

OS EFEITOS VINCULANTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

FÁBIO VITÓRIO MATTIELLO

Juiz Federal

RESUMO: Aborda o controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, a fim de saber se as decisões nele proferidas comportam a atribuição de efeitos vinculantes. Investiga os mecanismo que outorgam efeitos vinculantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal no controle difuso de constitucionalidade. Examina o papel do Senado nesse contexto, seu valor histórico e atual, bem como a função das Súmulas Vinculantes. Trata da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes da Decisão, seus antecedentes, suas justificativas e as dificuldades de sua operacionalização.

PALAVRAS-CHAVE: Controle difuso de Constitucionalidade – Efeitos Vinculantes – Senado Federal – Súmula Vinculante – Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes

ABSTRACT: Addresses the diffuse control of constitutionality of laws under Brazilian law, in order to know whether the decisions made there include the assignment of binding effects. Investigates how the control of constitutionality was treated in the Brazilian constitutions, and verify the binding mechanism to give effect to decisions made by the Brazilian Supreme Court in diffuse control of constitutionality. Examines the role of the Senate in that context, its historical and current, and the function of binding overviews. This Transcendent of the Effectiveness of the decision's holding, their background, their reasons and difficulties in its operationalization.

KEYWORDS: Diffuse control of constitutionality - Effects binding - Senate - Summary binding - Transcendent Effectiveness of the decision's holding

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL. 1.1 O controle de constitucionalidade nas Constituições Republicanas Brasileiras. 1.2 O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. 1.3 O controle difuso de constitucionalidade 1.4 O Controle concentrado de constitucionalidade. 2 OS EFEITOS VINCULANTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL. 2.1 A suspensão da efi-

cácia pelo Senado (art. 52, inciso X, da CF) 2.2 A Súmula Vinculante. 2.3 A vinculação pela Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes da Decisão (*Ratio Decidendi* ou *Holding*). 2.3.1 Antecedentes históricos. 2.3.4 Efeito Vinculante e Eficácia Contra Todos (*erga omnes*). 2.3.3 A aproximação entre os sistemas difuso e abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil. 2.3.4 A dispersão de votos e a congruência entre as súmulas e os julgados em que se fundam. CONCLUSÕES. OBRAS CONSULTADAS.

O tema da eficácia da jurisdição constitucional esteve sempre presente na obra de Teori Albino Zavascki, seja como professor, seja como jurisconsulto, seja como Magistrado. Ofereço esse artigo (que é fruto de minha pós graduação na URI – Universidade Regional Integrada, campus de Santo Ângelo) em sua homenagem.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, a fim de saber se as decisões nele proferidas comportam a atribuição de efeitos vinculantes. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público está diretamente vinculado ao princípio da supremacia da Constituição. O pressuposto necessário da interpretação constitucional é o da supremacia da Constituição sobre todos os demais atos normativos.

O sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público nasceu de um problema político a ser solucionado nos Estados Unidos da América. O famoso caso, decidido por *Marshal*, foi o precursor do que hoje se entende por controle de constitucionalidade das leis. O sistema americano de controle de constitucionalidade é, essencialmente, o difuso. No entanto, declarada a inconstitucionalidade da lei pela Suprema Corte, ela vincula a todos os órgãos judiciários. É o conhecido princípio do *stare decisis*.

Na Alemanha, desde a criação do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão) pela Lei Fundamental de Bonn (1949) o controle que existe é o concentrado de constitucionalidade, baseado no

modelo de Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920. Esse modelo é seguido, também, na Itália, onde os juízes de primeiro grau não podem exercer o controle da constitucionalidade das leis.

No Brasil convivem dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. No controle concentrado são amplamente aceitos a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, no controle difuso, a recusa a efeitos vinculantes é bastante expressiva, não obstante a existência da fórmula histórica da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado da República e da recente adoção da chamada súmula vinculante. Além dessas duas fórmulas expressas no Texto Constitucional, será examinada uma nova possibilidade que a jurisprudência do Supremo Tribunal tem aventado: a equiparação dos efeitos vinculantes das decisões do controle abstrato ao controle difuso, tema bastante atual, que envolve a vinculação das Cortes inferiores à chamada *eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão*.

O trabalho é dividido em dois capítulos. No primeiro se investiga como o controle de constitucionalidade foi tratado em cada uma das Constituições Republicanas, até o advento da atual Carta Magna, onde se explica, resumidamente, o funcionamento dos controles de constitucionalidade que convivem no Brasil: o difuso e o abstrato.

O segundo capítulo é dedicado ao enfrentamento do problema dos efeitos vinculantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. O capítulo é dividido em três partes, sendo a primeira delas dedicada ao exame do papel do Senado Federal no controle, sua importância histórica e atual. Na segunda parte, examina-se a chamada súmula vinculante, cuja autorização para edição de verbetes está expressa na Constituição Federal. Finalmente, parte-se para o exame da nova possibilidade que tem ocupado a jurisprudência da Corte Suprema: a chamada *eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão*. Nesse particular, o estudo contemplará os antecedentes históricos, o conceito de efeito vinculante, a aproximação entre os dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade e o problema da dispersão de votos nos acórdãos, que dificulta a identificação do *holding* (ou *ratio decidendi*) do julgado.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

O Brasil não conheceu verdadeiro controle de constitucionalidade das leis no período do Império (1824 a 1889). A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema que se assemelhe aos modelos de fiscalização de constitucionalidade atuais. O Parlamento era soberano, já que além de fazer as leis, tinha poderes para interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las e, ainda, velar pela guarda da Constituição (art. 15, n. 8 e 9).¹ Nesse período, a função de equilíbrio entre os Poderes ficava a cargo do Poder Moderador (art. 98), o qual tinha poderes para suspender os magistrados (art. 101 da Constituição do Império).

Com a promulgação da República, em 1889, o Governo Provisório convidou Rui Barbosa para redigir um projeto do que viria a ser a nova Ordem Normativa. Como Rui sabia que o modelo de então era incompatível com os valores republicanos, buscou, na fórmula americana, que a essas alturas já tinha quase cem anos de tradição, a inspiração para o controle de constitucionalidade dos atos normativos².

A Constituição do Império não dotou o Poder Judiciário do poder de anular as leis incompatíveis com a Constituição. O Brasil teve de esperar o nascimento da República para a incorporação desse valor às Constituições. Todavia, embora tenha conhecido tardiamente esse poder, observa-se, nas várias Constituições Republicanas, uma crescente ampliação desse controle, com exceção da Carta de 1937. As maiores inovações, contudo, vieram com o advento da Constituição de 1988 (e de suas Emendas), quando se observa uma ampliação nunca vista antes nos meios de fiscalização da constitucionalidade das leis, seja no controle difuso (realizado por todos os Juizes e Tribunais), seja no concentrado (aos cuidados do Supremo Tribunal Federal).

1 MENDES, Gilmar Ferreira, Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 169.

2 MARMELESTEIN, George. Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil. Disponível em Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marburyvs-madison-brasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

1.1 O controle de constitucionalidade nas Constituições Republicanas Brasileiras

O Brasil conheceu, inicialmente, o controle difuso de constitucionalidade das leis, copiado do modelo americano. O modelo foi consagrado no § 10º do art. 13 da Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Ao estabelecer que o poder dos juízes ficaria vinculado aos “casos ocorrentes” fica claro que se trata de exame de constitucionalidade concreto, no bojo de uma ação judicial.

A Constituição de 1934 manteve o sistema difuso de controle de constitucionalidade, mas agregou a regra de que os Tribunais dependeriam de reserva de Plenário para declararem a inconstitucionalidade das leis. Ainda, estabeleceu a competência do Senado para suspender a execução do texto normativo objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, agregando efeitos *erga omnes* às suas decisões (art. 91, inciso IV, e art. 96 da CF de 1934). Todavia, observa Mendes (1990, pág. 176) que, talvez a mais fecunda e inovadora alteração produzida por essa Máxima Carta tenha sido a introdução da ação específica de declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, a chamada representação interventiva, instituto no qual o autor enxerga a gênese do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

A Carta Constitucional do Estado Novo (1937) representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Apesar de manter o sistema difuso, o princípio da reserva de plenário, introduziu uma modalidade de revisão das decisões de inconstitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo (art. 96, parágrafo único). Também foi excluída a possibilidade do Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo e, tampouco, dava atribuição ao

Procurador-Geral da República para a defesa dos chamados princípios constitucionais sensíveis.³

A Constituição de 1946 restaura a tradição do controle judicial, pois manteve a competência para o Supremo julgar as questões constitucionais em grau recursal, preservou o princípio da reserva de plenário e manteve a atribuição do Senado para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Segundo Mendes,⁴ a Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, via representação interventiva, ação constitucional em que o Supremo aceitou a tese de que estava julgando a lei em tese (Representação Interventiva nº 94, de 1947).

A Emenda Constitucional nº 16/65 instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Consagrou, também a possibilidade dos Tribunais de Justiça declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato Municipal em conflito com a Constituição do Estado.⁵

A Constituição de 1967/1969 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve o controle difuso e o abstrato, no modelo da EC 16/65; a representação interventiva foi ampliada para assegurar, também, a execução da lei federal, além da preservação dos princípios constitucionais sensíveis. A Emenda 1/69 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3º, d).⁶ A Emenda 7/77 introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, e), para fixar a imediata exegese da lei.

3 MENDES, Gilmar Ferreira, Controle.... p. 179 e 181.

4 Idem, p. 182

5 Idem, p. 192

6 Ibidem, p. 192

1.2 O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações profundas no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve o sistema difuso (art. 97; art. 102, inciso III, alíneas “a” e “c”; art. 105, inciso II, alíneas “a” e “b”) e a possibilidade do Senado da República suspender a execução da lei federal (art. 52, inciso X). A novidade veio no sistema abstrato de controle, que quase se transformou numa ação popular de inconstitucionalidade. De fato, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da CF), foi criada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) a fim de tornar efetiva norma constitucional. Criou-se, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Parágrafo Único do art. 102 do Texto original da CF 1988). Surgiu, também, um defensor do texto legal impugnado nas ações diretas de inconstitucionalidade: a Advocacia-Geral da União, criada pela Constituição de 1988 (art. 103, § 3º).

A ampliação do leque de legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103), todavia, é que provocou significativa mudança no sistema de controle brasileiro. Até 1988, apenas o Procurador-Geral da República era legitimado a provocar a jurisdição constitucional por via de ação no Supremo Tribunal Federal. Isso ensejou profundos debates doutrinários sobre a natureza desse poder do Procurador-Geral, se vinculado ou discricionário. Prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, a tese de que o Procurador tinha o poder de decidir se e quando ofereceria a representação para aferição da constitucionalidade da lei.⁷ O Constituinte de 1988 identificou esse poder como abusivo e ofereceu como resposta a ampliação o leque dos legitimados à propositura das ações diretas.

Essa ampliação dos legitimados mudou o panorama de fiscalização de controle da constitucionalidade das leis brasileiro. Se até a Constituição de 1988, o Procurador-Geral da República no monopólio da ação direta não provocou alteração profunda no sistema de controle difuso,

7 MENDES, Gilmar. Controle... p. 74

a partir daí, as principais controvérsias constitucionais passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante controle abstrato de normas. A conclusão a que chega Mendes (2009, 86 e 87) é que tal medida acabou por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade porque transformou o controle abstrato no principal meio de impugnação judicial da constitucionalidade das leis. É intuitivo lembrar que os novos legitimados à propositura das ações diretas exercem com assiduidade esse poder-dever que a Constituição Federal lhes concedeu.⁸ Como consequência, o controle abstrato é, hoje, o principal meio de fiscalização da constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Posteriormente, em 1993, o Constituinte introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Emenda Constitucional 3/93), encarregando o Supremo Tribunal Federal de seu processamento e julgamento (art. 102, inciso I, “a”), e com um rol mais restrito de legitimados à sua propositura do que a ação direta de inconstitucionalidade (antigo parágrafo 4º do art. 103). Importante acrescentar que a Emenda 3/93 incluiu expressamente no corpo da Constituição Federal (§ 2º do art. 102) aquilo que já era pacífico na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (pelo menos desde 1977): as ações diretas têm eficácia contra todos.⁹ Ainda agregou efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A reforma mais profunda ao Texto de 1988, no entanto, veio com a Emenda Constitucional nº 45/2004. No âmbito das ações diretas, ampliou-se a legitimação para a propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, autorizando os mesmos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade à impugnação do texto legal diretamente no Supremo Tribunal Federal. Os efeitos vinculantes dessas ações, por

8 Conforme dados estatísticos (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade... cit. p. 88 e 89), das 3.998 ações diretas ajuizadas no STF até Dezembro de 2007, 1.031 foram propostas pelos Governadores de Estado, 882 pelo Procurador-Geral da República, 697 por Partidos Políticos e 838 por Confederação Sindical ou Entidade de Classe.

9 MENDES. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 252.

determinação expressa do texto (§ 2º do art. 102), passaram a abranger os demais órgãos do Poder Judiciário (conforme já determinava a Emenda 3/93) e também a administração pública direta e indireta nas três esferas de governo. No controle difuso é que houve as mudanças mais significativas com a introdução do instituto da súmula vinculante (art. 103A), bem como com a introdução de um novo requisito à admissibilidade dos recursos extraordinários: a existência de repercussão geral da matéria discutida nos autos.

Tudo o quanto foi dito demonstra, claramente, que o controle de constitucionalidade brasileiro é misto. Convivem no nosso País os dois sistemas de controle dos atos normativos do Poder Público: o difuso e o concentrado.

1.3 O controle difuso de constitucionalidade

O nome difuso decorre da especificidade desse poder ser pulverizado entre todos os órgãos do Poder Judiciário. O controle difuso, no Brasil, como visto, está presente desde a Constituição Federal de 1891 (art. 53, nº 3º, § 1º, a e b), fruto da proclamação da República. A partir daí, esteve presente em todas as nossas Constituições.

Esse tipo de controle é também chamado de incidental, porque a questão constitucional é, realmente, um incidente no processo. A parte que ingressa com uma demanda pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei porque o direito que ela supõe ter está sendo ofendido pela “lei inconstitucional” (ou ato normativo). O demandante não tem, nesse sistema, a legitimidade de questionar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo do poder público se esse ato não ferir algum direito seu. O juiz (ou tribunal) não pode, nesse sistema, apreciar causa cujo pedido único seja a declaração ou o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado ato normativo do Poder Público, porquanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei é uma questão que, superada, autoriza o juiz a julgar procedente ou improcedente o pedido, concedendo ou rejeitando ao autor da ação o bem da vida buscado em juízo.

O sistema difuso é exercido por todos os Juízes e Tribunais. No que tange aos Tribunais, há necessidade da observância do princípio da reserva de Plenário. Isso significa que, a Turma Julgadora, reconhecendo que existe uma questão constitucional a ser resolvida, deve suspender o julgamento do processo e remeter a questão ao Pleno do Tribunal para ser apreciada. O julgamento vincula a Turma, que passará ao exame do processo considerando o resultado do julgamento do Plenário.

Esse sistema de controle está profundamente arraigado na tradição constitucional brasileira. Até o advento da Constituição Federal atual, como já enfatizado, era o principal modelo de controle de constitucionalidade que havia no País. É o modelo sem dúvida mais democrático de tomada de decisões: ouvem-se os advogados, promotores, juízes, desembargadores, procuradores de justiça, ministros. A questão que tramita no controle difuso de constitucionalidade é examinada por todas as instâncias do Poder Judiciário, com a intervenção da sociedade (via Ministério Público) e das partes (via advogados).

A questão constitucional é debatida em várias instâncias judiciais por uma multiplicidade de operadores do direito com infinidade de argumentos contrários e favoráveis ao texto impugnado. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre o recurso extraordinário oriundos das mais diversas localidades do País para examinar a questão constitucional, pode-se afirmar tranqüilamente que a questão já está completamente madura na comunidade jurídica. As dimensões de continente e de população de nosso País facilitam a repetição das questões jurídicas, o que permite ao Supremo Tribunal, no julgamento das questões constitucionais, examinar vários recursos extraordinários que veiculam a mesma questão constitucional antes de dar a palavra final sobre o assunto, interpretando final e conclusivamente o Texto Magno.

Percebe-se, ainda, que esse sistema de controle enseja uma particularidade especial ao texto impugnado: permite que seja feito o teste concreto de sua incidência na vida das pessoas afetadas pelo normativo acoimado de inconstitucional. É possível, ao Supremo Tribunal, quando do exame da questão no controle difuso, avaliar exatamente a extensão dos benefícios e dos prejuízos que a aplicação do normativo acarreta na

vida das pessoas ou das instituições. É por isso que a decisão do Supremo, nesse sistema, deveria ser pacificadora, já que, amplamente ouvida a sociedade, cumpre ao intérprete máximo da Constituição estabelecer o entendimento que melhor se ajusta à Carta Política.

É por isso que não deixa de ser estranha a opção do constituinte, da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (esse último até recentemente) de agregar efeitos tão-somente individuais à decisão que a declara a inconstitucionalidade nesse tipo de fiscalização de constitucionalidade. De fato, de acordo com a tradição brasileira, a única possibilidade da decisão prolatada no caso concreto ser válida para todos é a sua suspensão pelo Senado. Após o julgamento da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, pode o Senado da República suspender os efeitos da lei reconhecida como inconstitucional, com eficácia *erga omnes* (art. 52, inciso X, da CF). Essa realidade está mudando, especialmente após a Emenda 45/2004, que trouxe uma novidade normativa a esse sistema: a edição de súmula, pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal). Ainda, outra novidade no campo jurisprudencial nesse controle difuso é a vinculação aos motivos determinantes do julgado da Corte Suprema, conforme será analisado mais adiante.

1.4 O controle concentrado de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade concentrado no Brasil nasce em 1934 no bojo das chamadas ações interventivas, embora sua previsão constitucional como ação direta se dê apenas com a Emenda Constitucional nº 16/65. Pressupõe que a questão constitucional seja apreciada e decidida por um único órgão jurisdicional, no caso, o Supremo Tribunal Federal. A denominação do sistema como concentrado diz com a centralização do poder de decidir em um único órgão e a referência a abstrato decorre da inexistência de questão de direito subjacente a ser examinada. O objeto da decisão é, apenas, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Aqui, ao contrário do sistema difuso, não existe exame do direito subjetivo, porque não há partes no controle con-

centrado. O que há são legitimados à propositura da ação no Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF). A decisão da Corte Suprema tem eficácia vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e efeitos *erga omnes*. É da essência desse sistema, que não conhece partes, a atribuição dessa eficácia vinculante, sob pena de sua atividade ficar resumida a mero exercício de raciocínio acadêmico dentro da jurisdição constitucional. De fato, se o processo do controle abstrato de normas não conhece partes, a carência de efeitos *erga omnes* desobrigaria qualquer pessoa ao cumprimento da decisão, já que ninguém ficaria atingido pelos efeitos da coisa julgada.

Não obstante seja amplamente aceita a idéia de que as decisões da Corte tenham essa eficácia vinculante (aliás, como visto, a Constituição Federal deixou isso expresso no seu Texto, com a Emenda 3/93), no passado recente houve questionamentos, os quais foram pacificados apenas a partir de 1974/1975, quando o próprio Supremo começou a definir a sua doutrina da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade prolatada no controle abstrato de normas.¹⁰

A maneira de provocar o Supremo Tribunal Federal no sistema concentrado, já que esse poder não pode ser exercido de ofício pela Corte (princípio da inércia do Poder Judiciário), é através de ações. Os instrumentos previstos pela Constituição Federal para a realização do controle objetivo de normas são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Consititucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, ultimamente, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

Salienta MENDES¹¹ que o controle abstrato de normas nas Cartas Constitucionais de 1946, após a Emenda nº 16/65, e de 1967/1969 preencheu uma função supletiva corretiva do modelo difuso, porque permitiu a fiscalização de constitucionalidade de normas via ação dire-

10 MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 37 a 45.

11 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84 e 85.

ta, que jamais teriam sua constitucionalidade examinada pelo Supremo Tribunal, por não serem aptas a ser submetidas como questão preliminar numa controvérsia concreta. Além disso, aponta a função corretiva que o controle desempenhou no sentido de superar brevemente a situação de insegurança jurídica decorrente da multiplicidade e contrariedade de julgados proferidos por diferentes juízos ou tribunais sobre a mesma matéria. Todavia, salienta o autor:¹²

O maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob o império das Constituições de 1946 (Emenda nº 16, de 1965) e de 1967/1969, está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

O característico de todas essas ações é a possibilidade de excluir do ordenamento jurídico determinada lei ou determinados dispositivos normativos por ação de um único órgão julgador. Não é, portanto, um sistema democrático (aberto) de tomada de decisões, como o difuso. Pelo contrário, apenas ultimamente passou-se a admitir a existência de “*amicus curiae*” e nomeação de peritos nessa espécie de controle (Lei nº 9.868/99, art. 9º). Essas inovações foram importantes porque possibilitaram uma abertura que antes não havia nesse sistema de controle: a possibilidade da sociedade ser ouvida no Supremo nas questões que afetam diretamente a vida dos cidadãos.¹³ Tradicionalmente, laboravam

12 *Idem*, p. 84 a 85

13 Recentemente, no julgamento da ADPF nº 4-1/DF, que tratou do caso da utilização das células-tronco para fins de pesquisas, o Supremo possibilitou ampla discussão da sociedade mediante audiências públicas nas quais foram ouvidos geneticistas, religiosos, deficientes, etc. Mostra a importância do instituto do “*amicus curiae*” na solução de questões para as quais não se envolve, unicamente, conhecimento jurídico, mas, especialmente, conhecimento científico.

nesse sistema de controle apenas o Procurador-Geral da República e o Supremo Tribunal Federal. Ninguém mais. A partir da Constituição Federal de 1988 a Advocacia Geral da União também passou a participar do sistema com a obrigação de defender o texto impugnado (art. 103, § 3º, da CF) e o leque dos legitimados à propositura da ação aumentou significativamente (art. 103 da CF).

Todavia, mesmo com a adoção do instituto do “*amicus curiae*” ou com a possibilidade de serem nomeados peritos, apesar do controle possibilitar essas aberturas para a participação da sociedade, o fato é que apenas em um número extremamente pequeno de ações isso, de fato, acontece. O que comumente ocorre é a decisão monocrática do Relator suspendendo (ou não) a eficácia do texto legal impugnado, ou seja, uma decisão monocrática, sem a oitiva do Plenário do Supremo, sem a oitiva da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, enfim, quase sempre sem a participação da sociedade. Esse sistema de decisões concentradas, como já mencionado, a partir da Constituição Federal de 1988, é o principal meio de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. O curioso disso é que, não obstante a quase total ausência de debate nesse sistema concentrado, sejam seus efeitos vinculantes tão pacificamente aceitos pela comunidade jurídica em geral.

Efetivamente, no controle concentrado, ao contrário do difuso, a questão constitucional é levada, imediatamente, ao conhecimento da Corte Constitucional para que a decida com efeitos vinculantes. Inexiste, aqui, aquilo que facilmente se verifica no controle difuso: a multiplicidade de opiniões a respeito do texto normativo impugnado. A pretexto de pacificar as controvérsias a respeito da aplicação da lei impugnada de inconstitucional, o sistema permite à Corte Suprema que, de maneira açodada, decida desde logo sobre sua constitucionalidade. Não há chances, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, do texto impugnado passar pelo teste de aplicabilidade nas relações jurídicas em geral.

Não se advoga, aqui, a extirpação do controle concentrado de constitucionalidade. Pelo contrário, o que se busca é apontar a incongruência de não se aceitar efeitos semelhantes ao controle concentrado às decisões tomadas no controle difuso pelo intérprete Supremo da Carta Constitucio-

nal. A opção parece indiscutivelmente equivocada: em vez de privilegiar com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes as decisões em que a sociedade foi, de fato, ouvida por seus interlocutores (advogados, pareceristas, promotores, juízes, desembargadores) prefere-se agregar tais efeitos, tão somente, às decisões tomadas, no mais das vezes, por um único membro do Tribunal; em vez de conceder aqueles efeitos às decisões tomadas depois de amadurecida a questão constitucional no seio da comunidade, com ampla possibilidade de verificação dos efeitos (maléficos ou benéficos) da norma impugnada, alcançam-se efeitos gerais às decisões que afastam, peremptoriamente, a norma impugnada do Ordenamento Jurídico.

2 OS EFEITOS VINCULANTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro conhece duas possibilidades de concessão de efeitos vinculantes às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, quais sejam, a **suspensão da eficácia pelo Senado da República** e a **súmula vinculante**. Além dessas duas possibilidades, expressas no Texto Constitucional, doutrina e jurisprudência estão desenvolvendo uma terceira via, qual seja, a chamada **eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão**. Cada uma dessas modalidades de concessão de efeitos vinculantes será examinada a seguir. Relativamente a essa última modalidade, que é novidade no Brasil, o estudo contemplará os antecedentes históricos, o conceito de efeito vinculante, a aproximação entres os dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade e o problema da dispersão de votos nos acórdãos, o que dificulta a identificação do *holding* (ou *ratio decidendi*) do julgado.

2.1 A suspensão da eficácia pelo Senado (art. 52, inciso X, da CF)

A tradição constitucional brasileira, como já mencionado, contempla, entre as competências privativas do Senado da República a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa suspensão teria o condão, segundo doutrina

avaliada¹⁴, de conferir efeitos *erga omnes* à decisão da Corte Suprema proferida no caso concreto.

Debateu-se na doutrina e jurisprudência sobre as possibilidades do Senado diante da decisão do Supremo, como por exemplo, se seu poder era vinculado ou discricionário, se poderia revogar o ato que suspendeu a execução da lei, ou se poderia limitar a extensão da decisão do STF. Tais questões ficaram resolvidas ainda no regime da Constituição anterior. Assim, embora se trate de atividade discricionária do Senado Federal, uma vez publicado o ato que suspende a execução da lei não poderia ele voltar atrás e revogar o ato. Ainda, no exercício dessa sua função, deveria a Alta Câmara do Congresso Nacional ater-se à extensão do julgado pela Corte Constitucional, não dispondo de competência para examinar o mérito do decidido, seja para interpretá-lo, para ampliá-lo ou para restringi-lo.¹⁵

Já sob a égide da Constituição em vigor, sustenta Mendes (2008, 263) que o instituto tem, hoje, índole exclusivamente histórica. Justifica que a amplitude que a Carta Constitucional de 1988 deu às ações diretas, com possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado no controle objetivo de normas, acabou por ocasionar uma verdadeira mutação constitucional (*reforma da constituição sem expressa modificação do texto*). Sustenta o autor que o instituto da suspensão já não atende adequadamente ao objetivo de assegurar a eficácia *erga omnes* às decisões da Corte. Isso se daria nos casos em que o Tribunal, por exemplo, fixa uma interpretação mais adequada do texto impugnado sem que seja declarada a sua inconstitucionalidade. Ainda, quando restringe o significado de uma expressão literal do texto, utilizando a técnica da interpretação conforme à constituição. Por fim, quando se declara a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional, sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Igualmente, nos casos do direito pré-constitucional. Em todas essas situações não haveria espaço para aplicar o histórico instituto.

14 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 415.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa n. 179, Brasília, 2008, p. 262.

Outro importante fator que tem ajudado para tornar obsoleto o sistema da suspensão da eficácia pelo Senado, segundo o autor, foi a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal que tem, gradativamente, equiparado os efeitos dos controles concentrado e difuso. Mendes identifica essa particularidade na jurisprudência que se fixou a respeito do art. 97 da Constituição, que trata do princípio da reserva de plenário¹⁶. O Supremo dispensa, desde 1997, as Cortes inferiores de enfrentar a questão constitucional pelo respectivo Plenário quando o Supremo Tribunal já tiver se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada. Veja-se o que diz o autor:¹⁷

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Outras inovações fruto de alterações na legislação processual também contribuem para a não-utilização da cláusula de suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado. Assim, o art. 557, caput e § 1º-A, do CPC,¹⁸ permite ao relator dar provimento ao recurso se a

16 O art. 97 da CF diz o seguinte: “Somente pelo 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”.

17 MENDES, Gilmar Ferreira, O papel do Senado ..., p. 266.

18 O artigo diz o seguinte: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1.-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou do STF ou STJ. Aqui também era espaço próprio para aplicação da suspensão da execução pelo Senado, já que se tratam de decisões prolatadas no sistema difuso de constitucionalidade.

Acrescenta, ainda, Mendes (2008, 270), que, recentemente, a jurisprudência do Supremo vem desenvolvendo, relativamente ao controle de constitucionalidade de leis municipais, postura inovadora, ao conferir não apenas ao dispositivo da decisão, mas também aos seus fundamentos, efeitos que ultrapassam a ação individual. E tem feito isso autorizado pelo art. 557, caput e § 1º-A, do CPC, aplicando a decisão do Plenário a outras situações idênticas oriundas de municípios diversos¹⁹. Em todos esses casos, cada uma das ações dos mais diversos Municípios deveria ser conhecida e julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas os Relatores aplicaram, em todos eles, o precedente firmado pelo Plenário em cada uma das matérias objeto dos recursos e julgaram os recursos extraordinários sem levá-los ao Plenário. Conclui o autor²⁰: “Tal procedimento, evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”.

A posição defendida por Mendes é firmemente criticada por Lênio Streck²¹ ao sustentar a participação do Senado da República no controle

19 Gilmar Mendes cita vários julgados do STF em que isso ocorreu: RE 228.884, Rel. Ministro Maurício Correa, DJ de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-203; AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertende, DJ de 8-4-2004; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003.

20 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal p. 271.

21 STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Marcantonio Mont' Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em <www.leniostreck.com.br>, acesso em 29.04.2009, p. 7 e 8.

difuso de constitucionalidade como seu legitimador democrático. Ainda, diz que a atribuição de efeitos vinculantes às decisões do STF em controle difuso fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois “se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. (...) Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais”. Em outro ponto (p. 19), o autor menciona:

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre o texto constitucional e a realidade social, a exigir uma ‘jurisprudência corretiva’, tal como aquela que falava Büllow, em fins do século XIX (vejase, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva.

E conclui (p. 28 e 29):

Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, em breve essa “mutação” começará a gerar – como se já não existissem à saciedade - os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto, positivista, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart). Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do

processo, como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Büllow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição.

Chama a atenção, no posicionamento de Lênio Streck, o argumento de que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal seria o legitimador democrático das decisões do Poder Judiciário. Aceita essa concepção, a conclusão inafastável seria a quase total falta de legitimação democrática das decisões do Poder Judiciário, por quaisquer de seus Órgãos. Isso porque o papel do Senado no controle de constitucionalidade no Brasil, apesar de histórico, nunca foi expressivo²². Pelo contrário, apenas em limitadíssimas questões constitucionais o Senado editou ato suspendendo a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

A propósito da inclusão desse instituto da suspensão na Carta Constitucional de 1934, ZAVASCKI (2001, p. 31) esclarece quais motivos impulsionaram o Deputado (e, depois, Ministro do Supremo) Prado Kelly a apresentar a proposta:

A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal negava a extensão a outros interessados dos efeitos de suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em *habeas corpus* (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Rui Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão

22 Conforme consulta no domínio virtual do Senado, o número de Resoluções editadas com base no inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 foi o seguinte: 1989: três; 1990: quatro; 1991: quatro; 1993: três; 1995: doze; 1996: seis; 1997: três; 1999: onze; 2005: quarenta e cinco; 2006: sete; 2007: dezesseis; 2008: quatro. Nos anos de 1992, 1994, 1998, 2000, 2001, 2002, 2003, 204 e 2009 (até 10.05.09): nenhuma. Fonte: <<http://www.lexml.gov.br/busca/search?autoridade=Senado%20Federal;tipoDocumento=Resolu%C3%A7%C3%A3o;smode=advanced;fl-date=2009;startDoc=21>> Acesso em 10.05.09.

dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados *inconstitucionais* pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pelo Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-Membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os defeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal.

Portanto, a adoção do instituto guarda relação com razões de ordem prática e técnica, sem representar, necessariamente, participação popular no processo decisório do Poder Judiciário. É que a legitimação do Poder Judiciário decorre diretamente da Constituição, como ensinado por Alexander Hamilton há mais de 200 anos, no texto nº 78 dos *Federalist Papers*. Confira-se extrato do texto:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a essa outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as Constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem as delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo,

a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujarem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em conseqüência, cabe interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Todavia, essa conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.²³

Essa competência privativa do Senado fazia sentido no nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade quando o modelo difuso era o único existente ou quando o Procurador-Geral da República detinha o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade. Daí porque essa fórmula podia, de fato, ser eficaz, para pacificar a questão constitucional já julgada pela Corte Suprema, sem que a ela fosse necessário levar os recursos de todos os interessados. No momento em que o Brasil adota o sistema de constitucionalidade abstrato, o próprio Tribunal Supremo vincula a todos com a sua decisão, independentemente da participação da Alta Casa Legislativa.

23 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. O FEDERALISTA. 2 ed., Campinas: Russel, 2005, p. 471 e 472.

É certo que a evolução da jurisprudência do Supremo, hoje, pelo que se conhece a respeito das novas técnicas de controle de constitucionalidade,²⁴ apresenta um leque de situações dentro do controle difuso que, ao que parece, a fórmula não mais se ajusta. Ainda, não se pode desconhecer a realidade jurisprudencial brasileira que caminha para a contínua aproximação dos dois tipos de controle de constitucionalidade, o que praticamente esvazia as possibilidades do instituto da suspensão.

Finalmente, a instituição da Súmula Vinculante, instrumento idealizado para o sistema difuso de constitucionalidade, igualmente, contribui decididamente para o esvaziamento da fórmula histórica de suspensão da execução pelo Senado. Em vez de comunicar o Senado para a incerta suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, o Supremo pode, ele próprio, após decidir reiteradamente determinada questão constitucional, editar enunciado de súmula vinculante.

A obsolescência do instituto se relaciona, portanto, com a sua pouca utilização no passado e com a dispensabilidade de sua utilização no presente e isso não se relaciona, de forma alguma, com a legitimação democrática do Poder Judiciário.

2.2 A Súmula Vinculante

A chamada Súmula Vinculante se insere dentro do controle difuso de constitucionalidade e, dentro dele é que deve ser entendida. Como já enfatizado anteriormente, quando o Supremo Tribunal Federal (a corte mais importante do País) julga a questão constitucional que foi recebida via recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da CF), está reanalisando a matéria que percorreu todas as instâncias possíveis do Poder Judiciário e que, nesse percurso, agregou o conhecimento científico de uma multiplicidade de operadores do direito (advogados, juízes, promotores, desembargadores, procuradores de justiça, procuradores da república, ministros). E o absolutamente improvável que aconteça é que o objeto

24 Como já mencionado, o Supremo adota hoje, técnicas que privilegiam a ação do legislador, deixando de anular a lei, por inconstitucional, quando o texto puder ser mantido expurgando as interpretações inconstitucionais que eventualmente ele contenha.

dessa questão constitucional seja único, num país de dimensões continentais como o Brasil e com grande facilidade de acesso à jurisdição (o número de advogados, juízes e promotores no Brasil é grande, mesmo que o número, proporcionalmente, não seja o adequado ao tamanho da população). Assim, as causas chegam, via controle difuso, às centenas ou aos milhares à Corte Suprema, de sorte que é fácil constatar que, quando a Corte Constitucional se debruça sobre uma questão constitucional que foi objeto de centenas ou milhares de recursos extraordinários, essa questão está absolutamente madura no seio da sociedade, pronta para ser definitivamente decidida.

A Súmula Vinculante, assim, objetiva racionalizar os julgamentos do Poder Judiciário relativamente a questões repetitivas, concedendo-se efeitos que superam o caso individual. A alternativa a essa súmula para a concessão de efeitos vinculantes aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no sistema difuso de controle da constitucionalidade, como já afirmado, é a suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal (CF, art. 52, inciso X). Todavia, esse poder, historicamente, não foi exercido pelo Senado, senão em questões pontuais. Além do mais, como já analisado, atualmente, por uma série de conjunturas, entre as quais a própria possibilidade de se editar enunciados vinculantes de súmula, o papel do Senado da República no processo de controle de constitucionalidade se tornou obsoleto. A solução da Emenda Constitucional 45/2004 foi a de atribuir ao próprio Poder Judiciário a faculdade de oferecer tais efeitos vinculantes à jurisdição constitucional prestada no controle difuso de constitucionalidade.

Do ponto de vista dogmático, o temor mais sério da comunidade jurídica contrária às chamadas súmulas vinculantes parece ser o do congelamento da jurisprudência.

De fato, as normas jurídicas em geral, e o mesmo acontece com as Constituições, são criadas num determinado momento histórico e trazem a marca de seu tempo. É papel da jurisprudência fazer a releitura dessas normas nos períodos históricos seguintes e adequá-las à realidade. O enunciado vinculante, de observância obrigatória, de certa forma desafia e obstaculiza o papel reformador da jurisprudência. A superação dessa dificuldade, que pode ser conseguida com o fenômeno da mutação

constitucional (MENDES, 1990, p. 21 a 25), na realidade constitucional brasileira pode ser alcançado com a revisão do enunciado da súmula (CF. 103-B, § 2º, da CF). A propósito, o próprio texto da Emenda Constitucional denota o receio do legislador constituinte com o instituto que estava criando. Talvez por excesso de zelo, talvez pelas críticas que sempre acompanharam o debate sobre essa matéria, o fato é que há previsão constitucional para a revisão da súmula, com amplo leque de legitimados (os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade). O rito para a edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante foi disciplinado pela Lei nº 11.417/2006.

O curioso nesse debate sobre súmula vinculante é a contradição em que incorrem seus contestadores. Não se aceita que o próprio Tribunal Constitucional, após examinar centenas de casos idênticos, edite uma súmula que contempla exatamente o que se decidiu reiteradamente nesses julgados. Todavia, não se observa nenhuma oposição para que o Senado Federal, um poder, portanto, não-judicial, suspenda com efeitos *erga omnes* os efeitos da lei declarada inconstitucional no mesmo controle difuso. E, perceba-se, para o Senado exercer esse seu papel, bastaria que fosse comunicado de um único julgado.

Igualmente, aceita-se pacificamente que, no controle abstrato de constitucionalidade, o Relator da ADI, sozinho, decida suspender a eficácia da lei que considera inconstitucional, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Todavia, parte substancial da doutrina não aceita que, após reiterados julgados examinando a mesma questão constitucional, o Intérprete Máximo da Constituição (o Plenário do Supremo Tribunal Federal) edite um enunciado que verbalize seu reiterado entendimento sobre a questão constitucional.

A realidade, todavia, parece ser mais forte do que a fantasia: as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle difuso encontram ampla aceitação na comunidade jurídica em geral, já que, firmado o precedente pela Alta Corte, sua aplicação nas decisões judiciais subseqüentes é quase total. E é por esse motivo que, sob essa perspectiva, a súmula vinculante não fará grandes transformações no cenário jurídico para o que foi concebida, qual seja, o universo das questões repetitivas.

2.3 A vinculação pela Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes da Decisão (“*Ratio Decidendi*” ou “ *Holding*”)

A vinculação dos litigantes aos efeitos das decisões judiciais sempre se deu, no nosso sistema processual, pelo dispositivo das sentenças, já que os motivos que levaram o julgador ao resultado (ou seja, a fundamentação), ainda que importantes para a determinar o alcance da parte dispositiva, não produzem coisa julgada (art. 469 do CPC). Essa realidade, contudo, tem sofrido alteração, pelo menos no que se refere às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O que se apregoa, atualmente, é que a decisão do Supremo deixa de atingir apenas o ato declarado inconstitucional, mas fica proibida (a) a reprodução do conteúdo substancial desse ato, (b) a manutenção de outros atos com conteúdo semelhante e (c) a adoção de via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do STF.²⁵ A exata compreensão do que está sendo debatido, atualmente, na principal Corte do País, passa pelo exame dos antecedentes históricos da eficácia vinculante das decisões sobre (in) constitucionalidade tomadas pelo STF.

2.3.1 Antecedentes históricos

Em minucioso estudo sobre os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional, Roger Stiefelmann Leal (2008, p. 130 a 137) faz exame dos antecedentes históricos do efeito vinculante no Direito Constitucional Brasileiro. Inicia com a Constituição de 1891 (art. 59, § 2º), que determinava à Justiça Federal a consulta à jurisprudência dos tribunais locais, nos casos em que tivesse de aplicar leis dos Estados e, igualmente, impunha aos Estados a consulta à jurisprudência dos tribunais federais, quando tivessem de aplicar as leis da União. Prevaleceu, no entanto, o entendimento de que a consulta era obrigatória para fins de esclarecimento sobre a legislação, local ou federal, mas que isso não vincularia um ou outro tribunal. Depois, o Decreto nº 23.055/1933 impôs às Justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre a obrigação de

25 LEAL, Roger Stiefelmann, O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. p. 150.

interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do STF. Mais recentemente, na década de 70, o Regimento Interno do STF instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, estruturadas em verbetes, mas cuja imposição sempre foi meramente persuasiva. No entanto, segundo o autor, tiveram elas, desde o início, efeitos de natureza processual: o Relator poderia arquivar o processo que contrariasse a jurisprudência sumulada pela Corte. Depois, veio o art. 38 da Lei nº 8.038/90 que permitiu ao Relator negar seguimento a recurso que as contrarie, nas questões predominantemente de direito. Ainda, o art. 557 do CPC (na redação de 1998) autorizou a negativa de seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, com possibilidade de provimento monocrático do recurso pelo relator na hipótese da contrariedade ser manifesta de súmula ou jurisprudência dominante do STF.

No controle abstrato de constitucionalidade, conta LEAL, a Emenda 7/77 conferiu ao Supremo o poder de impor sua interpretação dos textos normativos. Foi, contudo, no Regimento Interno do STF, e nas interpretações nele fixadas, que ficou estabelecido que a interpretação seria vinculante dada pela Corte Suprema nesse tipo de ações. Conclui o autor (2006, p. 138) que “dentro os antecedentes históricos destacados neste item, é a *força vinculante* das decisões proferidas em sede de representação interventiva o instituto que mais se aproxima do efeito vinculante”. Com a Emenda 3/93, que instituiu a Ação Direta de Constitucionalidade, houve expressa base constitucional a respeito da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A Lei nº 9.868/99, que regulamentou essa emenda, estendeu o efeito vinculante ali mencionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que era reconhecido pela jurisprudência do Supremo. Logo após, foi publicada a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, que tem caráter subsidiário aos demais existentes, dotado de eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgão do poder público. Finalmente, a Emenda 45/2004, que consagrou em âmbito constitucional os efeitos vinculantes

à Ação Direta de Inconstitucionalidade, os quais passaram a ser produzidos aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. A inovação foi a instituição do chamado efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal que consubstanciam entendimentos reiterados da Corte em matéria constitucional. Esclarece LEAL²⁶ que “pela primeira vez, desde sua incorporação à ordem jurídica brasileira, o efeito vinculante é conferido sem que também se atribua expressamente eficácia contra todos”. O autor salienta, também, que o art. 103-A romperia, em parte, com a concepção de raiz européia que inspira o instituto, porque estende efeitos vinculantes a decisões adotadas fora do controle abstrato de constitucionalidade.

2.3.2 Efeito Vinculante e Eficácia Contra Todos (“*erga omnes*”)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi responsável por atribuir às decisões de constitucionalidade proclamadas no controle abstrato a qualidade de coisa julgada material oponível contra todos (eficácia *erga omnes*). Desenvolve, LEAL, a partir daí, inteligente raciocínio partindo da diferenciação dos conceitos de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, chegando à conclusão de que apenas a eficácia contra todos estaria protegida da imutabilidade da coisa julgada, já que, no nosso sistema, por expressa disposição legal, os motivos da decisão não são imutáveis (art. 469 do CPC). Parte o autor da constatação de que os próprios textos normativos que consagram o efeito vinculante o dissociam da eficácia contra todos, porquanto empregam sempre a conjunção aditiva “e” quando tratam dos institutos (os textos normativos falam eficácia contra todos e efeito vinculante). Sendo conceitos distintos, a imutabilidade do *decisum* decorrente da coisa julgada protege apenas o que foi decidido contra todos (a imutabilidade da coisa julgada fica agregada, tão-somente à eficácia *erga omnes* do dispositivo), mas não impede a renovação ou reiteração material do ato por outro instrumento de mesma estatura. Para ele, o que garante a impossibilidade da reno-

26 LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional..... p. 144.

vação material do ato, são justamente os efeitos vinculantes, os quais se encontram na fundamentação das decisões, mais precisamente, na *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Confirmam-se suas palavras:²⁷

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

Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade. (...)

Sabe-se que a parte dispositiva cuida apenas e tão-somente de expressar o resultado decisório da ação definindo, no caso de conhecimento da ação de constitucionalidade, se o ato questionado – e não apenas ele – é constitucional ou inconstitucional. Eventual identidade de atos, quanto a suposto vício de inconstitucionalidade apontado, somente pode ser detectada a partir da *ratio decidendi* que fundamenta a decisão. Significa dizer que **o efeito de impor a eliminação de atos normativos de igual conteúdo e a vedação de reiteração material do ato inconstitucional somente pode ser aferido mediante o cotejo desses outros atos com os fundamentos determinantes da decisão, e não com a sua parte dispositiva.**

A possibilidade do legislador editar norma de teor idêntico ao daquela declarada inconstitucional pelo Supremo é objeto das reflexões, também,

27 LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito..... p. 149 a 151.

de Gilmar Ferreira Mendes. Saliencia esse autor²⁸ que a doutrina alemã tem firme orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* – tal como a coisa julgada – abrange a parte dispositiva da decisão. Assim, a nova lei não estaria abrangida pela força de lei do julgado. Diz, todavia, que eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes são coisas diversas. Confirmam-se suas palavras (constantes do Projeto de Emenda Constitucional nº 130/92, que se transformou na Emenda 3/93):²⁹

Além de conferir eficácia “*erga omnes*” às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.

A coisa julgada, no sistema brasileiro, portanto, não abrange os motivos do julgado. Assim, ao proteger contra todos o que ficou decidido no dispositivo do julgado, não se logra impedir a pernicioso reiteração material do ato declarado inconstitucional. É que efeito vinculante e

28 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado... p. 594.

29 Idem, p. 596.

eficácia contra todos são conceitos diversos: enquanto essa última está ligada ao dispositivo do julgado, os efeitos vinculantes se ligam aos motivos determinantes da decisão (a *ratio decidendi*) subjacente ao julgado.

2.3.3 A aproximação entre os sistemas difuso e abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil

A partir do momento em que ficou estabelecido que a decisão incidental de inconstitucionalidade tem efeitos apenas no caso examinado, preocuparam-se doutrina e jurisprudência em garantir isonomia e segurança jurídica aos julgados, além de criar mecanismos que evitassem a desnecessária repetição de julgamentos nos tribunais da mesma questão já decidida. ZAVASCKI (2001, 30) esclarece que as medidas mais significativas foram (a) a criação do instituto da suspensão pelo Senado da execução das leis reconhecidas como inconstitucionais pelo STF, (b) tornar vinculativa, para os tribunais, as decisões do STF em matéria constitucional, dispensando o princípio da reserva de plenário quando já houver manifestação do Plenário do STF sobre a questão constitucional e (c) salientar a força de precedente das decisões do STF, ensejando julgamento simplificado dos recursos e acolhimento da rescisória. Identifica ZAVASCKI essa vocação expansiva das decisões do STF em matéria constitucional como eficácia reflexa ou eficácia anexa. Reflexa porque permitem a transmissão dos efeitos para além do caso julgado, vinculando pessoas outras que não as participantes da relação processual que originou a decisão. Anexa porque seria automática, independentemente de provocação da Corte Constitucional.

MARINONI³⁰ defende que a força normativa da Constituição está diretamente relacionada à observância das decisões da Corte Constitucional. Por isso, defende a aplicação da teoria de que a vinculação se dá pelos motivos determinantes da decisão relativamente a todos os tribunais

30 MARINONI, Luiz Guilherme. Ações Repetitivas e Julgamento Liminar. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf> Acesso em 06.05.2009.

e autoridades. Sustenta que os efeitos vinculantes deveriam se estender, igualmente, às súmulas de interpretação da lei federal, ou seja, aquelas publicadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o texto:

O problema das ações repetitivas está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões dos tribunais superiores. Diante da previsão contida no art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela EC n. 45/2004, não mais se questiona sobre o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Isto, todavia, não esgota a questão, já que as decisões tomadas em recurso extraordinário igualmente têm efeito vinculante.

Não é necessário recorrer a argumentos de direito comparado – como o instituto do *stare decisis* americano ou o controle da constitucionalidade próprio ao Tribunal Constitucional alemão – para demonstrar tal conclusão. É que a não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição.

A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Justamente por conta disso, aplica-se ao Recurso Extraordinário a teoria de que o efeito vinculante da decisão se estende aos seus fundamentos determinantes e não apenas à sua parte dispositiva – essa última abarcada pela coisa julgada material. Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Por outro lado, a eficácia vinculante também deveria ser estendida às súmulas que definem a interpretação da lei federal, isto é, às súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que não haja previsão legal para tanto, os argumentos que justificam a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal também teriam inteira aplicação aqui, autorizando – ao menos *de lege ferenda* – a outorga de força vinculante às súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

STRECK³¹ vê com preocupação essa aproximação que se apregoa entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil. Apregoa que não há autorização constitucional para a extensão dos efeitos do

31 STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo....., p. 16 e 17.

controle concentrado para o difuso, e que tal vinculação tampouco faria da parte da nossa doutrina sobre o controle.

ARAÚJO e BARROS³², em interessante artigo, falam sobre a aproximação entre os modelos de fiscalização de constitucionalidade no Brasil. A aproximação do controle concentrado para o difuso seria encontrada nos seguintes pontos: (a) na pertinência temática exigida para legitimidade para a propositura da ADIN, ADC e ADPF, porquanto um processo objetivo prescindiria do exame de interesse específico na causa, já que se discute a aplicação da lei em tese; esse característico se ajustaria apenas ao modelo difuso, onde se examinam interesses subjetivos; (b) na figura do *amicus curiae*, igualmente, que permite apresentação de memoriais especializados, geralmente em assuntos inéditos, inusitados, difíceis, na medida de seus interesses no julgamento da causa; (c) na previsão de realização de perícia, prevista no § 1º do art. 9º da Lei 9.868/99, possibilita à Corte o exame de questões de fato que podem interferir no julgamento, mitigando o processo objetivo de controle; e (d) na afirmação, por parte do STF, que a eficácia vinculante das decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade não se limitam ao dispositivo da decisão, mas englobam também, os motivos que a determinaram. Já a aproximação do controle difuso para o concreto seria encontrável (e) nos julgados em que o STF vem concedendo efeito transcendente em recurso extraordinário (como, por exemplo, o RE 197.917, que definiu os critérios da proporcionalidade da fixação do número de vereadores por município); também (f) na instituição do novo requisito para admissibilidade dos extraordinários, qual seja, necessidade de comprovar que a questão constitucional em exame tenha repercussão geral.

Relativamente à concessão de efeitos transcendentais ao mencionado recurso extraordinário, sustentam os autores:

32 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários. Disp. em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf> Acesso em 06.05.2009.

(...) O que ocorreu, então, foi que o próprio STF entendeu, em sede de ADIN, que teria ocorrido a transcendência dos motivos determinantes no julgamento do RE 197.917. Por tal razão, vinculou a decisão do processo objetivo aos motivos que determinaram a decisão no controle difuso de constitucionalidade, em razão da existência do mesmo tema (fundamento jurídico) em ambos os casos.

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via Recurso Extraordinário), naturalmente está-se diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo *inter partes*, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de um controle concentrado). Ou, em outro enfoque, passa-se a admitir algo parecido com o chamado *stare decisis* do direito norte-americano, onde os precedentes, havidos em processos subjetivos, passam a ser de observância obrigatória para além das fronteiras do processo primitivo, aplicando-se de maneira geral.

Quanto à repercussão geral, os autores lembram que a Emenda 7/77 autorizou o STF a disciplinar no seu Regimento Interno a possibilidade de examinar causas que contivessem relevante questão constitucional, a chamada argüição de relevância (art. 327, § 1º, do RISTF). Na verdade, tratava-se de uma nova hipótese de admissão de causa no STF, mesmo que os demais pressupostos não estivessem atendidos. A perspectiva, portanto, era de inclusão, de possibilitar o exame do apelo extremo. A introdução da repercussão geral, na visão dos autores, representa inovação porque, agora, por mais relevante que seja a matéria constitucional versada no extraordinário, ela somente será admitida se a Corte se enxergar nela uma transcendência dos interesses interpessoais e alcance de interesse geral. Como a negativa de repercussão geral atinge todos os

recursos com matéria idêntica (art. 543-B, §§ 2º e 3º, do CPC³³), ficaria demonstrada, mais uma vez, a eficácia transcendente do controle difuso de constitucionalidade. Concluem dizendo:

O que fez a Emenda, então, foi apenas delimitar quem teria o poder de discutir a inconstitucionalidade de uma norma no sistema difuso, restringindo a participação do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo controle difuso.

Não se trata, pois, de permitir que uma decisão inconstitucional permaneça em vigor no ordenamento jurídico pela impossibilidade de manipulação do apelo extremo, mas se trata, certamente, de delimitar quem, no direito brasileiro, pode exercer o controle difuso de constitucionalidade.

(...) Como consectário lógico, se está o Supremo a julgar um caso que poderá ter repercussão geral, a decisão no Recurso Extraordinário, tradicionalmente com efeitos apenas *inter partes*, passa a receber, por parte do Excelso Pretório, uma atenção especial em relação a seus efeitos, eis que, a exemplo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, estendem-se os efeitos da decisão sobre a repercussão geral a outros casos, futuros inclusive.

Tudo isso faz demonstrar uma patente aproximação entre o modelo difuso e concentrado de constitucionalidade, além de todos os sincretismos apontados, se dá mediante um estreitamento da via difusa, na medida em que valoriza-se o Supremo Tribunal Federal não como Órgão de cúpula, mas sim como Corte Constitucional, destinada a ser provocada em casos de interesse geral, seja por meio da ampliação das possibilidades de atuação no controle concentrado, efetivada pela atual Constituição, seja por meio da atuação do Supremo restrita, no controle difuso, a questões não-individuais, de repercussão geral.

33 O artigo diz o seguinte: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 2. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

Patrícia Mello,³⁴ que elaborou minucioso e judicioso estudo sobre os precedentes no *common law* americano, esclarece que as discussões nos EUA são assemelhadas ou fornecem elementos que podem colaborar no atual debate acerca da eficácia transcendente da fundamentação e do exame da congruência entre as súmulas e os julgados que a originaram. No controle concentrado de constitucionalidade, alude a autora à Reclamação nº 1.987-DF, considerado o *leading case* a respeito da transcendência dos motivos determinantes da decisão.

Preocupa-se ela em demonstrar que o estudo dos conceitos desenvolvidos pelos *common law* relativamente ao dispositivo, à fundamentação e ao comando genérico emergente da decisão, aplicável a casos futuros, pode colaborar na melhor compreensão desse fenômeno da eficácia transcendente dos motivos determinantes. Toma como exemplo essa Reclamação 1987-0-DF: o fundamento dessa ação que visa à preservação competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões está na ADIN 1662/SP. Segundo a autora, a norma geral que emana da ADIN poderia ser verbalizada da seguinte forma: “A Instrução Normativa n. 11/1997, TST é inconstitucional e, portanto, inválida”. Assim, embora com eficácia *erga omnes* e com efeitos vinculantes, já que tomada no controle abstrato de constitucionalidade, caso não admitida a teoria dos motivos determinantes, o próprio TST/SP poderia publicar, na semana seguinte outra Instrução Normativa com idêntico teor para se subtrair à autoridade do julgado na ADIN. Já da fundamentação do julgado ficou claro que a Constituição Federal somente autorizaria o seqüestro para pagamento de precatórios trabalhistas em caso de preterição da ordem de precedência. Assim, o comando geral, mais amplo que o dispositivo e mais sintético que a fundamentação ficaria assim: “O art. 100, CF somente autoriza o seqüestro de verbas públicas para pagamento de precatório trabalhista em caso de violação do direito de precedência, não admitindo a extensão desta medida a novas hipóteses ali não previstas”. Esse seria, portanto, o *holding* (ou *ratio decidendi*) do *stare decisis*. Conclui, assim, MELLO:³⁵

34 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. p. 145 e seguintes.

35 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes.p. 156 e 157.

Nota-se, portanto, que o que se vem defendendo, sob o rótulo de ‘eficácia transcendente dos motivos determinantes’, é em verdade, a extração de um ‘holding’, equivalente à exegese constitucional fixada pela Corte, a partir dos fundamentos da decisão produzida em sede concentrada, e a conferência ao mesmo de eficácia normativa. Por isso, a nomenclatura não é muito feliz. Ela gera uma impressão de que se pretende conferir tais efeitos de forma ampla, a toda fundamentação, o que não procede.

No controle difuso de constitucionalidade, na mesma Reclamação 1.9870/DF, o Ministro Gilmar Mendes elencou vários julgados em que houve aplicação da exegese firmada nos seus precedentes e não apenas ao seu dispositivo, admitindo que os Relatores julguem monocraticamente os extraordinários, quando houver decisão do Pleno do Tribunal no sentido da inconstitucionalidade de norma semelhante, ainda que emanada de ente federativo diverso. Igualmente, no âmbito das súmulas simples, o STF tem afirmado, segundo Patrícia Mello, a impositividade de suas interpretações, mesmo que os paradigmas sejam pertinentes a atos e normas diferentes, de diversas unidades da federação. Exemplifica com os verbetes³⁶ de nºs 670, 681 e 683 do STF, nos quais se extraiu o entendimento jurídico que é comum aos julgados que deram origem aos enunciados.

A autora traça, por fim, uma perspectiva teleológica e sistemática da eficácia transcendente dos motivos determinantes:³⁷

(...) no que respeita a seus aspectos finalísticos, a adoção de precedentes normativos se justifica na medida em que se busca promover alguns valores que lhe são correlatos, a saber: a *segurança* e a *previsibilidade* jurídica; a *uniformidade* do direito e a *isonomia*

36 Os verbetes têm o seguinte teor: 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”; 681: “É inconstitucional a vinculação de reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”; 683: “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

37 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. p. 162 a 163.

entre os cidadãos; a credibilidade das cortes; a *redução de litígios*; e a *preservação da força normativa da Constituição*, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pelo STF. (...) em um primeiro exame, **sob o ponto de vista dos valores que justificam a adoção de *binding precedents*, a força normativa dos julgados não se deveria ater ao dispositivo da decisão.**

Idêntica conclusão é alcançada sob uma perspectiva sistemática. Isso porque, como demonstrado, a eficácia transcendente da fundamentação vem sendo adotada em sede de controle difuso da constitucionalidade, e na edição de súmulas simples; e tudo leva a crer que será igualmente utilizada na produção de súmulas vinculantes. Este fato demonstra certa homogeneidade na conferência de eficácia normativa (ou impositiva intermediária, conforme o caso) à exegese fixada pela Corte Constitucional, em analogia com o holding do *common law*. Assim, seria incongruente utilizar-se o instrumento em tais hipóteses e rejeitá-lo no controle concentrado, a menos que alguma especificidade deste pudesse justificar um tratamento diferenciado.

(...) a rejeição da eficácia transcendente frustra o estabelecimento de um sistema eficaz de precedentes vinculantes em sede de controle concentrado.

Gilmar Mendes parte do pressuposto que o efeito vinculante da decisão da Corte Constitucional está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional e à função de guardião por ela desempenhada. Na sua visão, tal efeito decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte. Recorre MENDES³⁸ à literatura alemã para explicar o efetivo significado do instituto:

A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda nº 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no §31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes* mas também efeito vinculante à decisão,

38 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade... p. 598 a 603

deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto. (...)

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do *efeito vinculante*, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes*, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados *obter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o *Tribunal Constitucional alemão* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. (...)

Enquanto o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão. (...)

Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a “norma decisória concreta”. A norma decisória concreta seria aquela “idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”. (...)

A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do *Tribunal Constitucional alemão* consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas. (...)

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força da lei*. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. (...)

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o *caráter transcendente* do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de 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.

O texto transcrito também faz parte da fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 1.987-0/DF, na qual o Supremo debateu esse tema e, afinal, reconheceu que a eficácia vinculante da ADI 1.662-SP (Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, por maioria) alcançava, também os motivos determinantes do julgado. No corpo do voto, o Ministro Gilmar Mendes elucida que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* a hipóteses semelhantes já é prática conhecida pelo Supremo Tribunal Federal com controle de constitucionalidade das leis municipais. Do levantamento feito pelo Ministro consta o seguinte:

Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente o recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedente onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP, DJ 16.06.99, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade da lei do Município de Belo Horizonte, que institui alíquota progressiva no IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade da lei do Município de São Paulo (RE 221.795, DJ 16.11.00).

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais (RE 364.160, DJ 07.02.03).

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252, DJ 15.04.03, onde se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048, DJ 08.04.03, no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo (RE 384.521, DJ 30.05.03). Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pela Corte Constitucional.

Não obstante os precedentes citados do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a discussão relativa à eficácia transcendente dos

efeitos determinantes da decisão foi reaberta no Supremo no julgamento da Reclamação nº 4.219 em face da ADIN nº 2.602/MG (o julgamento da Reclamação ainda não está terminado).

Contudo, o que se percebe é que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva tornaria vazio o instituto da eficácia transcendente, já que nada acrescentaria aos institutos da eficácia *erga omnes* e da coisa julgada.

2.3.4 A dispersão de votos e a congruência entre as súmulas e os julgados em que se fundam

A doutrina se ocupa de dois outros temas diretamente relacionados ao relevo que passa a ter a fundamentação dos julgados: (a) o problema da dispersão de votos entre os Ministros da Corte Constitucional e (b) a congruência entre as súmulas e os julgados em que elas se fundam.

Adotada a idéia de que os motivos determinantes da decisão fazem a vinculação das demais Cortes traz consigo o pressuposto de que fiquem claras no julgado as razões pelas quais a Corte decidiu a questão constitucional. É que o precedente, além de fixar a interpretação para os casos semelhantes ou idênticos, ajuda na resolução de casos inéditos, porque tem uma vocação natural à expansão. A dispersão de votos, segundo MELLO é um limite a essa vocação expansiva do precedente³⁹:

Muitas vezes a corte vinculante consegue atingir uma maioria no que respeita ao resultado, à solução a ser conferida a determinado litígio, mas os magistrados divergem quanto às razões de justiça que embasaram tal solução. Quando isso acontece e não é possível extrair um princípio comum a partir das opiniões da maioria, sua normatividade fica muito prejudicada. Será difícil definir o *holding* sem identificar os fins coletivamente aceitos para adotá-lo e, mesmo que assim não fosse, sua força gravitacional seria muito frágil. A produção de decisões conciliatórias, com fundamentações negociadas entre os magistrados, a fim de evitar tal dispersão, também pode dificultar a compreensão de seus fundamentos, embora leve a uma situação mais definida que a primeira.

39 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. p. 200 e 201.

A esse propósito, LEAL afirma⁴⁰ que “os fundamentos determinantes limitam-se às razões que são relevantes para a decisão proferida, isto é, aos motivos sem os quais o *decisum* constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência”. As demais afirmações que não guardam essas características são conhecidas como *obiter dictum*. Assim, no Brasil, onde “a divergência é verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão (...) torna mais tortuosa a tarefa de identificar os fundamentos determinantes da decisão”. O seguinte caso mencionado pelo autor (2006, 170 e 171) ajuda a compreender exatamente a dificuldade apontada pela doutrina. Trata-se da ADIN 51-9/RJ (DJU 17-9-1993) que questionava Resolução expedida pelo Conselho Universitário da UFRJ que disciplinava a eleição para os cargos de Reitor e de Vice-Reitor da entidade:

Nos termos do voto do relator, a Resolução incorria em inconstitucionalidade, pois (a) a autonomia universitária consagrada no art. 207 da Constituição não inclui competência normativa, (b) restando violadas as atribuições reservadas ao Presidente da República, para prover e extinguir os cargos públicos (art. 84, XXV, da Constituição), e ao Congresso Nacional, para dispor sobre cargos, empregos e funções públicas (art. 48, X, da Constituição) e sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da Constituição). Outros ministros seguiram o voto do relator, assinalando que “a autonomia universitária é apenas administrativa, não abarcando a política, que abrange o poder de legislar”. Por seu turno, o Ministro Sepúlveda Pertence, embora também tenha julgado procedente a ação direta, esboça compreensão diversa sobre autonomia constitucional das entidades universitárias, limitando-se a declarar inconstitucional o ato normativo impugnado em face do inciso VI do art. 206, que reserva à lei o poder de conformar a *gestão democrática do ensino público*. Não restam dúvidas de que, nesse caso, em que pese o julgamento, no mérito, tenha sido considerado, por unanimidade, afigura-se difícil apreender se realmente a autonomia universitária inclui o poder de expedir normas e qual a sua extensão, pois a sua interpretação sofreu di-

40 LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante p. 169 e 170.

latada variação nos votos expendidos. (...) Verifica-se, portanto, que o processo decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal não contribui com a identificação da *ratio decidendi* para fins de imposição de sua vinculabilidade.

Insiste MELLO (2008, p. 166) que “as idéias de *holding* (regra necessária à decisão do caso), *obiter dictum* (considerações marginais desnecessárias à solução do caso), *rationale* (lógica da decisão) e *material facts* (fatos relevantes), bem como as discussões sobre o grau de generalidade da norma emergente dos julgados, constituem ferramentas essenciais para um exame crítico a respeito do exercício do poder de sumular pelo Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, para seu controle”.⁴¹

A crítica que se faz aos enunciados de súmulas é que, correspondendo elas a uma síntese de uma tese jurídica vencedora em diversos julgados de determinado Tribunal, deveriam guardar efetiva relação aos precedentes em que se fundam. Principalmente quando se trata de súmula vinculante, que tem efeitos normativos, a congruência entre súmulas e os julgados que lhe dão suporte são a medida exata do limite que tem o Poder Judiciário para sua edição. É que, se o texto sumulado não guardar correspondência com os julgados tidos como seus precedentes, a pretexto de interpretar, o Poder Judiciário estará exercendo, indevidamente, poder legislativo, exorbitando de suas funções constitucionais de julgar.

41 A autora, nessa perspectiva de analisar a congruência entre súmulas e julgados que lhe dão suporte, examinou os três primeiros verbetes de súmula vinculante, chegando à conclusão de que os verbetes de n.ºs. 1 e 2 guardam congruência com as decisões que lhes serviram de base. Todavia, isso não ocorreria com o verbeo n.º 3: dos quatro precedentes indicados como paradigmas, apenas um deles versaria sobre a hipótese objeto da súmula; os demais, embora houvesse referências nas decisões sobre a necessidade de se observar o contraditório e a ampla defesa, em caso de cancelamento de pensão já registrada, constituiriam mero *obiter dictum*, já que não eram premissas necessárias à conclusão.

CONCLUSÕES

O Brasil não teve um verdadeiro controle de constitucionalidade das leis no Período Imperial. Somente com a República é que tais valores foram incorporados no nosso Ordenamento Jurídico. O Brasil conheceu, inicialmente, por influência americana, o controle difuso de constitucionalidade das leis. O modelo foi estabelecido na Lei nº 221/1894. Apenas em 1934 se introduz a gênese do controle abstrato, mas com aplicação limitada para a preservação dos chamados princípios constitucionais sensíveis (aqueles que ensejam a intervenção Federal nos Estados) e estabeleceu a regra da reserva de Plenário para os Tribunais declararem inconstitucionais as leis. Apesar do retrocesso da Carta Constitucional de 1937 (que introduziu uma revisão das decisões de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, tirou do Procurador-Geral da República a atribuição de defesa dos princípios sensíveis e excluiu a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado), as Constituições de 1946 e 1967/1969 restauraram o modelo que assegurava a reserva de Plenário para os Tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei, a possibilidade de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo. A Emenda nº 16/65 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais e consagrou a possibilidade dos Tribunais de Justiça declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Municipal em confronto com a Constituição do Estado. A Emenda nº 7/77 introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição de 1988 manteve os sistemas de controle das Constituições anteriores e criou, ainda, duas ações diretas no controle abstrato de normas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Inovou ao instituir um defensor do ato impugnado no controle objetivo de normas (o Advogado-Geral da União), mas a principal novidade foi a ampliação do rol de legitimados à propositura das ações diretas para fiscalização da inconstitucionalidade em tese. Essa inovação transformou as ações diretas no principal meio de impugnação da inconstitucionalidade das leis no Brasil, mérito que, nas Cartas anteriores, era do controle difuso. Com a Emenda 3/1993 foi

introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade e com a Emenda 45/2004 houve alteração no controle difuso: foi criada a Súmula Vinculante e se estabeleceu um novo requisito para o conhecimento do Recurso Extraordinário, a saber, a existência de repercussão geral.

O controle difuso de constitucionalidade, exercido por todos os Juízes e Tribunais do País, sempre produziu efeito apenas ao caso em que é apreciado. É o meio mais democrático de prestação da jurisdição constitucional. Dele participam advogados, pareceristas, promotores, juízes, o que permite uma ampla participação da sociedade no seu exercício. A questão constitucional é debatida nas mais diversas esferas do Poder Judiciário por uma multiplicidade de operadores do direito que, mais vinculados aos fatos que originam as demandas judiciais, conseguem examinar concretamente a extensão dos benefícios ou malefícios que o ato impugnado causa na vida das pessoas. Além disso, as dimensões continentais de nosso País, e a imensa população que ele abriga facilita a multiplicidade de demandas que têm em comum a mesma questão constitucional. Assim, nesse sistema de fiscalização da constitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir, a questão constitucional já está madura na sociedade, permitindo ao intérprete máximo da Constituição dar a palavra conclusiva sobre o texto impugnado.

O controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, produz efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, contornos que foram paulatinamente sendo traçados pela jurisprudência do Supremo sob o império da Emenda nº 16/65 e Constituições 1967/1969. O sistema sofreu inovações que permitiram abertura para a participação da sociedade, seja pela possibilidade de nomeação de peritos, seja pela participação do chamado *amicus curiae*, ou mesmo pela realização de audiências públicas, embora isso aconteça em número reduzido de ações. O sistema afeta seriamente a vida dos cidadãos, já que permite ao Relator do processo que conceda cautelar suspendendo a eficácia do texto legal impugnado, em decisão monocrática. Não existe, como se vê, a multiplicidade de opiniões jurídicas a respeito do texto legislativo; ainda, quando o Relator decide monocraticamente, dificilmente pode avaliar os benefícios e malefícios que o ato impugnado pode causar, seja porque

não decide em face de um caso concreto, seja porque o processo em que decide não conhece partes (ou seja, não se conhece os argumentos das partes). Todavia, é o principal meio de controle da constitucionalidade das leis no Brasil, desde a Constituição de 1988.

O sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil conhece, de modo expresso na Constituição, duas possibilidades de atribuição de efeitos vinculantes às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal: a suspensão da eficácia pelo Senado e a Súmula Vinculante. A competência do Senado pertence à tradição constitucional brasileira e confere eficácia *erga omnes* à decisão emanada do Supremo. Trata-se de fórmula que possui hoje apenas valor histórico, especialmente em face da Constituição atual que deu grande amplitude às ações diretas de inconstitucionalidade, transformando-as no principal meio de fiscalização da constitucionalidade no nosso País. Ademais, a fórmula do Senado não se coaduna com as modernas técnicas de controle de constitucionalidade que preservam o texto normativo (interpretação conforme à constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Além disso, as inovações legislativas que permitem ao relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do STF. Finalmente, a própria realidade demonstra que a fórmula do Senado, importante para a História, ficou obsoleta nos tempos presentes: o instituto nunca foi utilizado de modo expressivo pela Alta Câmara do Congresso Nacional.

A Súmula Vinculante foi inovação da Emenda nº 45/2004. Objetiva a racionalização dos julgamentos do Poder Judiciário relativamente a questões repetitivas, concedendo efeitos que superam o mero caso individual. Elas estão inseridas, como já afirmado, no controle difuso de constitucionalidade das leis. Essa constatação é importante porque elas somente podem ser editadas depois de haver reiteradas decisões da Corte a respeito da questão constitucional, o que pressupõe o completo amadurecimento do debate em toda a sociedade, porquanto (a) nos processos que ensejam a edição de seus enunciados participaram advogados, pareceristas, promotores, juízes, etc.; (b) os argumentos das partes têm por referência os efeitos concretos que o ato impugnado os

beneficia ou prejudica, o que permite melhor verificar as conseqüências de sua anulação; (c) permite à Corte Suprema a análise de centenas de casos concretos nos quais a questão constitucional se repete, em face das dimensões continentais e populacionais de nosso País; (d) possibilita ao STF o exercício do poder pacificador da querela constitucional.

A edição de Súmula Vinculante não tem o poder pernicioso que pode ter o exercício das ações diretas de controle da constitucionalidade, ou mesmo do Senado Federal. É que o exame da questão constitucional nas ações diretas não tem essa riqueza de conteúdo do controle difuso, seja porque os legitimados a participar são em número limitados, seja porque não se examinam os efeitos concretos do ato impugnado (já que o processo objetivo não conhece partes), seja, ainda, porque permite a suspensão da eficácia da lei, de inopino, na visão unipessoal do relator do processo. Igualmente, na fórmula da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional, a eficácia *erga omnes* pode ocorrer da decisão prolatada em um único julgado, ao contrário da súmula vinculante, onde se exige a repetição de julgados para a sua edição.

Finalmente, um argumento da realidade: no controle difuso de constitucionalidade, onde se situa o instituto da súmula vinculante, decidida a questão constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dificilmente as cortes inferiores deixam de aplicar o precedente, o que, de certo modo, torna o instituto da súmula vinculante, na grande parte das questões constitucionais, de duvidosa utilidade para a redução do número de processos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é quem primeiramente reconheceu às decisões proclamadas no controle abstrato de constitucionalidade a qualidade de coisa julgada material oponível contra todos (ou seja, com eficácia *erga omnes*). A coisa julgada, no sistema brasileiro, não abrange os motivos do julgado; portanto, ao proteger o que ficou decidido no dispositivo contra todos, não há impedimento da reiteração material do ato declarado inconstitucional. É que efeito vinculante e eficácia contra todos são conceitos diversos: enquanto essa última está ligada ao dispositivo do julgado, os efeitos vinculantes se ligam aos motivos determinantes da decisão (a *ratio decidendi*) subjacente ao julgado.

Verifica-se no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil uma franca aproximação entre os modelos difuso e abstrato. Os pontos de contato do controle concentrado para o difuso são os seguintes: (a) a exigência de pertinência temática para se aceitar a legitimidade para a propositura da ADIN, ADC e ADPF, porquanto um processo objetivo prescindiria do exame de interesse específico na causa, já que se discute a aplicação da lei em tese; esse característico se ajustaria apenas ao modelo difuso, onde se examinam interesses subjetivos; (b) a figura do *amicus curiae*, igualmente, que permite apresentação de memoriais especializados, geralmente em assuntos inéditos, inusitados, difíceis, na medida de seus interesses no julgamento da causa; (c) a previsão de realização de perícia, prevista no § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, possibilita à Corte o exame de questões de fato que podem interferir no julgamento, mitigando o processo objetivo de controle; e (d) na afirmação, por parte do STF, que a eficácia vinculante das decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade não se limitam ao dispositivo da decisão, mas englobam também, os motivos que a determinaram.

Já a aproximação do controle difuso para o concreto seria encontrável (a) nos julgados em que o STF vem concedendo efeito transcendente em recurso extraordinário, autorizado pelo art. 557, *caput* e §1-A do CPC; (b) a instituição do novo requisito para admissibilidade dos extraordinários, qual seja, necessidade de comprovar que a questão constitucional em exame tenha repercussão geral; (c) o abrandamento da exigência de cumprimento do princípio da reserva de plenário nos Tribunais (art. 97 da CF), quando o Supremo já houver se pronunciado sobre a (in) constitucionalidade da lei questionada; (d) as inovações legislativas que permitem ao relator dar provimento ao recurso monocraticamente se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF. Essa aproximação entre os sistemas, torna obsoleta a histórica fórmula da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado.

A concessão de efeitos transcendentais aos motivos determinantes da decisão é a grande novidade jurisprudencial no Brasil. Rompe-se a cultura de se observar apenas o teor do dispositivo do julgado para se

examinar, detalhadamente, os fundamentos que construíram a decisão. O *leading case* que aplicou essa teoria no Brasil, no âmbito das ações diretas, foi a Reclamação nº 1.987-0/DF, em que se reconheceram efeitos vinculantes aos motivos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade na ADI 1.662.

No controle difuso se registram vários precedentes da aplicação dessa doutrina (RE 228.884, Rel. Ministro Maurício Correa, DJ de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-203; AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8-4-2004; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003).

Por essa doutrina, que tem origem na Alemanha, a decisão do Supremo deixa de atingir apenas o ato declarado inconstitucional, ficando proibida (a) a reprodução do conteúdo substancial desse ato, (b) a manutenção de outros atos com conteúdo semelhante e (c) a adoção de via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do STF.

A limitação do efeito vinculante à parte dispositiva tornaria vazio esse instituto, já que nada acrescentaria aos institutos da eficácia *erga omnes* e da coisa julgada. Não obstante os precedentes citados do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a discussão relativa à eficácia transcendente dos efeitos determinantes da decisão foi reaberta no Supremo no julgamento da Reclamação nº 4.219 em face da ADIN nº 2.602/MG (o julgamento da Reclamação ainda não está terminado).

A doutrina da vinculação pela eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão encontra justificativa sistemática no nosso meio, porquanto, a partir da inclusão do requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários, não há sentido entender que o Supremo, apreciando a questão constitucional no caso concreto, resolve apenas o conflito estabelecido naqueles autos. Parece que a adoção desse instituto pelo Constituinte direciona a interpretação que se dever dar ao controle difuso, ou seja, não mais para a solução do caso concreto, mas para resolver questões constitucionais que efetivamente tenham repercussão na sociedade, a exemplo do que ocorre com o sistema abstrato de constitucionalidade, no qual as decisões valem para todos. Sustentar que

o recurso extraordinário deve continuar sendo um recurso para o reexame da questão constitucional limitada ao caso particular parece esvaziar o sentido do novo instituto criado pelo constituinte derivado, porque não teria sentido a implantação desse requisito, se o extraordinário, mesmo tendo repercussão geral, soluciona somente o conflito entre os envolvidos naqueles autos que suscitaram a questão constitucional.

Os subsídios doutrinários do sistema norte-americano no âmbito do *common law* e na cultura dos precedentes podem colaborar no exato entendimento dessa doutrina da eficácia dos motivos determinantes da decisão. Novidade no Brasil, a extração da regra do julgado (*holding* ou *ratio decidendi*) é atividade do dia-a-dia nas Cortes Americanas. Por isso, o estudo dos conceitos desenvolvidos naquele sistema relativamente ao dispositivo, à fundamentação e ao comando genérico emergente da decisão, aplicável a casos futuros, é fundamental para a formação da cultura de respeito aos precedentes no Brasil.

A compreensão exata desse novo instituto é responsabilidade principal do próprio Supremo Tribunal Federal, já que é ele quem vai dosar a aplicação dessa doutrina no País. É o STF que tem as ferramentas para garantir a autoridade de seus julgados (a Reclamação); portanto, dele é a responsabilidade de fazer valer suas decisões. Nesse particular, em face do relevo que a fundamentação dos julgados passará a ter, é do Supremo a tarefa de elucidar no julgado as razões pelas quais a Corte decidiu a questão constitucional dessa ou daquela maneira, já que a regra extraída do julgado (*holding*), além de fixar a interpretação obrigatória para os casos semelhantes ou idênticos, ajuda na resolução de casos inéditos, pela natural vocação que o precedente tem à expansão. Será o Supremo que, fundamentando objetivamente os julgados, evitando a dispersão de votos, fundamentos, razões de justiça, vai contribuir para que o precedente seja facilmente compreendido e assimilado pelas Cortes vinculadas.

Por outro lado, as Cortes vinculadas passarão a exercer um novo papel, qual seja, de interpretar o precedente (ou seja, a regra vinculante extraída da fundamentação) e, utilizando-se dos mecanismos de assimilação e diferenciação, possibilitar que o precedente se expanda ou se

contraia até seus limites, dando vida à jurisprudência da Suprema Corte, porquanto são elas (as cortes vinculadas) as primeiras a interpretar o precedente, ao apreciarem um novo caso alegadamente análogo.

Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade estão em constante e paulatina marcha de aproximação. Ambos incorporam valores caros ao constitucionalismo, como a proteção dos direitos fundamentais. As justificativas para atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes são comuns tanto na família da *common law* como do *civil law*. Elas representam determinados valores de segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade que são comuns a todos os países e sistemas. A cultura de observância de precedentes contribui para a realização desses valores, na medida em que consolida o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional e não como órgão de revisão dos julgados das demais instâncias judiciais. Finalmente, essa cultura contribui para a intensificação da força normativa da Constituição.

OBRAS CONSULTADAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. *O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em 06.05.2009.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação. Explicitação das Normas da ABNT*. 14 ed. Porto Alegre: s.n., 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed., Campinas: Russel, 2005.

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

MARINONI. Luiz Guilherme. *Ações Repetitivas e Julgamento Liminar*. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_RE_PETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf>. Acesso em 06.05.2009.

MARMELSTEIN, George. Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil. Disponível em <<http://direitos-fundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madisonbrasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa* n. 179, Brasília, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Marcantonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em <www.leniostreck.com.br>, acesso em 29.04.2009.

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