

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO

CLÁUDIO JORGE ALVES INÁCIO JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

SANTA RITA

2019

CLÁUDIO JORGE ALVES INÁCIO JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba para atender exigência necessária à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ulisses da Silveira Job.

SANTA RITA

2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

I35a Inácio Junior, Claudio Jorge Alves.

ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE / Claudio Jorge Alves Inácio
Junior. - Santa Rita, 2019.
67 f.

Orientação: Ulisses Job.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. constitucional, controle difuso, abstrativização. I.
Job, Ulisses. II. Título.

UFPB/CCJ

CLÁUDIO JORGE ALVES INÁCIO JÚNIOR

**ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM
SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba para atender exigência necessária à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ulisses da Silveira Job.

Data de aprovação: ____/____/____

Nota:

Banca Examinadora:

Professor Ulisses da Silveira Job

1º Avaliador

2º Avaliador

AGRADECIMENTOS

O curso de Direito foi uma jornada engrandecedora em minha vida e eu sou grato a todas as pessoas que me apoiaram e estiveram comigo durante essa jornada. Sem seu auxílio chegar até o fim seria muito mais difícil.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Cláudio Jorge Alves Inácio e Terezinha Alves Inácio, por todo o auxílio emocional e material, por nunca hesitarem em garantir meu acesso aos estudos e aos meios materiais para tanto.

Minha gratidão ao meu companheiro, Luís Felipe de Almeida Inácio, que durante o fim do curso sempre esteve ao meu lado, sendo paciente com todas as minhas inseguranças. Obrigado por sempre acreditar em mim e estar ao meu lado nos momentos difíceis.

Agradeço às oportunidades de estágio que tive, onde pude aprender enormemente com grandes profissionais do Direito: à Dra. Andréia Arcoverde, Juíza Auxiliar da Vara de Execução Penal; ao Dr. José Godoy, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal na Paraíba; e à Dra. Diana Freitas, Defensora Pública Federal da Defensoria Pública na Paraíba. O exemplo de dedicação desses profissionais serviram de inspiração à minha jornada como jurista. Considero-me sortudo ao ter tido a oportunidade de estagiar com cada um desses profissionais. Agradeço pela paciência e pela boa vontade de ensinar a um estagiário tão inexperiente como eu, mas com o sincero desejo de aprender.

Aos amigos, Bruno Andrade, Izabel de Oliveira, Catarina Xavier e Ana Júlia Pepeu. Ao amigo, Rafael Pontes, por ter despertado em mim um desejo maior de aprendizado. A todos os demais amigos e familiares que, de alguma forma, participaram dessa jornada.

RESUMO

O trabalho objetiva a discussão acerca da aplicação da abstrativização das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade. No ordenamento jurídico brasileiro há dois sistemas de controle de constitucionalidade: o sistema difuso, a ser exercido incidentalmente por qualquer juiz ou tribunal no julgamento de um caso concreto, e o sistema concentrado, que ocorre com a proposição de ações específicas perante o STF. Diante dessa diferenciação, a eficácia das decisões em controle difuso sempre ficaram adstrita às partes da lide, ao contrário do controle concentrado em que as decisões são *erga omnes* (contra todos). No entanto, há atualmente uma aproximação entre as finalidades do controle concentrado e do controle difuso exercido pelo STF. A abstrativização consiste na atribuição de efeitos gerais, *erga omnes* e vinculantes, às decisões do STF em controle difuso. Fortalecendo a adoção dessa tese, os precedentes judiciais têm ganhado cada vez mais importância no ordenamento jurídico pátrio. Dentre as mudanças que denotam esse entendimento há a criação da súmula vinculante e da repercussão geral no recurso extraordinário. Além disso, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma sistemática de precedentes vinculantes. Em contrapartida, a interpretação tradicional dada ao art. 52, X, da CRFB/88 é que o Senado Federal possui a competência para a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculantes ao controle incidental feito pelo STF. Por isso, a abstrativização exige uma reinterpretação desse dispositivo. Nos últimos anos, a Corte foi instada a se manifestar sobre o assunto no julgamento da Reclamação 4335 e das ADIs 3406/RJ e 3.470/RJ, ações que serão objeto de análise deste trabalho. O estudo objetiva a análise acerca da aplicação dessa tese pelo STF; para tanto, trará apontamentos acerca do sistema de controle constitucionalidade do Brasil, falará a respeito do valor da jurisprudência do STF no Direito Brasileiro, para então analisar os prós e contras da aplicação desse entendimento, assim como a jurisprudência da Corte sobre o assunto. Por isso, a abordagem do tema será teórica, através do método bibliográfico de pesquisa, a partir dos posicionamentos dos doutrinadores e da jurisprudência do STF.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; controle difuso; controle concentrado; precedentes; abstrativização; Direito Constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
2.1 CONCEITOS PRELIMINARES: FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	11
2.2 BREVE HISTÓRICO	13
2.3 CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO	17
2.3.1 Efeitos	20
2.4 CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL.....	22
2.4.1 Efeitos	24
2.4.2 Reserva de plenário.....	24
3 PRECEDENTES JUDICIAIS.....	26
3.1 OS SISTEMAS <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	26
3.2 OS ENUNCIADOS DE SÚMULAS E AS SÚMULAS VINCULANTES	29
3.3 OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	31
3.4 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	36
3.4.1 Efeitos da decisão exarada em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida	40
4 ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	42
4.1 FUNDAMENTOS	42
4.2 A PROBLEMÁTICA DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PAPEL DO SENADO (ART. 52, X, DA CF)	47
4.3 CRÍTICAS E LIMITES À APLICAÇÃO DA TEORIA	49
4.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.4.1 Reclamação Constitucional 4335/AC.....	52
4.4.2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e nº 3.470/RJ	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6 REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como tema a abstrativização das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, disciplinado pelo Direito Constitucional assim como pelo Direito Processual Civil.

A Constituição possui um papel central no ordenamento jurídico pátrio, devendo todos a ela se submeter. Por isso, deve-se estabelecer um sistema que assegure a observância de sua supremacia.

O Brasil adotou o sistema de controle de constitucionalidade para garantir que todos os atos infraconstitucionais estejam em conformidade com a Lei Maior. Desse modo, todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem salvaguardar os princípios e normas na Constituição contidos.

No âmbito do Judiciário, o controle de constitucionalidade ocorre comumente de maneira repressiva, ou seja, após o início da vigência do ato que tem sua constitucionalidade questionada. Esse controle pode ocorrer na modalidade difusa ou concentrada.

O Controle difuso é aquele a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, ocorrendo de maneira incidental à demanda. Isto é, diante de um caso concreto, para que se chegue à solução, é necessária a avaliação da constitucionalidade de determinada norma, por isso pode ser exercido por qualquer julgador no exercício da função jurisdicional.

Essa modalidade de controle foi inaugurada no ordenamento jurídico pátrio na Constituição de 1891. Por se tratar de demanda subjetiva, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade estava adstrita às partes. A partir de então, questionou-se acerca de efetividade do instituto, diante de sua eficácia limitada. Foi então que a Constituição de 1889 trouxe a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes*, contra todos, por ato do Senado Federal, quando a declaração for emanada do STF.

Mais tarde, em 1965 foi instituída a primeira ação de controle concentrado abstrato de constitucionalidade. A expressão “controle concentrado” advém da competência exclusiva destinada a um órgão; no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Nessa modalidade de controle a lei é analisada abstratamente e não em

uma demanda subjetiva, por isso as decisões aqui proferida já possuem eficácia *erga omnes*, independentemente de manifestação do Senado.

Como é possível observar, o STF pode realizar o controle de constitucionalidade não somente a partir das ações de controle concentrado, mas também de maneira difusa incidental a partir das demais demandas que chegam à Corte.

A abstrativização das decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade consiste na atribuição de efeitos *erga omnes* a essas decisões, assim como ocorre no controle concentrado. Equiparam-se, portanto, ambos os efeitos.

O ordenamento jurídico pátrio parece estar caminhando para tal entendimento. Algumas mudanças legislativas, a exemplo da instituição da súmula vinculante e da repercussão geral no recurso extraordinário, ambas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, apontam para a transcendência dos efeitos das decisões judiciais emanadas do STF. O Novo Código de Processo Civil, de 2015, serviu para reforçar a importância da jurisprudência no Direito Brasileiro. Ademais, a própria Corte já tem tomado posições que atribuem um caráter objetivo às questões por ela decididas, extrapolando, conseqüentemente, os limites subjetivos das demandas.

Entretanto, deve-se ter em mente a atual interpretação dada ao art. 52, X, da Constituição Federal, que ainda estipula que a eficácia *erga omnes* das decisões em controle difuso de constitucionalidade será dada pelo Senado Federal. Em virtude disso, a adoção de tal entendimento requer uma reavaliação do sentido dado a esse dispositivo da Constituição.

O problema deste trabalho é, portanto: O Supremo Tribunal Federal adota a abstrativização de suas decisões em controle difuso de constitucionalidade?

O objetivo geral é a análise da posição do STF a respeito da matéria. Os objetivos específicos são: (a) analisar o sistema de controle de constitucionalidade pátrio; (b) ponderar a respeito do papel da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com as mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil; (c) examinar os fundamentos e críticas a respeito da aplicação desse entendimento e os recentes posicionamentos do STF acerca do tema.

A Corte foi instada a se manifestar sobre a aplicação desse entendimento em dois momentos recentes: no julgamento da Reclamação Constitucional 4335, findo

em 2014, e no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ, ocorrido em novembro de 2017. Este, por ser hodierno, ainda está em discussão entre os juristas, de modo que não há um consenso a respeito da posição adotada pelo STF.

A relevância social desta pesquisa está demonstrada pelo alcance que a adoção desse entendimento terá em toda a sociedade. Em matéria de controle de constitucionalidade, onde se busca a proteção do instituto normativo que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, a expansão da eficácia das decisões permite à sociedade a aquisição de direitos que até então eram reconhecidos para pequenos grupos de indivíduos. Concretiza-se, portanto, a isonomia, a segurança jurídica e a garantia da supremacia da Constituição.

Visto isso, o método de pesquisa a ser utilizado é, precipuamente, o hipotético-indutivo, à medida que se buscou extrair o entendimento da Corte a partir da análise do julgamento de determinados casos. Não se buscou aprofundar o mérito dos casos, mas sim os efeitos atribuídos pela Corte à decisão neles emanadas.

Por conseguinte, a abordagem do tema foi teórica, utilizando-se o método bibliográfico de pesquisa, buscando na doutrina e na jurisprudência do STF os fundamentos para a análise da aplicação dessa teoria.

A estruturação deste trabalho se dá em conformidade com os objetivos traçados. O primeiro capítulo trouxe alguns importantes conceitos e distinções a respeito da classificação do controle de constitucionalidade, assim como um breve histórico a fim de explicitar as mudanças ocorridas nessa sistemática. Após, explicou o sistema duplo de controle de constitucionalidade, consistente no controle difuso incidental e no controle concentrado abstrato, especificando as características de cada um desses.

No segundo capítulo, se avaliou a crescente importância da jurisprudência no Direito brasileiro. Inicia-se uma breve explicação da tradição do *civil law* adotada no Brasil e, então, demonstrou-se a aproximação com o *common law*, precipuamente no que tange à relevância da jurisprudência. A partir de então, explicou os institutos constitucionais e legais que passaram a valorizar e expandir os efeitos das decisões judiciais, principalmente aquelas emanadas do STF. Os institutos apresentados foram a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso

extraordinário, além das importantes disposições trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, de 2015.

Por fim, o último capítulo adentrou a análise dessa teoria, explicitando os seus fundamentos, assim como trouxe os empecilhos apontados por aqueles que advogam contra a adoção desse entendimento. Após, analisou o julgamento da Reclamação 4.335 e das ADIs 3.406 e 3.470, estudando os votos de cada Ministro para então extrair o posicionamento da Corte a respeito dessa teoria.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 CONCEITOS PRELIMINARES: FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É cediço que a Constituição se encontra na posição de protagonista do ordenamento jurídico pátrio. Como lei soberana, todas os demais atos normativos e ações oriundas do Poder Público devem a ela se submeter. Para tanto, é necessário um sistema de controle que assegure a supremacia da Constituição e a observância das normas nela contidas.

Embora o controle de constitucionalidade possa ser classificado de acordo com os mais diversos aspectos, importa, neste trabalho, elencar as formas de controle de acordo com os seguintes parâmetros: o momento do controle, a competência jurisdicional e a finalidade do controle jurisdicional.

Como todos os Poderes estão submetidos à Constituição, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por quaisquer desses. No que tange ao momento, o controle pode ser preventivo ou repressivo. Preventivo é o controle exercido antes do término do processo legislativo¹. O controle preventivo pode ser exercido, por exemplo, pelo Legislativo através da Comissão de Constituição e Justiça²; o Executivo o exerce através do veto jurídico³; e o Judiciário exerce através do mandado de segurança impetrado por parlamentar⁴.

¹ Não é pacífico na doutrina o momento de transição do controle preventivo para o controle repressivo. Enquanto alguns doutrinadores apontam que a transição ocorre no momento da promulgação da norma, outros definem a publicação como o marco transitório.

² A Comissão de Constituição e Justiça é comissão presente, na seara federal, em ambas as casas do Congresso Nacional e objetiva a análise da constitucionalidade dos projetos de lei que tramitam na respectiva casa.

³ O Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo, pode vetar, no todo ou em parte, projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, conforme o art. 84, V, da CRPB/88. A doutrina, com base no art. 66, § 1º, da CRFB/88, classifica o veto em político, aquele que o Presidente considera contrário ao interesse público, e jurídico, quando o Presidente entende que a lei é inconstitucional. Frise-se que, diferentemente das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, o veto não pode ser de palavra ou expressão, precisa ser de texto integral de um artigo, inciso, parágrafo ou alínea.

⁴ O STF entendeu que o parlamentar tem direito líquido e certo a um devido processo legislativo, por isso é legitimado para propor mandado de segurança de projetos de leis inconstitucionais, sendo o único legitimado ativo para a propositura desse remédio constitucional para tal fim. Conforme decisão emanada pelo STF no Mandado de Segurança 32.033/DF, o controle de constitucionalidade judicial preventivo é excepcional e, no caso do projeto de lei, pode ser impetrado somente quando houver vício formal, ou seja, no processo legislativo.

O controle repressivo ocorre após o fim do processo legislativo. O Legislativo, por exemplo, pode rejeitar medida provisória editada pelo Presidente da República por entender ser inconstitucional. O Judiciário, por sua vez, pode exercer o controle de constitucionalidade de modo difuso ou concentrado, a depender da competência jurisdicional.

Em virtude do modelo duplo de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, consistente predominantemente no controle difuso incidental e no controle concentrado abstrato, muitos acabam por tratar, erroneamente, as expressões “controle difuso” e “controle incidental” como sinônimas, assim como as expressões “controle concentrado” e “controle abstrato”. No entanto, os parâmetros para classificar o controle como difuso ou concentrado são diferentes da classificação do controle incidental ou abstrato.

O controle pode ser classificado como difuso ou concentrado de acordo com a competência jurisdicional. O modelo difuso de controle, também denominado aberto, é o controle exercido por qualquer juiz ou tribunal, embasado no sistema norte-americano de controle de constitucionalidade. Já o controle concentrado, ou reservado, é exercido por um único órgão, inspirado no sistema austríaco de controle que criou uma Corte Constitucional para o julgamento da constitucionalidade das normas.

Os controles incidental e abstrato dizem respeito à finalidade do controle jurisdicional. No controle incidental (também chamado de controle concreto, por via de defesa ou por via de exceção)⁵, o objeto do processo é uma demanda subjetiva, inserida num caso concreto, onde a constitucionalidade da norma é vista como um meio para se chegar à solução da lide. O controle abstrato (por via direta ou por via principal) analisa a norma em si, num processo objetivo, quando o julgamento da lide trata unicamente da decisão se a norma, a partir de um plano abstrato, é constitucional ou não.

⁵ Embora a maior parte da doutrina trate os termos controle concreto e controle por via incidental como sinônimos, Luís Guilherme Marinoni os diferencia: “Controles principal e incidental constituem ‘modos’ como a questão de constitucionalidade é levada à apreciação do Judiciário. Enquanto isto, os controles abstrato e concreto exprimem a maneira como a questão de constitucionalidade é apreciada e julgada pelo Judiciário” (MARINONI, 2018, p. 1.042). Sendo assim, Marinoni diz que no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro há o controle de constitucionalidade concreto e pela via principal no mandado de injunção; concreto porque se analisa o direito subjetivo do indivíduo, e principal porque a inconstitucionalidade da norma é o objeto principal da ação.

2.2 BREVE HISTÓRICO

O primeiro marco histórico do controle de constitucionalidade no mundo é o caso *Marbury vs Madison*⁶, cujo julgamento ocorreu nos Estados Unidos em 1803. A Suprema Corte norte-americana declarou expressamente a inconstitucionalidade de uma lei em face da Constituição norte-americana. Antes disso, já é noticiado que houve decisões esparsas acerca do controle de constitucionalidade, mas foi o pronunciamento emanado da Corte Suprema dentro de um sistema jurídico de precedentes que consolidou o sistema de controle de constitucionalidade.

Importa rever alguns dos fundamentos trazidos pelo juiz Marshall, presidente da Corte à época, que, embora atinentes à decisão naquela época, ainda encontram respaldo jurídico e continuam a embasar o atual controle de constitucionalidade. Conforme explica o Ministro Luís Roberto Barroso:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (BARROSO, 2012, p. 83)

⁶ Segundo BARROSO (2012, p. 117), após ser derrotado nas eleições de 1800, o então Presidente John Adams, junto ao Poder Legislativo, aprovou lei de reorganização judiciária autorizando, dentre outras medidas, a nomeação de novos juízes, objetivando que a escolha ocorresse dentre os aliados do Presidente derrotado. Antes que o Governo anterior pudesse concretizar a nomeação de todos os juízes, o presidente eleito Thomas Jefferson tomou posse e orientou seu Secretário de Estado, James Madison, a não nomear os juízes faltantes. Um desses juízes era William Marbury que procurou a Suprema Corte para ter reconhecido o seu direito à nomeação ao cargo. A ação foi ajuizada originalmente na Suprema Corte com base na Lei de 1789 que atribuía à Suprema Corte a competência para julgar ações daquela natureza. Após demonstrar o direito de Marbury à nomeação, o Juiz Marshall passou a argumentar sobre a possibilidade do controle judicial dos atos do Poder Executivo e, logo após, reconheceu que uma lei infraconstitucional não poderia atribuir competência originária à Suprema Corte, o que seria atribuição exclusiva da Constituição, reconhecendo, portanto, a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que atribuía competência originária à Suprema Corte.

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade foi introduzido, sob forte influência de Rui Barbosa⁷, através da Constituição de 1891, mais especificamente no art. 59, § 1⁸. Esse sistema foi fortalecido, mais à frente, com a Lei 221/1894⁹ que estabeleceu, no art. 13, § 10, a possibilidade de os juízes deixarem de aplicar leis inconstitucionais nas demandas em julgamento.

Tratava-se de controle difuso de constitucionalidade, inspirado no Direito Norte-americano. Entretanto, as decisões incidentais de inconstitucionalidade de normas não tinham o mesmo efeito vinculante que era característico do sistema jurídico estadunidense. Ao tratar do assunto, Nagib Slaibi Filho demonstra como a ausência de eficácia vinculante ao controle difuso incidental restringiu a efetividade do controle de constitucionalidade no Brasil:

A República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. Mas esse controle, naquele período, foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico do Civil Law, como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente o Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções. (SLAIBI FILHO, 2002, p. 290)

Foi somente com a Constituição de 1934 que se introduziu no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a possibilidade de atribuição de efeitos

⁷ Conforme narra a Academia Brasileira de Letras, Rui Barbosa foi um advogado, jornalista, jurista, político, diplomata, ensaísta e orador, membro fundador da Academia Brasileira de Letras que, dentre outros feitos: “Após a formatura, em 1870, mudou-se para o Rio de Janeiro, onde iniciou a carreira na tribuna e na imprensa, abraçando como causa inicial a abolição da escravatura. Deputado provincial, e depois geral, preconizou, juntamente com Joaquim Nabuco, a defesa do sistema federativo. Convidado para ministro do Gabinete Afonso Celso, pouco antes da proclamação da República, Rui Barbosa recusou o cargo, porque este era, no momento, incompatível com suas ideias federativas. Proclamada a República, Rui foi escolhido para Ministro da Fazenda do Governo Provisório, e respondeu, durante algum tempo, pela pasta da Justiça. Eleito senador pela Bahia à Assembleia Constituinte, seus conselhos prevaleceram nas reformas principais e a sua cultura modelou as linhas fundamentais da Carta de 24 de fevereiro de 1891. Discordando do golpe que levou Floriano Peixoto ao governo, requereu habeas-corpus em favor dos cidadãos presos pelo governo ditatorial de Floriano. Como redator-chefe do Jornal do Brasil, abriu campanha contra a situação florianista. Em 1893, foi obrigado a se exilar. Dirigiu-se, em primeiro lugar, para Buenos Aires, depois para Lisboa, onde alguns incidentes levaram-no a escolher Londres. Escreveu, então, as famosas Cartas da Inglaterra para o Jornal do Comércio.”

⁸ Art. 59 § 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

⁹ Art. 13, §10 Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.”

gerais e vinculantes às decisões declaratórias de inconstitucionalidade. A competência, no entanto, não foi direcionada ao Judiciário, mas sim ao Senado Federal, conforme o art. 91, IV, daquela Constituição, que estabelecia sua competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Importa enfatizar que a redação acima sofreu apenas pequenas alterações nas Constituições subsequentes. A CRFB/88 determina, no art. 52, X, 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;”, o que traduz uma quase literal herança da redação da Constituição de 1934.

Voltando ao art. 91, IV, da Constituição de 1934, o que se buscou, na verdade, foi a preservação da competência do Senado em legislar. A partir de um ideal rígido de separação de poderes, acreditava-se que conceder ao Poder Judiciário a possibilidade de declarar com efeitos gerais e vinculantes a inconstitucionalidade de norma editada pelo Congresso Nacional seria uma violação a tal princípio, pois somente o Legislativo poderia revogar a lei por Ele elaborada. O Judiciário apenas estaria adstrito à análise do caso concreto. Por isso, incumbiu-se ao próprio Legislativo o papel de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma declarada incidentalmente inconstitucional pela Corte Suprema do Brasil. Nesse sentido, O Ministro Gilmar Mendes enfatiza a divisão, à época, entre os papéis do Poder Judiciário e do Poder Legislativo:

Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. “Os tribunais – dizia Rui – não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...). E sintetizava, ressaltando que o *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”. (MENDES, 2017, p 1177)

Conforme explica o Ministro, atribuir efeitos vinculantes a decisão de inconstitucionalidade de determinada norma pelo STF seria atribuir à Corte um papel de legislador negativo, o que violaria a separação dos poderes e invadiria a competência do Poder Legislativo.

Em verdade, a tradição do *Civil Law* sempre deu grandes poderes ao legislador. De maneira mais específica, a Constituição de 1934 trouxe expressamente, no art. 68¹⁰, a regra de que o Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas. As decisões políticas eram tidas como discricionariedade dos Poderes políticos: Legislativo e Executivo. Como exemplo, os direitos fundamentais ainda eram vistos como diretrizes políticas ao legislador não passíveis de controle judicial.

Outros dois pontos importantes em matéria de controle de constitucionalidade trazidos pela Constituição de 1934 foram: a primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade, a Representação Interventiva; e a previsão de que as declarações de inconstitucionalidade teriam de ser prolatadas pelo plenário do tribunal julgador (cláusula de reserva de plenário)¹¹.

Após a Constituição de 1934, a Constituição de 1937 não trouxe maiores inovações acerca da matéria. Na verdade, a chamada Constituição Polaca¹² buscou enfraquecer o instituto do controle de constitucionalidade, a fim de inibir a atuação do Poder Judiciário frente aos demais Poderes.

Foi na vigência da Constituição de 1946 que o controle de constitucionalidade ganhou ainda mais força. A significativa inovação foi trazida anos após sua promulgação, com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que trouxe a primeira ação de controle abstrato de constitucionalidade, a Representação de Inconstitucionalidade, também conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Nesse mesmo período, o mundo pós-Segunda Guerra sofreu um processo de renovação constitucional. Os acontecimentos decorrentes de duas guerras devastadoras trouxeram ao Direito Constitucional maior preocupação com os direitos fundamentais. O constitucionalismo contemporâneo passou a reconhecer fortemente o Poder Judiciário como protetor da supremacia constitucional e garantidor de direitos fundamentais, atenuando a margem de discricionariedade dada aos poderes políticos.

¹⁰ Art. 68 É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas

¹¹ Art. 179 Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder

¹² A Constituição de 1937 é chamada de Constituição Polaca em virtude de sua clara inspiração na Constituição de Abril da Polônia. Caracterizada pelo autoritarismo, essa Constituição buscou concentrar os poderes nas mãos do Presidente da República em detrimento dos Poderes Judiciário e Legislativo.

Influenciada por esses ideais, a Constituição de 1988 buscou dar máxima efetividade à dignidade da pessoa humana. Para tanto, no que concerne ao controle de constitucionalidade, consolidou o duplo sistema de controle concentrado abstrato e difuso incidental e buscou aumentar a sua efetividade.

Dentre as diversas inovações trazidas pela CRFB/88, pode-se citar o aumento do rol de legitimados ativos para a propositura da ADI, cuja legitimidade anteriormente era exclusiva do Procurador-Geral da República (PGR); a tutela das omissões legislativas, com a instituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção; e a instituição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A princípio, a instituição de um sistema duplo de controle de constitucionalidade decorre das finalidades distintas de cada uma das modalidades. O controle concentrado abstrato visa a garantia da supremacia da Constituição, já o controle difuso incidental objetiva precipuamente a tutela de direitos subjetivos. No entanto, é possível ver cada vez mais nitidamente que essa diferenciação de finalidade encontra-se mitigada.

2.3 CONTROLE CONCENTRADO ABSTRATO

O controle concentrado é aquele exercido exclusivamente por um tribunal. Origina-se do sistema europeu, onde muitos países criaram tribunais com a exclusiva finalidade de realizar o controle de constitucionalidade das normas. Na Áustria, berço do controle concentrado de constitucionalidade, o controle é exercido exclusivamente pela Corte Constitucional, seja de maneira abstrata ou concreta. Dessa forma, as decisões daquela Corte emanadas terão efeitos contra todos, independentemente do que ensejou a discussão, conforme explica o Ministro Gilmar Mendes:

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano. Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o

julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas. (MENDES, 2017, p. 1.205)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é constitucionalmente incumbido da guarda da Constituição¹³ e, conseqüentemente, possui a competência para o controle concentrado de constitucionalidade.

Os estados-membros, à luz do princípio da simetria, também exercem o controle concentrado de constitucionalidade através de seus tribunais de justiça. Tal controle, no entanto, tem como parâmetro somente a constituição estadual. Os tribunais de justiça não podem realizar o controle concentrado tendo como parâmetro norma da Constituição Federal¹⁴; regra que, por óbvio, não se aplica ao controle difuso.

Tratando-se de processo objetivo a ser ajuizado exclusivamente perante o STF, o ordenamento jurídico brasileiro prevê ações específicas de controle concentrado de constitucionalidade, são elas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Representação Interventiva. A última possui características diferenciadas, que não serão aqui tratadas.

A ADI, como principal ação do controle concentrado de constitucionalidade, objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A ADC, de modo contrário, tem o intuito de declarar a constitucionalidade da norma, a fim de expurgar controvérsias judiciais acerca da matéria. A ADO trata das omissões inconstitucionais: não é a norma que está sendo impugnada, mas sim a sua ausência. E a ADPF tem caráter subsidiário, quando não couber as demais ações de controle concentrado, servindo como parâmetro os “preceitos fundamentais”¹⁵.

¹³ O art. 102 da Constituição Federal aduz que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

¹⁴ As normas de observância obrigatória são normas da Constituição Federal que devem ser obrigatoriamente repetidas pelas constituições estaduais. O STF sedimentou o entendimento que, por estarem na constituição estadual, podem servir de parâmetro para o controle concentrado perante o tribunal de justiça, sendo possível a interposição de Recurso Extraordinário perante o Supremo.

¹⁵ O Conceito de preceito fundamental não é trazido pela Constituição ou qualquer legislação infraconstitucional. O STF tem firmado o entendimento do que são preceitos fundamentais a partir do julgamento de várias ADPF, consolidando aos poucos o seu conteúdo. São reconhecidamente

As ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem legitimados taxativamente elencados no art. 103 da Constituição Federal¹⁶. Embora tal artigo se refira somente à ADI e à ADC, esse rol de legitimados foi estendido à ADO e ADPF, através da Lei 9.868/99 e da Lei 9.882/99. É possível observar que o rol taxativo de legitimados ativos busca limitar o acesso às ações concentradas de controle de constitucionalidade por se tratarem de ações originárias do STF.

No controle concentrado, a norma parâmetro é qualquer norma formalmente constitucional, independentemente do seu conteúdo (a exceção encontra-se na ADPF que tem como parâmetro “preceito fundamental”). Adota-se, na CRFB/88, um critério formal de Constituição, segundo o qual a norma constitucional é toda aquela que está inserida no texto constitucional. Em sentido contrário, não se adota a diferenciação de “Constituição propriamente dita” e “leis constitucionais”, idealizada por Carl Schmitt¹⁷.

À vista da finalidade de garantir a supremacia da Constituição, nas ações de controle concentrado, embora a exordial contenha o parâmetro violado, o Supremo examinará a suposta norma violadora de acordo com toda a CRFB/88 e não somente em face do parâmetro invocado pelo proponente. De certo, a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática e una, de forma que o ordenamento jurídico seja a toda ela submetido.

Os objetos das ações de controle concentrado de constitucionalidade são responsáveis por diferenciar qual ação é cabível. A ADI e a ADC possuem objetos mais restritos. A primeira tem por objeto leis ou atos normativos federais ou estaduais e a segunda apenas federais. Em ambas é necessária a vigência e eficácia da norma violadora. Já o objeto da ADPF, inobstante o parâmetro ser restrito a preceitos fundamentais, é ainda mais amplo que o das ações anteriores, porquanto essa ação é cabível somente quando as demais não forem. Sendo assim,

preceitos fundamentais os arts. 1º ao 4º da CF/88, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) e as cláusulas pétreas.

¹⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁷ Segundo Carl Schmitt, a partir de uma concepção política de Constituição, a Constituição propriamente dita é aquela em que as normas ali descritas versam sobre matérias essencialmente constitucionais, já as leis constitucionais são todas as normas que tratam das matérias restantes, embora também formalmente constitucionais.

é possível verificar o objeto da ADPF pelo não cabimento das demais ações, a exemplo das leis municipais e das leis anteriores à Constituição vigente.

Vale salientar que diversas questões discutidas no âmbito das ações de controle concentrado demandam um conhecimento de áreas distintas do Direito, principalmente quando se discute direitos fundamentais. Por isso, a Lei 9.868/98 trouxe, no art. 7º, § 2º, a possibilidade da participação do *amicus curiae*, “considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”. O “amigo da corte” exerce um importante papel de democratização do debate.

Outro fator importante das ações de controle concentrado é a possibilidade de atribuição de liminar para suspender a eficácia da norma impugnada, na ADI e ADPF, ou suspender os processos em curso, na ADC.

2.3.1 Efeitos

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado podem ser observados em três aspectos: objetivo, subjetivo e temporal.

A eficácia subjetiva diz respeito aos indivíduos atingidos pela decisão. Por se tratar de processo objetivo, sem partes ou lide, a decisão de mérito em controle concentrado visa a efetividade em face de toda a coletividade, por isso tem efeitos *erga omnes* (contra todos) e vinculantes. Os efeitos *erga omnes* atingem não somente o Poder Público, como também os particulares.

A eficácia vinculante não atinge a atividade legislativa. Desse modo, o legislador ainda tem discricionariedade para editar lei semelhante ou até mesmo de conteúdo idêntico que poderá ser objeto de nova ação de controle de constitucionalidade.

Como a não vinculação diz respeito à atividade legiferante, os outros Poderes, no uso dessa função, também não estão vinculados. A exemplo do Chefe do Executivo na edição de medidas provisórias, leis delegadas, iniciativa de lei, iniciativa de emenda constitucional, celebração de tratados internacionais, etc.

No que diz respeito à atividade administrativa e governamental, o Chefe do Executivo, assim como os demais órgãos da Administração Pública direta e indireta, está obrigado a observar a decisão. O Poder Legislativo, como já

explicitado, não estará sujeito à decisão em sua atividade legislativa, mas o estará no que diz respeito aos atos administrativo.

Outrossim, prevalece o entendimento de que o próprio STF não está vinculado a sua decisão em controle concentrado. Tal entendimento busca evitar a fossilização do Direito, pois sua íntima ligação com a realidade social, que está em constante processo de mutação, pode ensejar em alteração no estado constitucional ou inconstitucional de determinados assuntos.

Desse modo, os motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, não obrigam o STF para o julgamento de inconstitucionalidade de outra norma de conteúdo semelhante ou até idêntico. Obviamente, à luz da segurança jurídica, reviravoltas interpretativas devem ocorrer com parcimônia.

No que tange à eficácia objetiva, é certo que a parte dispositiva da sentença é abarcada pela eficácia vinculante, visto que traduz o objeto, o pedido da ação.

Dúvidas pairam a respeito da fundamentação da sentença. O STF, em julgados antigos, já entendeu que os efeitos atingem a fundamentação da sentença, entendimento que foi posteriormente contornado pelo próprio Tribunal. Alguns juristas, inclusive o Ministro Gilmar Mendes, ainda defendem a tese de que os motivos que fundamentam a sentença também são vinculantes e possuem eficácia contra todos, trata-se da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, conforme argumenta o Ministro:

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 aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. (MENDES, 2017, p. 1444)

Por fim, a eficácia temporal parte da teoria da nulidade da norma inconstitucional¹⁸, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, a lei

¹⁸ Nos modelos de controle de constitucionalidade pelo mundo, quando se diz respeito a declaração de nulidade da norma inconstitucional, há duas correntes principais: a teoria da nulidade da norma inconstitucional e a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional. A teoria da nulidade argumenta que a norma inconstitucional é inconstitucional desde seu nascimento, ou seja, desde a entrada em

é declarada constitucional, pois se reconhece que sua inconstitucionalidade vem desde o seu nascimento, portanto os efeitos, em regra, retroagem até a sua promulgação.

Ocorre que, muitas vezes, no julgamento da ação, várias relações jurídicas já se encontram sedimentadas e desconstituí-las pode acarretar mais danos do que a própria inconstitucionalidade da lei. À vista disso, o art. 27 da Lei 9.868/99 possibilita a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O STF, portanto, se incube de analisar cuidadosamente as situações fáticas, podendo restringir os efeitos da declaração ou modular o marco temporal de sua eficácia, em prol da segurança jurídica ou excepcional interesse social. Para tanto, a Lei exige o quórum qualificado de 2/3 dos membros, correspondente a oito ministros, diferenciando-se do quórum de maioria absoluta, correspondente a seis ministros, necessário para a declaração de inconstitucionalidade.

Insta salientar que eventual desobediência por órgão do Judiciário e do Executivo à decisão exarada em controle concentrado de constitucionalidade é passível de Reclamação Constitucional, a ser proposta perante o próprio STF. Essa ação autônoma visa garantir a observância da decisão através do controle pelo próprio órgão que a prolatou.

As decisões prolatadas em sede de controle concentrado não são recorríveis, como todos os processos de competência originária do STF, assim como não são passíveis de ação rescisória. É possível, no entanto, que o STF reaprecie a constitucionalidade de norma que outrora foi declarada constitucional pela própria Corte, em decorrência da não vinculação a sua própria decisão.

2.4 CONTROLE DIFUSO INCIDENTAL

Num processo subjetivo, é comum que as partes tragam teses jurídicas para a demonstração do seu direito. Em meio a isso, a inconstitucionalidade de uma norma a fundamentar o direito ali pleiteado pode ser

vigor. Por isso, a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos declaratórios, reconhecendo-a desde sua origem. A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional considera a decisão que a reconhece constitutiva, por isso os efeitos da norma cessam a partir da decisão, preservando-se os atos anteriores com base nela praticados.

suscitada como questão prejudicial ao mérito. O poder de analisar incidentalmente a constitucionalidade de um ato normativo é dado a quaisquer juízes ou tribunais, por isso o controle incidental e difuso comumente andam juntos.

A premissa do controle difuso é que o Poder Judiciário, nele incluso todos os magistrados, está também submetido à Constituição, por isso não deve aplicar ao caso normas que a contrariem. Na verdade, por vezes, é a partir da análise do caso concreto, onde há conflitos com direitos constitucionalmente previstos, que é possível vislumbrar a inconstitucionalidade de determinada norma.

De igual modo, é possível que a norma em si não seja inconstitucional, mas a sua aplicação a determinados casos crie situação de patente inconstitucionalidade, o que poderá ser reconhecido pelo magistrado na análise da lide¹⁹.

Ao contrário do controle concentrado abstrato, a finalidade precípua do controle difuso incidental de inconstitucionalidade é a proteção de direitos subjetivos, trazendo a preocupação com a Constituição como questão secundária.

A inconstitucionalidade da norma poderá ser arguida pelas partes do processo, o Ministério Público também pode argui-la quando interferir como fiscal da lei e o juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade da lei de ofício, isto é, independentemente de provocação das partes.

Qualquer ato do Poder Público pode ser objeto dessa modalidade de controle, ao contrário do controle concentrado no qual as ações constitucionais possuem objetos delimitados. De mesmo modo, toda norma formalmente constitucional pode servir de parâmetro para o controle, mesmo aquelas revogadas, mas que, à época do fato, estavam vigendo.

¹⁹ Como exemplo, cite-se o julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, quando o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93. O referido dispositivo determina que, para fins de concessão do benefício assistencial, considera-se em miserabilidade aquele que tem renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo. O STF tinha declarado a constitucionalidade da norma em ação concentrada abstrata de controle de constitucionalidade (ADI 1.232). Ocorre que, embora à primeira vista não se possa vislumbrar inconstitucionalidade, no julgamento de muitos processos subjetivos percebeu-se que pessoas com renda familiar per capita superior a ¼ do salário mínimo poderiam estar em situação de miserabilidade, criando naqueles casos situações de inconstitucionalidade ao excluir tais pessoas do amparo do benefício assistencial. A decisão no RE 567.985 é resultado de várias decisões judiciais, incluindo decisões monocráticas do STF, que passaram a verificar a inaplicabilidade daquele critério ao caso concreto.

2.4.1 Efeitos

Em virtude do caráter incidental do controle difuso, os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade se restringem, em regra, às partes. Isso porque, como objetiva o presente trabalho, a possibilidade de atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes em decisões do STF vem sendo discutida pela Corte já há algum tempo.

Tradicionalmente, a possibilidade de atribuir efeitos *erga omnes*, desde a Constituição de 1934, é atribuída ao Senado Federal. Na época, note-se, não havia no Brasil as ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Como no controle abstrato, a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso é *ex tunc*, retroage à sua edição. Como se trata de controle concreto também, essa eficácia se limita, em regra, à não aplicação daquela norma ao caso em julgamento.

2.4.2 Reserva de plenário

A necessidade de maioria absoluta do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1934 e foi reproduzida pelas Constituições subsequentes, inclusive pela atual Constituição de 1988.

A cláusula de reserva de plenário traz importantes contornos ao controle difuso de constitucionalidade. Essa regra está prevista no art. 97 da CRFB/88 que diz: “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”.

É comum que os tribunais dividam internamente os seus membros em órgãos fracionários para conseguirem atender às demandas de ações e recursos. Os recursos normalmente são distribuídos em uma turma e, incidentalmente, a constitucionalidade de alguma norma pode ser questionada (o que pode já ter sido feito no 1ª grau de jurisdição). De acordo com esse regramento, os órgãos fracionários de um tribunal não podem declarar a inconstitucionalidade de uma

norma, mas remeter a questão ao plenário ou órgão especial, conforme o art. 949, II, do Código de Processo Civil²⁰.

Se o órgão fracionário entender ser constitucional a norma, ante à presunção de constitucionalidade das normas, não é necessária a instauração do incidente.

Frise-se que a cláusula de reserva de plenário não nega a possibilidade do juiz singular declarar a inconstitucionalidade de uma lei pela via difusa incidental. A regra se restringe aos tribunais.

Ao instaurar o incidente de constitucionalidade, a matéria destinada ao plenário ou órgão especial é exclusivamente a constitucionalidade da norma. O plenário não julgará o processo subjetivo que culminou com a discussão. Por isso, decidido o incidente acerca da constitucionalidade da norma, os autos voltarão ao órgão fracionário que julgará o processo subjetivo, estando vinculado à decisão de controle de constitucionalidade tomada pelo plenário ou órgão especial.

O parágrafo único do supracitado artigo²¹ determina que os autos não serão remetidos ao plenário ou órgão especial quando já houver pronunciamento do próprio tribunal ou do STF acerca de constitucionalidade a questão. Tal previsão, que já estava anteriormente sedimentada pelo STF no Recurso Extraordinário 190.728, denota que a declaração emanada no incidente não terá efeitos restritos às partes, mas será válida para todos os demais casos em que a inconstitucionalidade da lei for suscitada naquele tribunal (ou em qualquer órgão do Poder Judiciário, caso a decisão advenha do STF).

²⁰ Art. 949. Se a arguição for: I – rejeitada, prosseguirá o julgamento; II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

²¹ Art. 949. [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1 OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Historicamente se formaram no mundo dois sistemas jurídicos, o *common law*, oriundo dos países de cultura anglo-saxônica, e o *civil law*, decorrente dos países de tradição germânica. O *common law* é marcado pela preponderância dos costumes, onde o direito é formado pelas decisões reiteradas dos tribunais. O *civil law*, por sua vez, é caracterizado pela supremacia da lei, o que dá ao Legislativo maiores poderes; o Judiciário, nesse sistema, costuma se limitar a interpretação e aplicação da lei no caso concreto.

Ocorre que a diferenciação entre o *common law* e o *civil law* tem se tornado cada vez mais tênue. Os países da tradição do *common law* tem adotado cada vez mais a lei objetivando dar maior segurança jurídica ao seu ordenamento. Já os países da tradição *civil law* têm dado mais importância aos precedentes judiciais, a fim de melhor moldar o Direito aos casos concretos. Em conformidade, os ensinamentos do Professor Elpídio Donizetti:

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas são as razões por que os dois sistemas se aproximam. Os países de cultura anglo-saxônica cada vez mais legislam por intermédio da lei e, em contrapartida, os países de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais. (DONIZETTI, 2015, p. 4)

A valorização da jurisprudência nos países de tradição germânica parte da premissa de que a lei é incapaz de prever todas as situações concretas levadas à jurisdição estatal. Então, caberá ao Poder Judiciário interpretar a lei de forma que a adeque ao caso. Consequentemente, a aplicação do direito em determinados casos passa a ter relevância para casos análogos, com o propósito de assegurar a uniformidade do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, importa salientar a diferenciação entre texto e norma. O texto é a redação literal trazida pela lei e a norma é a regra extraída a partir da interpretação daquele texto. A interpretação ocorre a partir de métodos hermenêuticos que não se limitam apenas à literalidade da lei, mas consideram também aspectos históricos, sociais, sistemáticos, dentre outros. Assim, a interpretação das leis e a extração das normas jurídicas é um papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

Para João Carlos Castanheira Pedroza, o constitucionalismo desponta como um dos motivos pelos quais a jurisprudência ganha maior relevância mesmo no sistema do *civil law*:

É possível afirmar que o paradigma pós-positivista e o fenômeno do constitucionalismo acabaram provocando uma aproximação entre as tradições jurídicas do common law e civil law, que evoluíram para um sistema jurídico fluído ou dúctil, em que o Direito não pode mais ser buscado exclusivamente na lei, mas em princípios constitucionais ou supraconstitucionais a ser coerentemente densificados e compatibilizados por um Judiciário acostumado a lidar com questões valorativas e morais. O foco central da atividade dos juristas se deslocou da descrição dos sistemas jurídicos para os problemas que surgem na sua aplicação. (PEDROZA, 2018, p. 65)

Desse modo, os precedentes judiciais objetivam a garantia da isonomia buscada pela lei. Ora, se a lei é geral e abstrata e aplicada da mesma forma para todos, sua interpretação deve também ser única. Como uma ciência não exata, o Direito pode ser interpretado de maneiras diferentes pelos seus aplicadores, de forma a trazer não somente situações desiguais em casos semelhantes, mas também insegurança jurídica à sociedade. Em consonância, a professora Ana Paula Barcellos ensina:

Já nos sistemas romano-germânicos, é a lei que, em princípio, garante um tratamento isonômico a todas as pessoas, cabendo ao Judiciário interpretar e aplicar a lei. Em tese, diante de fatos similares, todos os órgãos judiciais interpretariam e aplicariam a lei chegando a uma mesma conclusão, de modo que a uniformização da disciplina decorreria naturalmente da lei. A verdade, porém, é que a realidade, inclusive normativa, tornou-se muito mais complexa do que se imaginou no passado. (BARCELLOS, 2018, p. 19)

O Brasil, como é sabido, vem da tradição romano-germânica, onde, historicamente, a jurisprudência tinha um papel de norteador interpretativo, sem força vinculante.

A praxe judiciária demonstrou que há, muitas vezes, repetição de situações a serem discutidas, cujas minúcias não são suficientemente abordadas pela lei, exigindo a utilização de métodos hermenêuticos pelos magistrados. Todavia, os diferentes julgadores podem dar interpretações diversas à legislação e aplicá-la de modos distintos mesmo em casos análogos. O aplicador do direito nunca está plenamente dissociado dos aspectos subjetivos, dos ideais pessoais que o permeiam, de modo que não há como assegurar uma interpretação una oriunda de diferentes julgadores.

Fala-se, na linguagem informal, da “loteria” das varas. Pois como os processos são distribuídos de forma aleatória às varas que possuem a mesma competência, os pleiteantes anseiam que sua ação seja distribuída àquele magistrado que possui entendimento favorável à sua pretensão.

Dito isso, é mister reconhecer que, não obstante a inspiração em países de cultura anglo-saxônica (onde há forte influência da jurisprudência no julgamento dos casos), deve-se estudar e analisar os precedentes judiciais à luz das peculiaridades do Direito brasileiro. Ainda assim, tomam-se emprestados conceitos e métodos oriundos dos países do *common law* com o intuito de melhor desenvolver a sistemática de precedentes em nosso país.

O termo “precedentes” é majoritariamente utilizado pela doutrina pátria, principalmente com a vigência do CPC/15. Precedente é a tese jurídica extraída do julgamento de determinado caso que será aplicada em outras demandas judiciais. Em decorrência da distinção com o sistema de precedentes judiciais oriundo dos países de tradição anglo-saxônica, alguns processualistas preferem utilizar outras expressões para se referir à valorização da jurisprudência trazida pelo CPC/15, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno (2018, p. 700)²², que utiliza a expressão “Direito Jurisprudencial”.

Vários são os fatores que auxiliaram na valorização da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro: a influência do neoconstitucionalismo e a consequente necessidade de garantia da supremacia da Constituição; a criação de enunciados de súmulas pelos tribunais superiores²³; a mudanças no Poder Judiciário trazidas

²² O autor se encontra na contramão da doutrina processualista ao indicar que o CPC/15 não trouxe um sistema de vinculação da jurisprudência dos tribunais. Esse é também um dos motivos pelos quais o autor se furta da utilização da expressão “precedentes”.

²³ As súmulas originaram-se na década de 60, através do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

pela Emenda Constitucional nº 45/2004; o Novo Código de Processo Civil de 2015; etc.

3.2 OS ENUNCIADOS DE SÚMULAS E AS SÚMULAS VINCULANTES

À vista disso, com o objetivo de uniformizar a interpretação do direito, os tribunais passaram a editar súmulas que contêm diretrizes interpretativas, sem, no entanto, atribuir qualquer obrigatoriedade em sua aplicação.

Se a jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas de determinado tribunal a respeito de certo assunto, o enunciado de súmula é a materialização da jurisprudência em um texto. Desse modo, o enunciado de súmula não é oriundo de um único julgado, mas de diversos julgados que, embora não necessariamente sejam análogos, possuem o mesmo fundamento (*ratio decidendi*²⁴) para a sua decisão.

As súmulas contêm as teses jurídicas retiradas dos julgamentos. Dessa forma, suas teses jurídicas são extraídas a partir da interpretação de sua redação, de forma que a súmula será aplicada aos casos que se adequem ao seu enunciado, independentemente da identidade com as lides que levaram à edição daquela súmula.

Após, foram inseridas no ordenamento jurídico pátrio as súmulas vinculantes, instituídas através da Emenda Constitucional nº 45, que adicionou o art. 103-A à Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988)

²⁴ *Ratio decidendi* são todos os fundamentos que consubstanciam uma decisão, essenciais para se chegar à solução da demanda. É a tese jurídica extraída a partir da análise do caso concreto. Em contrapartida, *obiter dictum* é o conjunto de todos os argumentos acidentais trazidos na decisão, que não são fundamentais à solução da lide, a exemplo de uma solução jurídica trazida pelo julgador acerca de situação hipotética distinta do caso em análise. O *obiter dictum* se extrai, portanto, de tudo aquilo que não integra a *ratio decidendi*. O *obiter dictum*, conforme a doutrina, não tem eficácia vinculante, servindo apenas como, no máximo, indicativo de pensamento daquele tribunal/julgador.

O que diferencia a súmula vinculante dos enunciados sumulares é, como se pode extrair do próprio nome, a eficácia vinculante do enunciado. Isto é, se nos enunciados de súmulas se estabelecem diretrizes interpretativas sem obrigatoriedade de observância pelos demais tribunais, no que tange às súmulas vinculantes, todos os tribunais são obrigados a observá-las, assim como a Administração Pública direta e indireta. Sua eficácia, portanto, extrapola o limite de mero precedente judicial.

Em adição, conforme se observa da redação da Constituição, não se trata de um caso que serve como parâmetro para os demais, como ocorre nos precedentes judiciais. A expressão “após reiteradas decisões” deixa nítido que para a edição da súmula vinculante são necessárias múltiplas decisões no mesmo sentido pelo STF, anteriores à sua edição, em que o Tribunal extraiu a mesma tese jurídica. Deve haver, portanto, uma jurisprudência consolidada acerca da matéria.

Importa esclarecer que o STF já utilizou a súmula vinculante para tratar da constitucionalidade das normas, a exemplo das Súmulas Vinculantes de nºs 2, 8, 21, 26, 28, 30, 42, 43. Alguns desses enunciados utilizam a tese retirada do julgamento de um caso (*ratio decidendi*) em sua redação, estabelecendo a (in)constitucionalidade de quaisquer normas que contrariem aquela tese, como na Súmula Vinculante nº 2²⁵. Outros, no entanto, determinam a inconstitucionalidade de normas específicas, a exemplo da Súmula Vinculante nº 8²⁶.

Como visto, o que diferenciava o enunciado de súmula e a súmula vinculante era tão somente a obrigatoriedade de aplicação. O CPC/15, no entanto, atenuou tal diferenciação ao estabelecer a necessidade de observância, no art. 927, IV, “[d]os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”. A amplitude do dever de observância contido no *caput* desse artigo será melhor analisada no tópico seguinte.

Em virtude da menção apenas às súmulas em matéria constitucional do STF e em matéria infraconstitucional do STJ, a doutrina discute se há obrigatoriedade de observância das súmulas do STF sobre matéria infraconstitucional, visto também

²⁵ Súmula Vinculante 2. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

²⁶ Súmula Vinculante 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

que muitas delas foram editadas antes da instituição do STJ (quando o STF ainda possuía a competência para julgar matéria infraconstitucional).

De todo modo, sejam os enunciados de súmulas do STF sobre matéria constitucional, sejam as súmulas vinculantes, o que constitui o caráter vinculante é a edição da súmula e não o precedente por si só. Daniel Assumpção Amorim neves explica o seguinte:

Mas como estamos no Brasil, não se deve desconsiderar a possibilidade de o tribunal sumular um entendimento com base em precedentes não vinculantes, ou seja, em decisões que não sejam proferidas em julgamento de casos repetitivos ou no incidente de assunção de competência. Apesar de não ser recomendável, não se deve descartar tal possibilidade. Nesse caso, ainda que não vinculantes, os precedentes utilizados para justificar a edição da súmula deverão ser considerados em seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) para a fixação do objeto da vinculação obrigatória.

Ainda que nesse caso se possa constatar uma eficácia vinculante indireta de precedentes meramente persuasivos, não são eles que geram a eficácia vinculante, mas sim a súmula que materializa suas conclusões. E dizer que antes da súmula seus fundamentos determinantes são apenas persuasivos, e com a edição da súmula passam a ser vinculantes. (AMORIM, 2017, p.1.397)

O art. 927, IV, do CPC não equipara, frise-se, os enunciados de súmulas e as súmulas vinculantes. A diferença ainda está presente à medida que a súmula vinculante também é obrigatória aos entes da administração direta e indireta, ao contrário do enunciado de súmula, cuja obrigatoriedade, de acordo com o CPC, é tão somente ao Judiciário.

Visto isso, importa relatar que após a EC 45/04 trazer a súmula vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro, o STF não editou mais nenhum enunciado de súmula não vinculante. O último enunciado editado, a Súmula 736, foi publicado em dezembro de 2003. Após, o STF editou, até o momento, 56 Súmulas Vinculantes; a primeira delas, Súmula Vinculante nº 1, foi publicada em 06 de junho de 2007.

3.3 OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, indubitavelmente, trouxe uma sistematização de valoração da jurisprudência. A discussão, no entanto, recai sobre a amplitude e a vinculação dessa valorização.

O CPC/15 inaugura o Livro III, referente aos processos nos tribunais, estipulando, no art. 926, que: “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*”

Fica claro que os tribunais devem observar as próprias decisões visando sua uniformização, de modo que as decisões de um julgado deverá influenciar os demais a fim de concretizar essa ordem. A finalidade de tal mandamento parece estar elencada no artigo subsequente, o art. 927²⁷, que traz um rol de jurisprudências a serem seguidas pelos tribunais prolatadores das decisões e pelos juízes e tribunais hierarquicamente inferiores²⁸.

Não há consenso no que tange ao significado do termo “observarão”, utilizado no *caput* do art. 927. Para alguns, como Márcio Scapinella Bueno (2018, p. 702, 703)²⁹, o mandamento consiste em levar em consideração o julgado, sem,

²⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

²⁸ Segundo Humberto Theodoro (2016, p. 517), a força dada a jurisprudência pelo Novo CPC pode ser observada em dois planos: “Por outro lado, a força que o novo Código confere à jurisprudência, manifesta-se em dois planos: (i) o horizontal, de que decorre a sujeição do tribunal à sua própria jurisprudência, de modo que os órgãos fracionários fiquem comprometidos com a observância dos precedentes estabelecidos pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V); (ii) o vertical, que vincula todos os juízes ou tribunais inferiores às decisões do STF em matéria de controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes; aos julgamentos do STF e do STJ em recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados de súmulas do STF e do STJ; e, finalmente, à orientação jurisprudencial relevante de todo tribunal revisor das respectivas decisões, a exemplo das decisões nas resoluções de demandas repetitivas, nos incidentes de assunção de competência (art. 927, I a IV).”

²⁹ Para o autor: “O *caput* do dispositivo, ao se valer do verbo ‘observar’ conjugado no imperativo afirmativo, insinua, não o nego, que não há escolha entre adotar ou deixar de adotar as diferentes manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos quando o caso, na perspectiva fática, o reclamar. Não serão poucos, destarte, que verão nele a imposição de caráter vinculante genérico àquelas decisões e, nesta exata proporção, haverá espaço para questionar se este efeito vinculante é, ou não, harmônico ao ‘modelo constitucional do direito processual civil’, fora das hipóteses em que a própria CF o admite, como ocorre, afirmo-o desde já, nos incisos I e II (e só neles) do art. 927. A ressalva é ainda mais evidente ao se analisar o cabimento da reclamação, nos

no entanto, haver obrigatoriedade de aplicação. Para a doutrina majoritária, a obrigatoriedade está não somente na observância da jurisprudência, como também na sua aplicação, a exemplo do professor Daniel Assumpção Amorim (2017, p. 1397)³⁰.

Nesse ponto, importa salientar a diferença entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos, trazida por Amorim. O primeiro é aquele precedente que obriga o tribunal ou juiz a aplicá-lo na situação cabível. O segundo é o precedente que não obriga o julgador, mas pode servir de fundamento para a decisão do magistrado; o juiz ou tribunal está apto a rejeitar a aplicação do precedente persuasivo invocado pelas partes, fazendo-o fundamentadamente em sua decisão.

Fredie Didier Jr. (2018, p. 510) aprofunda o assunto e diferencia a vinculação do precedente em si, dizendo que o precedente, de maneira ampla, compõe as circunstâncias fáticas do caso, a tese jurídica da decisão (*ratio decidendi*) e os fundamentos jurídicos. A vinculação, por sua vez, ocorre somente no que tange à tese jurídica. Excluindo, a contrário senso, a necessidade de identidade entre os casos, pois a vinculação se restringe à aplicação da tese jurídica ao caso.

Para o doutrinador, o julgador, ao proferir uma decisão, constrói duas normas jurídicas distintas: a norma geral que servirá de tese para a aplicação também em outros julgados (independentemente da simetria entre os casos) e a norma individual a ser aplicada naquele caso em julgamento, ensejando a procedência ou improcedência daquela ação:

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.

[...]

Além dessa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo tão somente reger a situação em exame naquele processo. Trata-se da conclusão a que chega acerca da procedência ou improcedência da demanda (ou das demandas)

casos do inciso IV do art. 988, na redação da Lei n. 13.256/2016, para 'garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência'."

³⁰ Segundo o autor: "Não parece, entretanto, ser esse o melhor entendimento. Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, "observarão" significa aplicação de forma obrigatória."

formulada no processo. Esta norma jurídica tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada. (DIDIER JR, 2018, p. 515)

O autor ensina que, independentemente de haver analogia entre o caso concreto que serviu de base para a construção da *ratio decidendi* e aquele em que será aplicada a tese jurídica, a análise do caso paradigma é necessária para a extração da tese firmada no julgamento, porquanto esta nem sempre vem explícita nos fundamentos da decisão. De forma sucinta, o caso concreto é importante, por vezes, para a extração da tese jurídica, mas não é necessário para a aplicação dessa tese em outros casos.

Ademais, ainda que vinculante, é possível que o julgador realize o *distinguishing* entre o precedente e o caso em julgamento. Essa técnica consiste na diferenciação fática³¹ e/ou jurídica entre os casos, de modo que o precedente invocado não pode ser aplicado àquele caso. Essa técnica de julgamento não retira o caráter vinculante do precedente, mas somente demonstra a sua inaplicabilidade ao caso.

Aprofundando-se nos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil, percebe-se a menção, no inciso I, ao controle concentrado de constitucionalidade. A princípio, parece que tal previsão não é necessária, tendo em vista que as leis que regulamentam as ações do controle concentrado já preveem a eficácia vinculante das decisões, nesse sentido ensinam alguns doutrinadores. Fredie Didier Jr., no entanto, distingue a previsão do CPC e das leis das ações de controle concentrado de constitucionalidade, diferenciando a coisa julgada no julgamento do controle concentrado e a eficácia vinculante do precedente estabelecido pelo julgamento do caso.

As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF; art 28, p. único, Lei 9.868/99; art. 10, § 3º, Lei 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve a ação de controle concentrado de constitucionalidade. Mas é possível haver vinculação, também, à *ratio decidendi* desse julgado, que

³¹ Como elucidado no parágrafo anterior, a identidade fática não é necessária para a aplicação da tese jurídica extraída do caso. No entanto, pode-se diferenciar os fatos do caso paradigma e do caso em julgamento a fim de demonstrar que tal diferença cria uma situação jurídica diversa, impossibilitando a aplicação do precedente.

também gera precedente – exatamente o que se refere o inciso I do art. 927 do CPC.

Observe-se este exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: “lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal”. Se for editada outra lei estadual em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, cuja decisão certamente será baseada no precedente anterior; arguida a sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria. (DIDIER JR, 2018, p. 505)

O art. 927 do CPC não cita, no entanto, as decisões em controle difuso de constitucionalidade proferidas pelo STF. Pergunta-se, portanto, se a omissão do legislador teve o intuito de excluir a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF em controle difuso ou se o legislador apenas optou por não adentrar em tal matéria.

Frise-se que novo CPC optou por dar efeitos vinculantes às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade em situações específicas, a exemplo dos arts. 525, § 12³² e 535, § 5³³, que consideram inexigíveis títulos executivos fundados em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF pela via concentrada ou difusa.

Pois bem, inobstante a limitação do inciso I desse dispositivo, o inciso V é mais abrangente ao determinar a observância da “*orientação do plenário do órgão especial aos quais estiverem vinculados*”.

Falar em plenário ou órgão especial em matéria de controle de constitucionalidade remete prontamente à cláusula de reserva de plenário. Ocorre que, no que tange ao STF, este emanou por vezes o entendimento de que não possui, ao contrário dos demais tribunais, a obrigação de aplicar a cláusula de reserva de plenário, como no RE 361.829-ED (Supremo Tribunal Federal, 2010), em que estipula que “*O STF exerce, por excelência, o controle difuso de*

³² Art. 525 § 12 Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

³³ Art. 535 § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal”.

Isso significa que nem toda decisão de controle difuso de constitucionalidade será remetida ao plenário do STF, de modo que as decisões de controle difuso de constitucionalidade proferidas por esse órgão não se encaixam necessariamente na hipótese do inc. V do art. 927 do CPC.

Por fim, importa salientar que a doutrina majoritária considera os incisos do art. 927 do CPC um rol exemplificativo³⁴ de decisões de observância obrigatória, de modo que outras situações podem se encaixar na hipótese de precedente vinculante. De maneira ampla, pode-se considerar como precedente vinculante todo aquele emanado do STF e do STJ, em respeito também a sua função constitucional de uniformizadores do Direito Constitucional e infraconstitucional, respectivamente³⁵. Não há, no entanto, um consenso a respeito da afirmação acima.

3.4 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário é como a maioria das lides chegam ao STF, funcionando como última instância recursal. É através desse recurso que as demandas mais simplórias podem chegar à análise do Supremo, porquanto as demais ações e recursos tem sua legitimidade e cabimento mais restritos. Consequentemente, é no julgamento dos recursos extraordinários que o STF exerce majoritariamente o controle difuso de constitucionalidade.

³⁴ Comumente, a legislação traz uma lista de situações que se enquadram em suas disposições. Nesses casos, questiona-se se apenas os contextos elencados são aplicáveis à lei ou se outras circunstâncias não previstas podem se enquadrar naquele dispositivo legal. O rol exemplificativo se trata justamente das situações em que o legislador citou apenas exemplos, deixando ao julgador analisar nos casos concretos se outras circunstâncias não previstas podem se aplicar naquela lei. Em contrapartida, chama-se rol taxativo aquelas situações em que a lei já estipula todas as situações possíveis, inviabilizando qualquer tentativa de abrangência daquele dispositivo. Normalmente, a legislação não deixa claro se o rol ali elencado é exemplificativo ou taxativo, essa classificação normalmente é deixada a cargo da doutrina e da jurisprudência.

³⁵ Conforme ensina Pedroza (2018, p. 99): “É preciso observar, contudo, que o rol previsto no artigo 927 do NCPC tem caráter meramente exemplificativo. Como observa Marinoni, para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devam ser observados por juízes e tribunais, basta respeitar as normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade do direito constitucional e infraconstitucional respectivamente.”

Não obstante se tratar de última instância recursal, o pensamento de que o STF, na análise do recurso extraordinário, funciona como uma “4ª instância” já está há muito superado. Isso porque existem requisitos para o cabimento de tal recurso, não sendo suficiente o simples inconformismo da parte sucumbente com a decisão exarada.

Em 1963, por exemplo, o STF editou a Súmula 279³⁶ determinando que o Recurso Extraordinário não analisa matéria fática. Isso já demonstrava que o objetivo principal desse recurso não é a justiça na relação entre os litigantes, mas sim a discussão do direito.

Esse recurso ganhou ainda mais relevância para o Direito Constitucional quando a CFRB/88 instituiu o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional. Por isso, deixou ao STF a competência precípua de julgamento da matéria constitucional.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão elencadas na própria Constituição, no art. 102, III:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

É possível observar que as três primeiras hipóteses (alíneas a, b e c) dizem respeito ao controle de constitucionalidade. A alínea “d”, embora não trate diretamente da Constituição, também busca sua proteção, pois é reservada à Constituição a função de determinar as competências legislativas, o que justifica o julgamento pelo STF de conflito entre lei local e lei federal.

Na verdade, a instituição do STJ e a limitação da competência do STF buscou restringir a Suprema Corte à análise das questões constitucionais, de modo que as discussões acerca do direito infraconstitucional não mais seriam um entrave ao desempenho do papel primordial de guardião da Constituição.

Não obstante a diferenciação entre a competência do STJ e o STF, a distinção, na prática, pode ser muito tênue, porquanto, diante de crescente

³⁶ Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

importância da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, a interpretação da legislação infraconstitucional precisa ocorrer à luz da Constituição.

Ainda que a CRFB/88 tenha procurado especializar a competência do STF, os processos que chegavam à Corte não paravam de aumentar. Como demonstra o Ministro Gilmar Mendes (2018, p. 1.220), os processos distribuídos ao STF em 1990 totalizavam 16.226; em 2006 (ano anterior à implementação efetiva da repercussão geral) o total de processos distribuídos subiu para o patamar de 116.216. Observa-se um aumento de sete vezes o número de processos, sem que tenha ocorrido mudança no número de ministros do Supremo.

Diante do aumento do número de processos na Corte, em especial recursos extraordinários, o Supremo acabava por adotar uma postura defensiva, rejeitando os recursos a partir de mínimos equívocos formais em sua interposição.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe várias mudanças ao Poder Judiciário brasileiro, dentre elas, instituiu a necessidade de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário. A repercussão geral foi, à época, regulamentada pela Lei 11.418/2006.

A própria nomenclatura “repercussão geral” denota que os interesses ali discutidos devem transcender os limites subjetivos da demanda, reafirmando a ideia de que o recurso extraordinário visa, sobretudo, a uniformização da interpretação da matéria constitucional.

O instituto é atualmente regulamentado pelo Código de Processo Civil de 2015, que estipula no art. 1.035, § 1º: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2015).

“Questões relevantes” é um conceito jurídico indeterminado e deixa à própria Corte a análise do que é ou não importante. Os pontos de vista econômico, político, social ou jurídico dão grande amplitude à matéria julgada e servem como norte para a determinação do que é relevante. Ainda assim, a despeito da subjetividade na análise do que possui repercussão geral, é certo que a presença desse pressuposto significa que o julgamento da demanda deverá ter influência para o julgamento de outros conflitos semelhantes.

O art. 1.035, § 3º, do CPC, estipula que há presunção absoluta de repercussão geral em algumas hipóteses, dentre elas, quando o acórdão

impugnado “contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”. Assim, o acórdão impugnado que contrarie a jurisprudência do STF será necessariamente analisado pela Corte (observado os demais pressupostos recursais). Caso o acórdão esteja em consonância com a jurisprudência da corte, não significa que não pode haver repercussão geral, mas sim que não há presunção absoluta. O reconhecimento da repercussão geral nesses casos possibilitará a rediscussão da tese, evitando a fossilização da jurisprudência³⁷.

A Repercussão Geral funciona como mais um pressuposto recursal, de forma que a sua ausência enseja em não conhecimento do recurso e, por conseguinte, da matéria por ele impugnada.

Desse modo, mesmo que o recurso impugnado se enquadre em uma das hipóteses de cabimento do art. 102, III, da CRFB/88, a falta de repercussão geral impedirá o seguimento do recurso. A transcendência subjetiva da demanda é imprescindível ao julgamento do recurso; a matéria de repercussão geral será utilizada para o julgamento dos demais casos análogos, garantindo uma jurisprudência uniformizada.

Ainda assim, a repercussão geral é presumida, e o quórum de 2/3 exigido pelo CPC é para negar a presença de repercussão geral. Por isso, a turma não pode negar o seguimento de recursos pela ausência de repercussão geral, por não ser possível atingir o quórum necessário. Caso haja controvérsia acerca da presença da repercussão geral, a discussão será remetida ao plenário, o que será feito através de julgamento eletrônico, pelo plenário virtual³⁸.

³⁷ O Professor Fredie Didier Jr. (2016, p. 368) elucida a necessidade de revisão da jurisprudência da Corte: “A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta, necessariamente, a existência de repercussão geral, o que evita o temido ‘engessamento’ da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento”

³⁸ O plenário virtual foi instituído pela alteração dada ao Regimento Interno do STF feita pela Emenda Regimental nº 21/2007. O instituto da repercussão geral visou dar maior limitação às discussões levadas à Corte, no entanto, a necessidade da análise da repercussão geral pelo pleno do STF poderia estancar os processos, tendo em vista as diferenças de agenda entre os membros da Corte. Assim, através da instituição do plenário virtual é possível que os ministros votem acerca da repercussão geral sem que seja necessária a reunião presencial de todos eles.

3.4.1 Efeitos da decisão exarada em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida

A partir de então, pergunta-se quais os efeitos de uma decisão exarada em um Recurso Extraordinário sem a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (porque estes, segundo o art. 927, III, do CPC³⁹, devem ser obrigatoriamente observados).

De certo, com a finalidade de dar maior celeridade processual, o STF tem buscado utilizar a sistemática dos recursos repetitivos. No entanto, nem sempre isso é possível, porque uma matéria de considerável relevância (repercussão geral) pode chegar a análise da Corte sem que haja um número considerável de recursos extraordinários semelhantes.

Ao considerar os incisos do art. 927 do CPC como um rol taxativo de jurisprudência a ser seguida, a resposta é que não pode haver vinculação aos tribunais inferiores em decisão exarada em recurso extraordinário sem a sistemática de recursos repetitivos (o precedente seria apenas persuasivo, e não vinculante). Mas o entendimento de que o art. 927 não é rol taxativo parece ser o pensamento da maioria dos processualistas.

Um exemplo da importância dada pelo CPC à decisão exarada em recurso extraordinário, conforme aduz Vinícius Silva Lemos (2017, p. 407), é que, admitida a repercussão geral, todos os processos em todos os tribunais do Brasil que versem sobre a matéria ali tratadas devem ser suspensos para aguardar o julgamento do feito, por determinação do art. 1.035, § 5º, do CPC⁴⁰, isso para que a tese ali extraída possa ser aplicada no julgamento dos processos suspensos.

Outro ponto trazido pelo autor é que o art. 1.030, I, alínea “b”, do CPC determina que, interposto o recurso extraordinário, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal deverá negar seguimento ao recurso que for “interposto contra acórdão

³⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁴⁰ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral” (BRASIL, 2015).

Ademais, ao receber o recurso, caso o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal perceba que o acórdão recorrido vai de encontro a entendimento firmado em julgamento de repercussão geral, o inciso II, do art. 1.030 do CPC determina que se remeta o processo ao órgão julgador para juízo de retratação.

Os recursos extraordinários são comumente julgados pelas turmas, e não pelo plenário. Para Didier (2016, p. 373)⁴¹, a vinculação ocorre somente se a decisão for exarada do plenário, apesar do CPC não fazer qualquer distinção entre o plenário e a turma.

Portanto, em razão da não taxatividade do art. 927 apontada pela doutrina majoritária e pelas disposições trazidas pelo CPC acerca dos julgamentos de recursos extraordinário com repercussão geral, é certo que o julgamento desses recursos, ainda que ausente a sistemática dos recursos repetitivos, tem efeitos que transcendem os limites subjetivos da demanda. Quando se trata de controle de constitucionalidade, ante a finalidade de garantia da supremacia da Constituição, a transcendência dos efeitos e sua vinculação parece ser ainda mais necessária.

⁴¹ Segundo o autor: “O pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Note, porém, que o precedente vinculante é do Plenário do STF (reconhecendo ou negando); reconhecida a repercussão geral pela turma do STF (turma não pode negar repercussão geral, lembre-se), não há precedente vinculante.”

4 ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 FUNDAMENTOS

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência nacional atribuiu à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso efeitos apenas entre os litigantes, visto que a discussão ocorre incidentalmente na análise de um caso concreto. Em sentido diverso, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma em controle concentrado possui efeitos *erga omnes*.

Certamente, o controle difuso pode ser exercido por todos os juízes e tribunais a fim de assegurar os direitos subjetivos dos litigantes. No entanto, quando se trata do STF, essa finalidade é mitigada porque sua função principal é a de guardião da Constituição. Ainda que esteja julgando um recurso extraordinário, por exemplo, a função precípua é a de estabelecer a interpretação do Direito Constitucional. Sendo assim, o ordenamento jurídico pátrio tem atribuído maior relevância às decisões prolatadas pela Corte ao expandir seus efeitos, a exemplo da instituição da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante, assim como através do Novo Código de Processo Civil que trouxe uma valorização da jurisprudência

Diante disso, importa refletir se quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso tal declaração terá efeitos que transcendem os limites subjetivos da demanda, tendo efeitos *erga omnes* e vinculantes. Pois, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, o STF estará atuando de modo a garantir a supremacia da Constituição.

Alguns são os fundamentos que advogam a aplicação desse entendimento. Primeiramente, a não vinculação da decisão enseja em grande possibilidade de decisões conflitantes, o que viola o direito fundamental à isonomia. É possível que diferentes magistrados em circunstâncias semelhantes apliquem teses jurídicas distintas, promovendo situações em que a mesma norma é reconhecidamente inconstitucional para um indivíduo, mas ainda considerada constitucional para outro.

Essa situação também pode ser refletida perante a Administração Pública. Adstrita ao princípio da legalidade, a Administração Pública deve agir nos estritos limites legais. Caso a lei seja declarada inconstitucional em controle difuso de

constitucionalidade, ainda assim a Administração Pública deverá continuar aplicando essa lei caso não tenha sido parte no processo, pois a partir do princípio da legalidade o administrador não possui discricionariedade para a aplicação ou não da lei.

Cria-se, então, a situação em que o administrado se vê obrigado a pleitear no Judiciário aquele direito, porquanto é violado com base em norma reconhecidamente inconstitucional pelo STF. Apesar da discussão acerca da vinculação dos precedentes judiciais, muitos juízes, de certo, reconhecerão a inconstitucionalidade daquela norma em virtude da decisão de Corte Suprema. A eficácia da declaração de inconstitucionalidade, portanto, está condicionada à pretensão judicial.

Sabe-se, entretanto, que o acesso à Justiça não é amplo. Ainda que se tenham mecanismos que busquem a democratização da Justiça, a exemplo da isenção de custas processuais, boa parte da população não sabe quando e como podem pleitear no Judiciário os seus direitos.

Os que pleiteiam judicialmente com fundamento em lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF, são comumente agraciados com o provimento jurisdicional. Já os que não chegam às portas do Judiciário, mesmo estando em situações semelhantes daqueles, não podem ter aplicado em seus casos o mesmo entendimento proferido pelo STF. Concretiza-se, portanto, situações de desigualdade, onde a lei não é aplicada a todos.

A partir dessa situação, pode-se extrair outro fundamento para a aplicação dessa tese: a economia processual. Se já existe um posicionamento da Corte Constitucional sobre a inconstitucionalidade de determinada, é desnecessária a movimentação do Judiciário, com diversos recursos, para, ao fim, chegar no mesmo entendimento já emanado anteriormente, ante a obrigatoriedade de observância do precedente.

O Novo CPC trouxe mecanismos a fim de buscar diminuir as demandas judiciais, não somente trazendo maior força aos precedentes, como também incentivando meios que possibilitam a solução rápida da demanda, a exemplo da arbitragem e da autocomposição. Não obstante, o número de processos que chegam ao Judiciário vem crescendo cada vez mais. Em conformidade, explica Sylvia Amorim Torres e Tagore Trajano de Almeida Silva:

A concessão de efeitos de alcance geral, consiste em uma alternativa não só para a crise de insegurança jurídica, mas também para o excesso de demandas que provoca a morosidade da Corte. Visto que se evita que sejam julgadas outras ações tendentes a discutirem matérias, as quais já foram apreciadas e pacificadas, este é um instituto que atende a desejada racionalização do sistema judiciário brasileiro, na medida em que se observam os princípios da celeridade e da economia processual. (TORRES; SILVA, 2019, p. 13)

Outro ponto importante é a garantia da segurança jurídica. Tal pressuposto é inerente ao próprio Estado de Direito, pois para que o indivíduo exerça o seu livre-arbítrio em conformidade com o ordenamento jurídico é necessária a garantia de que esse sistema respeite as próprias regras. De maneira sucinta, é a confiança que o indivíduo deposita no próprio Direito. Daniel Mitidiero ensina acerca da importância da segurança jurídica:

A promoção da segurança jurídica consubstancia-se, portanto, em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem um ambiente jurídico seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos uniformemente. Daí a razão pela qual a segurança jurídica é normalmente compreendida como uma das condições pelas quais o Direito se torna possível – vale dizer, uma condição para que se possa conceber a própria existência do Direito. (MITIDIERO, 2017, p. 22-23)

A confiança outorgada pelo indivíduo advém da previsibilidade do Direito, possibilitando-o moldar seus atos em consonância com as normas. A falta de segurança jurídica se torna ainda mais grave quando se trata de matéria constitucional, ao passo que a Constituição é a base do ordenamento jurídico no Estado brasileiro.

A segurança jurídica advém não somente das leis que estabelecem normas gerais e abstratas, mas também por meio de um Judiciário que garanta a uniformidade na aplicação do Direito, conforme ensina Pedroza:

No paradigma pós-positivista a segurança jurídica requer mais do que a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais as ações sociais serão qualificadas. Depende também da coerência e estabilidade no exercício da função jurisdicional. De nada adianta o conhecimento do ordenamento jurídico se a aplicação judicial do mesmo não possa contar com decisões minimamente previsíveis. Se a jurisdição tem a função de proteger direitos, especialmente os fundamentais, e se o exercício da jurisdição – que no passado foi lastreado num singelo esquema de lógica formal subsuntiva – passou modernamente a encerrar operação hermenêutica complexa, devido à

variedade de princípios constitucionais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a previsibilidade que a sociedade deseja deve brotar menos da lei e mais da atuação dos juízes e tribunais. (PEDROZA, 2018, p. 59)

Destarte, a valoração dos precedentes no CPC/15, a instituição da repercussão geral no recurso extraordinário, o papel do STF como guardião da Constituição e uniformizador do Direito Constitucional, a finalidade precípua do controle de constitucionalidade de garantir a supremacia da Constituição e os fundamentos acima citados advogam no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade devem ser idênticos à declaração proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, cite-se a declaração do então Ministro do STF Sepúlveda Pertence no julgamento do Agravo Regimental da Sentença Estrangeira nº 5.206, julgado em 1997, que já reconhecia a tendência de uniformização da eficácia das decisões em controle difuso e concentrado proferidas pelo STF:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.

Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de “guarda da Constituição”, que a lei Fundamental explicitamente lhe confiou.

Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida.

Afinal, não é novidade dizer – como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas – que, no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade de lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado “como elemento propulsor posto a serviço do interesse público” que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe. (BRASIL, 2004, p. 18)

Diante disso, o STF já tomou posicionamentos de modo a expandir os efeitos de declarações de inconstitucionalidade dadas de forma incidental em processos subjetivos.

Como exemplo, tem-se o julgamento do Mandado de Injunção nº 708, ocorrido em 2008, quando foi questionada a omissão legislativa (inconstitucionalidade por omissão) para o exercício do direito de greve dos servidores públicos. A ação foi ajuizada pelos sindicatos dos servidores públicos da área de educação do Município de João Pessoa. A Corte julgou procedente a demanda para declarar a omissão legislativa e para supri-la, aplicando, enquanto não for editada lei específica, as leis que regulamentam o direito de greve dos celetistas (Lei nº 7.701/88 e Lei nº 7.783/89). O STF determinou que a aplicação dessas leis não é adstrita à classe de trabalhadores representada pela autora da ação, mas sim a todos os servidores públicos em território nacional.

Outro exemplo ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 197.917/SP. A Corte estabeleceu interpretação sobre a quantidade de vereadores nos municípios, declarando a inconstitucionalidade da norma impugnada naquela ação. O TSE, diante do julgamento, editou resolução para dar efeitos *erga omnes* ao entendimento do STF acerca do número de vereadores nos municípios. A Resolução teve a constitucionalidade questionada por meio de ações diretas de inconstitucionalidade e as ações foram julgadas improcedentes sob o fundamento de que houve a concretização da força normativa da Constituição pela resolução do TSE. Desse modo, o STF possibilitou que uma decisão em controle difuso de constitucionalidade tenha efeitos *erga omnes* através de resolução do TSE.

Por tais motivos, ainda que o legislador não tenha expressamente atribuído efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, esse pensamento pode ser extraído de um sistema que, acima de tudo, busca a supremacia da Constituição.

Por fim, interessa trazer os apontamentos feitos por Pedroza. Para o jurista, a aplicação dessa teoria traz um importante fator: a sustentabilidade⁴², garantindo, em maior escala, a dignidade da pessoa humana:

⁴² Para o autor (2018, p. 149): “A dimensão social da sustentabilidade objetiva a construção de uma sociedade mais homogênea e melhor governada, com acesso à saúde e à educação, combatendo a discriminação e a exclusão social, de modo que seu conteúdo, além de intimamente associado à garantia dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana, também está consubstanciado num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria. A ideia por trás da dimensão social da sustentabilidade, então, é justamente a igualdade e a garantia de condições mínimas para que todos os indivíduos do planeta possam conviver com qualidade e respeito à dignidade humana, sem prejuízo de igual possibilidade para as futuras gerações.”

Portanto, para a efetivação da aludida dimensão da sustentabilidade mostra-se necessária a redução das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida da população. Isso pode ser feito através de proteção das garantias fundamentais e salvaguarda das conquistas sociais para cada indivíduo. Com efeito, a garantia de que cada indivíduo usufrua de um patrimônio jurídico básico, ou um mínimo existencial, composto do conjunto de direitos sem os quais lhe seria negada sua própria dignidade. Contudo, não basta a simples previsão constitucional para que estes direitos sejam adequadamente assegurados. No atual paradigma pós-positivista, a implementação desses direitos depende muito mais da postura hermenêutica do Poder Judiciário na implementação dessas garantias fundamentais e efetivação das conquistas sociais decorrentes das possibilidades semânticas da norma, do que de sua própria inserção na Constituição Federal ou em textos normativos. (PEDROZA, 2018, p. 149)

4.2 A PROBLEMÁTICA DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PAPEL DO SENADO (ART. 52, X, DA CF)

O papel dado ao Senado Federal, segundo o art. 52, X, da CRFB/88, é o de “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*”. Ainda que não haja menção expressa ao controle difuso, é consenso entre doutrina e jurisprudência que esse dispositivo se trata dessa espécie de controle. Primeiramente, porque o instituto foi criado em 1934, quando havia apenas a modalidade difusa de controle no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo lugar, porque é da natureza do próprio controle concentrado a eficácia vinculante e *erga omnes*, tornando inócua qualquer declaração do Legislativo nesse sentido.

O instituto buscou, à época, superar a ineficácia das declarações de inconstitucionalidade pela não implantação do sistema de *stare decisis* dos países do *common law*, possibilitando que o Senado desse efeitos gerais às declarações de inconstitucionalidade dadas em processos subjetivos. Como o Judiciário não poderia fazê-lo, à vista de um ideal rígido de separação de poderes, o Legislativo foi incumbido de tal função.

Tal incumbência, no entanto, nem sempre foi eficaz. A doutrina e a jurisprudência sempre entenderam se tratar de decisão política, não havendo obrigatoriedade de suspensão pelo Senado, mas tão somente discricionariedade. O teor político do exercício de tal função possibilita que o Senado se furte do exercício de sua competência e deixa à míngua, por conseguinte, o objetivo principal de proteção da Constituição. Ora, se há inconstitucionalidade reconhecida

pela Corte responsável pela guarda da Constituição, não deve tal declaração ser obrigatoriamente observada? Sobre o assunto, Gilmar Mendes profere as seguintes palavras:

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação. Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. (MENDES, 2018, p. 1235 e 1236)

Ademais, a competência de “suspender” dada pela Constituição denota efeitos apenas *ex nunc*, de modo que não há possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Como já visto, a modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade realizada pelos julgadores tem o papel de assegurar a segurança jurídica das relações constituídas pela lei declarada inconstitucional.

Outrossim, como elucida Pedroza (2018, p. 318), a comunicação ao Senado se limita à declaração de inconstitucionalidade da norma, sem possibilitar o emprego das demais técnicas de controle de constitucionalidade, a exemplo da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição⁴³.

Por fim, Patrícia Perrone Campos Mello sintetiza os seguintes fundamentos acerca da ineficiência do instituto:

a) a necessidade de suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Senado e a discricionariedade de sua decisão contrariam a teoria da nulidade da lei inconstitucional, amplamente consolidada no ordenamento brasileiro; b) a amplitude conferida ao controle abstrato de normas, inclusive com a extensão do rol de legitimados para sua provocação, e a possibilidade de suspensão cautelar da eficácia das leis e atos normativos, com efeitos vinculantes e gerais, contribuiu para esvaziar a justificativa do

⁴³ Ambas as técnicas de controle de constitucionalidade ocorrem quando há mais de duas interpretações possíveis para determinado dispositivo. Na declaração parcial de nulidade sem redução de texto, das várias possibilidades, o julgador estabelece aquela interpretação que é contrária a Constituição. No caso da interpretação conforme a Constituição, a Corte estabelece, dentre os vários sentidos dados à norma, aquele que está de acordo com a Constituição, excluindo qualquer interpretação contrária.

art. 52, X, CF; c) é contraditório admitir que, em sede concentrada, a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos *erga omnes*, e recusar-lhe a mesma eficácia, quando proferida na via incidental; d) a dispensa da reserva de plenário no sistema difuso, quando o pleno do STF já tiver manifestado sobre o tema constitucional (art. 481, parágrafo único, do CPC), por si só já confere às declarações de inconstitucionalidade produzidas pela Corte efeitos contra todos, em substituição à resolução do Senado; e) os amplos limites subjetivos das decisões proferidas em demandas coletivas, de igual modo, suprem a necessidade da mencionada resolução do Senado; f) a possibilidade de um relator, monocraticamente, negar seguimento ou dar provimento ao recurso, tendo em conta sua incompatibilidade ou compatibilidade com a jurisprudência dominante do STF (art. 557, caput e § 1º-A, CPC), constitui mais uma inovação que torna prescindível o art. 52, X, CF; g) a necessidade de uniformização célere e técnica da jurisprudência desaconselha que se dependa do Senado para conferir eficácia geral às decisões proferidas em sede difuso-incidental. (MELLO, 2016, p. 24)

4.3 CRÍTICAS E LIMITES À APLICAÇÃO DA TEORIA

De certo, em virtude da inovação trazida a partir da aplicação desse entendimento, muitos juristas advogam em sentido contrário à sua implementação. Dois são os argumentos comumente utilizados: a possibilidade de atribuir efeitos *erga omnes* em controle difuso já é dada ao Senado Federal pela Constituição e a súmula vinculante como instrumento à disposição do STF para dar efeitos *erga omnes* às suas decisões.

A abstrativização das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade exige uma revisão da interpretação dada ao art. 52, X, da CRFB. Para a doutrina que defende a aplicação dessa tese, o Senado, a partir desse dispositivo da Constituição, tem o papel de dar publicidade à decisão do STF, já que a eficácia *erga omnes* é efeito da própria decisão. Ocorre, portanto, o fenômeno da mutação constitucional, consistente na mudança da interpretação de certo dispositivo constitucional sem a alteração de sua redação; isto é, o texto permanece intacto, mas se altera a norma dele extraída.

Isso significa que as mudanças em uma Constituição não ocorrem somente mediante uma alteração formal do texto constitucional, mas também através de um processo de reinterpretação da Constituição, levando-se em consideração o contexto no qual a sociedade e o Direito se encontram. A respeito do assunto, importa trazer as considerações de Anna Candida da Cunha Ferraz:

As mudanças nas Constituições, observa o constitucionalista britânico [Karl Wheare], podem ocorrer de dois modos: em primeiro lugar, quando

surgem mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificações da Constituição, seja por emenda formal, seja por intermédio de uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou convenção de natureza constitucional. (FERRAZ, 2015, p. 7)

Aqueles que argumentam em sentido contrário à tese defendem que a mutação constitucional é inviável em virtude da redação do artigo, pois não há como se extrair do texto tal interpretação. De modo mais grave, argumentam, vilipendia a competência do Senado Federal, reduzindo seus poderes e violando, conseqüentemente, o princípio republicano da separação de poderes.

Uma parcela minoritária de juristas, a fim de superar o impasse, adota posição intermediária, como Hugo de Brito Machado (2006, p. 88-89) que argumenta que, não obstante a decisão do STF já produzir efeitos *erga omnes*, o Senado Federal tem a competência para tornar definitiva a declaração de inconstitucionalidade da norma, porquanto a decisão do STF ainda é passível de superação pela própria Corte (*overruling*). A respeito desse ponto, explica João Carlos Pedroza:

Isso porque na pronúncia de inconstitucionalidade em controle concentrado, em que o objeto das ações é única e exclusivamente a verificação da compatibilidade da norma do ordenamento jurídico, a decisão que acolhe o pleito é definitiva e irreversível. Já no controle difuso, em que a norma é declarada inconstitucional incidentalmente no processo, o entendimento apenas transcende os limites do caso concreto para que o precedente se universalize e seja seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário no julgamento de questões semelhantes. Essa modalidade de controle, todavia, não tem o condão de retirar a norma do ordenamento jurídico, que, nos moldes americanos permanece “dead law on the books”, o que possibilita a ocorrência de um eventual *overruling* da decisão futuramente.

A suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal teria o objetivo de retirar a norma do ordenamento jurídico, tornando irreversível a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, compatibilizando-se a prerrogativa senatorial com a atribuição de efeitos vinculantes à decisão proferida. (PEDROZA, 2018, p. 140)

Alguns juristas também argumentam que as súmulas vinculantes já suprem a necessidade de dar efeitos vinculantes e *erga omnes* a uma declaração incidental de controle de constitucionalidade. A abstrativização, portanto, tornaria, segundo os

mesmos, as súmulas vinculantes inócuas, pois os precedentes seriam uma maneira bem mais simples de vinculação da decisão.

Um fator importante que diferencia a súmula vinculante e o precedente judicial é a flexibilidade do segundo, que pode facilmente ser revisto e superado através do *overruling* e do *distinguish*. A súmula vinculante, por sua vez, precisa do quórum qualificado para que haja o seu cancelamento, o que dá maior rigidez ao instituto. Em adição, o precedente judicial dispensa a necessidade de multiplicidade de decisões exigida para a edição de uma súmula vinculante. Nesse sentido, aduz Rafael Macedo Coelho Luz Rocha:

No entanto, a possibilidade genérica de se editar uma Súmula Vinculante não exclui, numa primeira análise, a utilidade da abstrativização dos efeitos de decisão em controle incidental.

O primeiro e mais preponderante motivo é que para a edição de Súmulas Vinculantes são necessárias reiteradas decisões sobre um mesmo tema, sendo que, por vezes, a relevância e sensibilidade da matéria recomendam que uma decisão sobre ela tenha efeitos gerais e não meramente presos a um caso específico, ainda que não tenha havido reiterada discussão sobre o tema.

E neste campo se insere justamente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, fortalecendo o seu papel de corte constitucional, atribuir efeito erga omnes a decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade e que contenha entendimento sobre tema de relevância, independentemente de atendidos os requisitos para a edição de Súmula Vinculante, tornando desnecessária, portanto, a multiplicidade de discussões pretéritas sobre a matéria constitucional. (ROCHA, 2015, p. 97)

Portanto, cabe ao STF dar maior concretude, caso julgue necessário, a certo precedente judicial através da edição de súmula vinculante.

Embora não muito tratado pelos doutrinadores, para Luís Fernando Sgarbossa (2017, p. 94), outro fator limitador da aplicação da teoria é a opção pela legitimação restrita na ação concentrada de controle de constitucionalidade. O autor relata que durante a Assembleia Constituinte para a edição da vigente Constituição foi discutida a possibilidade da legitimação ampla para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive a legitimidade popular, o que não foi aceito. A Constituição de 1988 optou pela legitimação restrita com um rol taxativo no art. 103:

Do sistema constitucional estatuído em 1988 e emendado em 1993 e em 2004, entre outras oportunidades, resta claro que as decisões que detêm efeitos gerais e vinculantes são aquelas proferidas pelo STF em sede de controle abstrato ou, nos dizeres constitucionais, por ocasião do julgamento das ADIs e ADECONs (BRASIL, 1988, art. 102 § 2º).

A admissão de que todas as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, inclusive em sede de controle concreto ou incidental, ostentariam tais amplos efeitos parece não se compatibilizar com o sistema de legitimação restrita, inequivocamente adotado pela Constituição Federal vigente, ferindo, novamente, a literalidade de dispositivos como o § 2º do artigo 102, que condiciona indubitavelmente eficácia geral a decisões definitivas de mérito proferidas em sede de controle abstrato. (SGARBOSSA, 2017, p. 94)

Com a devida vênia, essa não parece ter sido a intenção do constituinte. A legitimação restrita buscou limitar o número de ações de controle concentrado de constitucionalidade, que possuem competência originária do STF; do contrário, a demanda de ações na Corte seria enorme. Assegurou-se, no entanto, a participação popular através, por exemplo, de audiências públicas e da participação do *amicus curiae*. Sendo assim, não há como afirmar que o legislador buscou impedir que outras ações julgadas pelo STF tenham eficácia que ultrapasse os limites subjetivos da demanda.

4.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.4.1 Reclamação Constitucional 4335/AC

No julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC, esse tema foi finalmente debatido entre os Ministros do Supremo Tribunal, visto que a discussão influenciava diretamente na procedência da demanda.

A reclamação constitucional é uma ação autônoma prevista, no caso da competência do STF, no art. 102, I, a, da CRFB/88⁴⁴, que objetiva a observância das decisões do Tribunal. Por isso, o cabimento da reclamação pressupõe a vinculação da decisão da Corte.

A Defensoria Pública do Estado do Acre ajuizou reclamação constitucional em face de decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio Branco/AC. A decisão indeferiu o pedido de progressão do regime fechado para o semiaberto com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90⁴⁵ (Lei dos Crimes

⁴⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

⁴⁵ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Hediondos), o qual determina que o cumprimento da pena, nesses casos, deve ser integralmente em regime fechado.

A DPE/AC alegou que o juiz desrespeitou a decisão emanada pela Corte no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, onde foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

O magistrado reconheceu, na decisão, a declaração de inconstitucionalidade pelo plenário do STF. Argumentou, no entanto, que tal decisão possui efeitos restritos às partes, o que o possibilitava adotar entendimento em sentido contrário, reconhecendo a constitucionalidade da norma e aplicando-a no caso em discussão.

A reclamação teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes que, à época, já era um dos principais defensores da abstrativização das decisões do STF. O debate recaiu majoritariamente no papel do Senado Federal estipulado no art. 52, X, da CRFB/88. O Ministro explicou acerca da construção histórica da competência do Senado:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. (BRASIL, 2014, p. 27)

O Ministro explicou também a limitação que o Senado tem para suspender a eficácia da norma, porquanto não pode exceder os parâmetros estipulados pelo STF em sua decisão:

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2014, p. 25)

Por tais motivos, considerando que a competência do Senado não mais possui escopo no ordenamento jurídico contemporâneo, o Ministro defendeu a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. O Ministro esclareceu que há muitos anos há a tentativa, pelos mais diversos juristas nacionais, de dar ao dispositivo interpretação que possibilite que a decisão do STF tenha efeitos *erga omnes*; o que sempre foi, até então, uma posição minoritária.

Ademais, o Ministro argumentou que a interpretação de que é o Senado Federal que dará efeitos *erga omnes* à decisão viola a consagrada teoria da nulidade da norma inconstitucional reconhecida pelo Direito pátrio oriunda do Direito estadunidense. Isso porque a resolução do Senado é, como interpreta a doutrina e jurisprudência, apta a gerar efeitos apenas a partir de sua publicação, mantendo as relações jurídicas até então constituídas a partir daquela norma constitucional. A teoria da nulidade da norma inconstitucional, de modo contrário, reconhece que a inconstitucionalidade vem de sua origem, fazendo com que as decisões em controle concentrado e controle difuso possuam efeitos, em regra, *ex tunc*.

Em adição, a ideia de nulidade advém de uma análise jurídica da norma. Condicionar a eficácia *erga omnes* a um órgão político é disposição contrária a essa ideia. Quando o órgão jurisdicional, por exemplo, modula os efeitos da decisão, não contraria a teoria da nulidade, apenas flexibiliza os efeitos à luz da segurança jurídica, mas o faz não por discricionariedade, não por vontade política, mas por fundamentos jurídicos.

O Ministro Eros Grau, em seu voto, seguiu o Ministro Gilmar Mendes alegando, ao diferenciar o processo legislativo (de produção do texto) e o processo interpretativo (de extração da norma), que o reconhecimento da mutação constitucional é adequado ao sistema jurídico brasileiro. Ao explanar acerca do processo de interpretação da norma constitucional e consequente mutação constitucional, o Ministro aduziu o seguinte

:

Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto,

reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. (BRASIL, 2014, p.74)

O Ministro Sepúlveda Pertence, em sentido contrário, alegou que o reconhecimento da mutação constitucional pelo próprio poder que terá sua competência ampliada é perigoso. Alegou ainda que o instituto da Súmula Vinculante já viabiliza os efeitos *erga omnes* sem a anuência do Senado.

Em sentido semelhante foi também o voto do Ministro Joaquim Barbosa, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Ricardo Lewandowski. O primeiro declarou o seguinte:

Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso, de mutação constitucional. Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva "désuetude" do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2). (BRASIL, 2014, p. 99)

O julgamento durou vários anos e, nesse período, foi editada a Súmula Vinculante nº 26⁴⁶ que trata justamente da matéria discutida no julgamento da reclamação. A súmula reconhece a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90.

Desse modo, os ministros que votaram após a edição da SV nº 26, conheceram e deram provimento à ação com base nessa súmula e não na eficácia *erga omnes* e vinculantes das decisões de inconstitucionalidade em controle difuso emanadas do STF. São eles os Ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Melo. Ainda assim, esses Ministros se manifestaram contrariamente à mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88.

⁴⁶ Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 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.

Na visão sustentada por este manuscrito, a súmula vinculante superveniente e a consequente perda de essencialidade da discussão para o julgamento do caso impediu o aprofundamento da análise da tese pelos Ministros que se manifestaram após a edição da súmula. De todo modo, para que houvesse a aplicação da tese e a mutação constitucional do dispositivo ora discutido, a Corte deveria ter se manifestado favoravelmente em sua maioria, o que não ocorreu.

4.4.2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e nº 3.470/RJ

A Confederação Nacional de Trabalhadores da Indústria ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei 3.579, de 07 de junho de 2001, do Estado do Rio de Janeiro. A lei dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham amianto.

A autora da ação sustentou a inconstitucionalidade material da norma por proibir sem justificção plausível a fabricação, o comércio e a extração de qualquer espécie de amianto, afrontando o princípio da proporcionalidade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB/88), além do princípio da livre concorrência (art. 170, *caput*, II, IV e parágrafo único, da CRFB/88) e o direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput*, XXII e LIV, da CRFB/88).

Alegou também haver inconstitucionalidade formal da norma ao versar sobre matéria de competência exclusiva da União, legislando sobre direito do trabalho, direito comercial e recursos minerais (arts. 1º; 22, I e XII; 24; e 25, § 1º; todos da CRFB/88).

Em adição, é competência concorrente da União e dos Estados a legislação sobre produção e consumo, conforme o art. 24, V, da CRFB/88⁴⁷. Nesses casos, conforme os §§ 1º a 4º desse artigo⁴⁸, cabe à União legislar sobre normas gerais e aos Estados é reservada a competência suplementar; os Estados somente possuem competência plena caso a União seja omissa em legislar as regras gerais. Para o autor, a lei tratou de normas gerais sobre produção e consumo do amianto,

⁴⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V - produção e consumo.

⁴⁸ Art. 24. [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

que já foram disciplinadas pela Lei Federal nº 9.055/95, resultando em inconstitucionalidade formal.

A Ministra Rosa Weber foi a Relatora do caso e iniciou seu voto lembrando o julgamento de várias ações diretas de inconstitucionalidade levadas ao STF sobre leis que se vinculam à mesma matéria.

Na ADI 2.396/MS, julgada em 2001, se questionou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 2.210/01 do Estado do Mato Grosso do Sul, que versava sobre restrições à exploração econômica do amianto na construção civil daquele estado. Na época, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade formal da norma ao exceder os limites da competência concorrente dados ao Estado-membro. Assim como na ADI 2.656/SP, julgada em 2003, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade formal de lei do Estado de São Paulo que disciplinava as proibições da extração e comercialização do amianto.

Após algum tempo, em 2008, no julgamento da medida cautelar referente à ADI 3.937/SP, que questionava outra lei do Estado de São Paulo que versava sobre essa matéria, o plenário negou o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia norma, ensejando em *overruling*⁴⁹ da jurisprudência acima listada. Isto é, a corte não mais considerou a inconstitucionalidade formal da norma. Nesse diapasão, foi trazida à Corte a discussão sobre a constitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/99.

A Lei 9.055/99 traz proibições para a extração, industrialização e comercialização do amianto. O art. 2º elenca, no entanto, uma exceção, ao possibilitar a extração e comercialização do amianto da variedade crisotila (abesto branco) desde que observadas as diretrizes legais.

A constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95 foi discutida pela via direta na ADI 4.066, sem que houvesse, no entanto, declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. O impasse ocorreu em virtude da ausência de voto de seis ministros em determinado sentido (conforme estipula o art. 23 da Lei 9.868/99), pois havia ministros impedidos que não participaram do julgamento.

⁴⁹ A expressão advém do Direito Norte-americano e consiste na mudança do entendimento da Corte acerca de certa matéria. Ocorre quando um tribunal tem reiteradas decisões em dado sentido, mas em determinado momento adota posicionamento contrário aos anteriores. Diante da dinamicidade do Direito e da sociedade, o *overruling* se apresenta como um impedimento à fossilização da jurisprudência, possibilitando que os tribunais adequem os seus julgados à realidade social contemporânea.

A ADI 3.937, por sua vez, em que se questionou a constitucionalidade da Lei 12.684/07 do Estado de São Paulo, Lei que versava sobre limitações à comercialização do amianto, foi julgada improcedente; em sentido contrário, se reconheceu a constitucionalidade da norma. Ademais, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95.

A controvérsia presente nessas ações, envolvendo também a discussão da Lei 9.055/95, é que as leis estaduais e a Lei Federal disciplinam a mesma matéria, havendo contradição em alguns pontos dessas leis. Discutia-se, portanto, no âmbito da competência concorrente do art. 24, V, VI, XII e § 1º da CRFB/88, quem é o ente competente para disciplinar esse assunto.

Na análise da alegada inconstitucionalidade formal da Lei 3.579/01 do Estado do Rio de Janeiro, Lei objeto da ação aqui analisada, a Ministra enfatiza a divisão que a Constituição faz no que tange à competência concorrente: cabe à União legislar sobre normas gerais e cabe aos Estados legislarem acerca de normas especiais. A dificuldade reside, em muitos casos, na delimitação do que é matéria geral e do que é matéria especial, qual a linha que as divide.

Ao fim, a Ministra Rosa Weber votou pela constitucionalidade formal e material da Lei 3.579/01, reconhecendo que o Estado do Rio de Janeiro não excedeu a competência suplementar dada pelo art. 24, § 2º, da CRFB/88. Também votou, pela via incidental, na inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/99 em virtude de sua proteção insuficiente em face dos arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CRFB/88.

Após o voto, o Ministro Gilmar Mendes indagou à Corte a necessidade de uniformização da decisão incidental para todos os Estados. Segundo o Ministro, a decisão apenas no âmbito do Rio de Janeiro tornaria o art. 2º da Lei 9.055/99 inconstitucional apenas naquele estado, criando uma situação não isonômica. Aduziu também que o assunto já foi julgado várias vezes pela Corte e continuará a ser caso não sejam dados efeitos *erga omnes* à decisão.

O Ministro bem frisou como a Corte já adotou posicionamentos de modo a abranger os efeitos das decisões para as demais lides, como no controle de constitucionalidade de municípios, quando decisões específicas foram abrangidas a todos os municípios com leis semelhantes:

E na prática já estamos um pouco fazendo isso, até indo além. Se olharmos o que fazemos hoje no controle de lei municipal, Presidente, vamos ver que há decisões de todos os Ministros, em dado momento, em que aquilo que se assentou sobre IPTU progressivo, sobre taxa de iluminação pública em relação a um dado município, projetamos para o outro, embora sejam leis diferentes. E não temos outra alternativa. Do contrário, teríamos que, em alguns caso, ter aqui 5.600... [ações]. (BRASIL, 2017, p. 67)

Os Ministros entraram em debate acerca da solução jurídica para o caso. O Ministro Gilmar Mendes reforçou ainda a valorização dos precedentes trazida pelo CPC/15, em especial no art. 927. O Ministro Edson Fachin trouxe à tona também o art. 535, § 5º, do CPC, que dá efeitos abstratos às decisões de inconstitucionalidade de lei que reconheçam obrigações em títulos executivos judiciais, sejam em controle concentrado, sejam em controle difuso.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, lembrou que na discussão da Emenda Constitucional nº 45, responsável por uma grande reforma no Poder Judiciário, os parlamentares discutiram acerca da supressão do art. 52, X, da CRFB/88 para possibilitar que o STF exerça a competência para a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso. A proposta, no entanto, não foi aceita, optando o legislador pela manutenção da sua competência; o art. 52, X, da CRFB/88 foi mantido e sua redação permaneceu intacta. O Poder Legislativo, objetivando possibilitar que o STF firme teses com efeitos *erga omnes*, optou por introduzir no ordenamento jurídico pátrio a súmula vinculante. De todo modo, o Ministro Alexandre de Moraes não declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º da Lei 9.055/99

O Ministro Edson Fachin votou pela inconstitucionalidade incidental do art. 2º da Lei 9.055/99, defendendo a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão, fazendo com que a declaração incidental de inconstitucionalidade valesse para todo o território nacional. O Ministro foi ainda mais à fundo ao alegar que como foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma que continha uma permissão, qualquer legislação estadual que tivesse conteúdo permissivo também deveria ser considerada inconstitucional. Parece tratar-se da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois, segundo os Ministros, os fundamentos que levaram a Corte a declarar a inconstitucionalidade de uma norma federal devem também ser expandidos para reconhecer a inconstitucionalidade de quaisquer normas estaduais que contenham dispositivos no mesmo sentido.

Reitero, nesse momento, quanto às consequências dessa apreciação e naquilo que levou às preocupações do Ministro Alexandre de Moraes a estimular esse diálogo que acabamos de aqui verificar e travar, entendo que, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão na ADI nº 3.937, declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055. E esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caíamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E esta afirmação não me parece que incida em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que forem ou são permissivas, dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º, são também inconstitucionais. (BRASIL, 2017, p. 86 e 87)

O Ministro Marcos Aurélio foi o principal opositor à atribuição de eficácia *erga omnes*. Para o Ministro, o impedimento à adoção desse entendimento não consiste na literalidade do art. 52, X, CF/88, mas sim a partir do respeito ao Congresso Nacional como representante do povo e ao princípio da divisão entre os Poderes:

Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não interpreto literalmente, gramaticalmente, o que se contém no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, mesmo porque a interpretação gramatical é a que mais seduz, é aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial. Entendo o inciso X do art. 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado, ao prever – e em bom vernáculo – competir ao Senado não simplesmente publicar a decisão tomada pelo Supremo, mas ao Plenário. (BRASIL, 2017, p. 123)

Os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello e Carmén Lúcia seguiram o voto do Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Roberto Barroso estava impedido e o Ministro Ricardo Lewandowski, justificadamente, ausente.

A decisão final foi publicada nos seguintes termos: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/99, com efeito vinculante e *erga omnes*.”

De fato, os efeitos *erga omnes* foram atribuídos a uma declaração incidental de constitucionalidade assim como no controle concentrado pela via direta. Frise-se que a decisão foi proferida em sede de controle concentrado, ainda que de maneira incidental. No entanto, pelos votos dos Ministros, ficou claro que tal

entendimento poderá ser aplicado quando a declaração incidental ocorrer em controle difuso de constitucionalidade.

A Corte, no entanto, não estipulou as diretrizes para a aplicação da tese. Por isso, não se trata de efeito automático para qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade, mas, por agora, tal entendimento parece ser adotado em questões específicas em que o STF julgue ser necessária a atribuição de efeitos *erga omnes* a determinadas decisões.

Observa-se que para a atribuição de efeitos *erga omnes* a Corte entendeu ser necessário o quórum de maioria absoluta dos membros, assim como na declaração em controle concentrado pela via direta de constitucionalidade, o que foi possível por se tratar de uma ADI julgada pelo plenário. No entanto, como já abordado neste trabalho, o controle difuso de constitucionalidade é comumente julgado pelas turmas do STF, e não pelo plenário; a Corte já se manifestou no sentido de que não é necessária a observância da cláusula de reserva de plenário pelo STF. Dada a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes*, resta saber se a Corte manterá esse precedente.

Note-se ainda que a Ministra Rosa Weber, Relatora, votou pela declaração incidental de inconstitucionalidade, mas não trouxe ao plenário a discussão sobre a atribuição de efeitos *erga omnes* e acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88; a discussão somente foi trazida pelo Ministro Gilmar Mendes, após a leitura do voto da Relatora. Por isso, a Ministra não se manifestou, em seu voto, sobre a matéria, o que o fez posteriormente. Tal fato trouxe uma dificuldade para o debate, porquanto nem todos os Ministros se manifestaram claramente acerca de todos os pontos que permeiam a adoção desse entendimento.

O Ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, esclareceu que não se manifestou acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, pois não foi trazida como questão de ordem. Mesmo alguns dos ministros que votaram pela declaração incidental de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não se manifestaram expressamente acerca da mutação constitucional.

Ainda que, para muitos, a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 seja uma consequência lógica da aplicação da tese, tratando-se de um tema complexo envolvendo a competência de outro Poder, parece mais apropriado esperar que a Corte discuta diretamente o tema para se chegar a uma resposta acerca da ocorrência da mutação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou a discussão dos aspectos que permeiam a aplicação da abstrativização das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Para tanto, traçou-se uma linha histórica acerca do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, analisando as características que diferenciam o controle difuso incidental e o controle concentrado abstrato, principalmente no que tange aos seus efeitos.

As decisões em controle concentrado de constitucionalidade possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes. *Erga omnes* porque possuem eficácia contra todos, e não somente em relação às partes no processo. Os efeitos são vinculantes porque o julgamento da constitucionalidade de determinada norma precisa ser observado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, que também a declarará nos processos sob seu julgamento.

No controle difuso, por sua vez, a eficácia sempre esteve adstrita às partes. Quando essa modalidade de controle foi inserida em nosso ordenamento jurídico, em 1891, não se podia conceber que uma decisão do Judiciário pudesse interferir na vontade de legislar do Legislativo. Posteriormente, deu-se ao Legislativo, por intermédio do Senado Federal, a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes*.

No entanto, alguns novos paradigmas foram trazidos a partir do neoconstitucionalismo, a exemplo da maior preocupação com a força normativa da Constituição, cuja função de proteção é dada especialmente ao Poder Judiciário.

No mesmo sentido, a jurisprudência veio ganhando cada vez mais importância no ordenamento jurídico pátrio, seguindo a tendência de aproximação dos países de tradição do *civil law* com aqueles de tradição do *common law*.

A Emenda Constitucional nº 45, por exemplo, trouxe dois importantes institutos: a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário. A súmula vinculante possibilita que o STF edite enunciados a serem obrigatoriamente seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, garantindo ampla eficácia à tese elaborada pela Corte. Já a repercussão geral no recurso extraordinário reforçou o caráter transcendente das decisões emanada em sede de recurso extraordinário, visto que a repercussão geral é pressuposto de admissibilidade do recurso.

Ademais, o Novo Código Civil trouxe uma sistemática de valoração dos precedentes judiciais, determinando, no art. 927, sua vinculação pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores. Embora não haja menção expressa nesse artigo acerca do controle difuso, é certo que, tendo em vista o rol não taxativo do dispositivo, a vinculação advém da sistemática de precedentes trazida pelo NCPC.

Feitas essas considerações, percebe-se que a aplicação desse entendimento possui respaldo jurídico na atualidade. A eficácia *erga omnes* busca, sobretudo, a isonomia, possibilitando que uma norma declarada inconstitucional assim seja reconhecida para todos, e não somente àqueles que são parte no processo. Em adição, cria-se segurança jurídica, à medida que impossibilita decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário. Também garante maior economia processual, ao evitar que o Judiciário se ocupe do julgamento de demandas cujas teses a serem aplicadas já foram previamente decididas pelo STF, Corte incumbida de estabelecer a interpretação do Direito Constitucional.

Outro ponto importante trazido foi a problemática do tradicional papel dado ao Senado no controle difuso de constitucionalidade, dado pelo art. 52, X, da CRFB/88. Isso porque não parece encontrar consonância com o ordenamento jurídico, que adota a teoria da nulidade da lei inconstitucional, a ideia de que a atribuição de eficácia *erga omnes* é dada através de uma decisão política e, portanto, discricionária.

Esse papel é, no entanto, um dos argumentos contrários à aplicação da tese, pois a redação do dispositivo constitucional parece ser bem clara ao atribuir ao Senado Federal a competência para conceder efeitos *erga omnes* às decisões incidentais de controle de constitucionalidade, de modo que, para alguns, é inviável a mutação constitucional desse artigo. Argumenta-se também que a súmula vinculante já possibilita ao STF a atribuição de efeitos contra todos e vinculantes as suas decisões.

O STF debateu a aplicação desse entendimento em dois momentos recentes: no julgamento da Reclamação 4335 e das ADIs 3406 e 3470. Quando da discussão da primeira Ação, uma boa parte dos Ministros se opôs à aplicação desse entendimento. O voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, defensor da aplicação da tese, foi minoritário.

Após, no julgamento das ADIs, quando se questionou a constitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro, a Corte declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 2º da Lei Federal 9.099/99. Nesse momento, foi trazida a discussão para que a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma valesse não só para o Rio de Janeiro, mas para todos os demais Estados, a fim de garantir a isonomia.

Findo o julgamento, os Ministros, em sua maioria, determinaram que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, do art. 2º da Lei Federal 9.099/99 terá eficácia *erga omnes* (contra todos). Efeito equiparado ao ocorrido no controle concentrado pela via direta.

Ainda que de maneira incidental, o controle foi realizado em ação de controle concentrado. Por isso, nesse caso, não ocorreu a abstrativização de uma decisão em controle difuso. No entanto, pelos argumentos trazidos pelos Ministros, e tendo em vista que o controle incidental ocorre majoritariamente em controle difuso de constitucionalidade, é certo que o entendimento da Corte também será aplicado nesses casos.

Os Ministros não estipularam que a eficácia *erga omnes* é um efeito automático da decisão de declaração incidental de controle de constitucionalidade. De modo que, para que haja a aplicação dessa teoria, é necessário que a corte se manifeste expressamente a respeito.

Em adição, a Corte considerou necessária a observância do quórum de maioria absoluta para a declaração, estipulado pela Lei das ações do controle concentrado. No entanto, no que tange ao recurso extraordinário, onde ocorre a maior parte das declarações incidentais de constitucionalidade, o STF possui o entendimento de que não é necessária a observância da cláusula de reserva de plenário. Resta saber, portanto, se a Corte manterá, diante da possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes*, esse entendimento.

Por fim, embora alguns Ministros tenham se manifestado em seus votos, o STF não sedimentou o entendimento acerca do papel do Senado e não reconheceu expressamente a mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB. Embora possa parecer que decorra de uma consequência lógica da adoção dessa tese, é necessário que a Corte estipule expressamente, caso haja mutação constitucional, qual é o papel do Senado dado pelo art. 52, X, CRFB/88.

6 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. **Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 dez. 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Lei. nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.470**. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 04 dez. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na sentença estrangeira n. 5.206-7**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 dez. 2001. Portal do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 4. ed. ampliada, atualizada e integralmente revista. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yves Flávio da Costa. Efeitos vinculantes e “erga omnes” em declaração incidental de inconstitucionalidade: mutação constitucional do art. 52, X da Constituição?. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 107-125, maio de 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 175, 2015.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de transformação da Constituição**. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2012.

LEMONS, Vinícius Silva. A Repercussão Geral no Novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em repercussão geral pelo STF. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e o pagamento de precatórios. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 41, ago. 2006.

MARINONI, Luís Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 9. ed revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

RUI Barbosa: biografia. **Academia Brasileira de Letras**, Rio de Janeiro, [2015]. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/biografia>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

PEDROZA, João Carlos Castanheira. **Jurisdição Constitucional Sustentável**: a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no controle difuso de constitucionalidade de normas. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, SC, 2018.

ROCHA, Rafael Macedo Coelho. **O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, BA, 2015.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas reflexões críticas sobre a tese da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 75, p. 79-104, abr. 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 47. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Sylvia Amorim; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **A Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade** – atual tendência do STF. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Católica de Salvador. Salvador, BA, 2019.