentou-se em tese por ele já esposada doutrinariamente, segundo a qual o artigo 52, inciso X, da Constituição teria sofrido uma mutação, particularmente perceptível a partir das diversas práticas da Corte que vêm atribuindo efeitos transcendentais aos julgados em controle incidental. Em artigo publicado em 2004, argumenta o Ministro:

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar. (...)

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.²⁵

A tese do Ministro Relator acabou sendo acompanhada integralmente pelo Ministro Eros Grau, que bem sintetizou a controvérsia em trecho de seu voto: “(...) *ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto – voto dele, Relator – e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.*” Porém, após sucessivos pedidos de vista, houve

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., pág. 165.

a superveniência da Súmula Vinculante nº 26²⁶, o que fez com que a discussão sobre a mutação do art. 52, inciso X, da CF/88 perdesse relevância, já que a própria súmula acabou por atribuir efeito vinculante ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos.

Assim, ao final do julgamento a maioria necessária para a procedência da Reclamação acabou se formando em razão da SV nº 26, e não da decisão proferida em controle incidental, no HC 82.959²⁷. De toda forma, esse é um relevante precedente que merece atenção de todos os que se preocupam em acompanhar os desenvolvimentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois sinaliza para uma possível evolução no sentido de atribuição de maior eficácia aos precedentes do Pretório Excelso em controle incidental de constitucionalidade.

4 CONCLUSÃO

O modo como a fiscalização de constitucionalidade de leis e atos normativos vem sendo realizada entre nós decorre de uma longa evolução que caminha desde a criação da República, com a institucionalização do controle incidental, aos moldes do controle difuso inaugurado pela prática estadunidense. Desde o início, muito embora todos os juízes e tribunais possuíssem competência para decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas elaboradas pelo legislador ordinário ou pelo constituinte reformador, o Supremo Tribunal Federal sempre teve um papel de destaque, dada a sua posição institucional de cúpula do Poder Judiciário e de detentor da última palavra em matéria constitucional.

²⁶ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo de execução observará a inconstitucionalidade do art. 2o da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

²⁷ Votaram nesse sentido os Ministros Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Ficaram vencidos, votando pelo descabimento da Reclamação, mas concedendo *Habeas Corpus* de ofício, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio

Com a criação e desenvolvimento dos diversos instrumentos de controle de constitucionalidade pela via direta, principalmente após a Carta de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle abstrato adquiriu maior importância, de modo que hoje as grandes questões constitucionais que chegam à Excelsa Corte são normalmente veiculadas por meio de alguma dessas ações diretas. O Supremo, assim, cumprindo sua atribuição de guarda da Constituição também (e, talvez, precipuamente) através dessa competência originária, adquire feições de verdadeiro Tribunal Constitucional, com alguma similitude em relação ao que se observa nas Cortes Constitucionais europeias.

O resultado desse sistema de convivência entre controle incidental e controle direto, embora, de modo geral, venha funcionando bem, revela algumas incongruências, especialmente no que toca aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, enquanto os julgamentos em sede de controle abstrato são dotados de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição Federal, do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99 e do artigo 10, §3º, da Lei nº 9882/99, aqueles proferidos em controle concreto, a princípio, produziram apenas eficácia *inter partes* e nenhum efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Assim, a mesma Corte, composta pelos mesmos onze Ministros, poderia no mesmo dia tomar uma decisão de inconstitucionalidade que valesse apenas para as partes e outra que valesse para todos.

Observa-se, entretanto, uma tendência relativamente recente a que as decisões proferidas em controle incidental gerem uma eficácia transcendente ao caso concreto e, quiçá, vinculante para outras instâncias judiciais e administrativas. Isso se dá através de alguns mecanismos processuais criados pela legislação ordinária, como aquele previsto pelo parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, que permite não seja instaurado incidente de inconstitucionalidade nos tribunais

quando já haja decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, e do artigo 557, *caput*, do mesmo código, que possibilita o julgamento monocrático de recursos quando houver jurisprudência firmada na Corte.

A evolução que se tem assistido nessa matéria indica que os próximos passos, provavelmente, não serão tomados pelo legislador, mas sim pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação nº 4335, a Corte Suprema chegou a um resultado muito próximo da atribuição de efeito vinculante aos juízos de (in)constitucionalidade realizados incidentalmente, havendo posicionamentos relevantes no sentido do cabimento de Reclamação para preservar a autoridade dessas decisões. Isso acabou não se concretizando em razão da superveniência da Súmula Vinculante nº 26, que possibilitou uma resolução mais simples para a controvérsia. Ainda assim, é necessário permanecermos atentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois o tema certamente voltará a discussão, havendo inclusive possibilidade de voto por parte de Ministros que não participaram do julgamento da Reclamação mencionada. E, independentemente disso, fato é que existe uma tendência irreversível de aproximação entre a eficácia das decisões em controle concreto e em controle abstrato preferidas pela Corte Suprema, o que representa nada mais do que a concessão da devida importância a esta Corte que é a maior responsável pela defesa da Carta Magna.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**. Salvador: Editora Juspodvium, 2009.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.