

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Leonardo Rocha Lippert

**O PAPEL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Porto Alegre
2014

LEONARDO ROCHA LIPPERT

**O PAPEL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre
2014

LEONARDO ROCHA LIPPERT

**O PAPEL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Carlos Eduardo Dieder Reverbel
Orientador

Agradecimentos

Agradeço à minha família, especialmente à minha companheira, Ana Paula Scheer Klafki, pelo apoio incondicional. Agradeço também ao Professor Carlos Eduardo Dieder Reverbel, pela orientação, aos demais professores da universidade, cujas lições influíram decisivamente em minha formação intelectual, e aos servidores Eliane de Souza Zorzo, Elisabeth da Silva Timótheo e Irineu Gomes Jr., da Comissão de Graduação, pelo inestimável auxílio.

Resumo

Visando à compreensão do papel das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle incidental de constitucionalidade e de sua aptidão para uniformizar as decisões judiciais relativas a matéria constitucional, realizou-se, inicialmente, após a apresentação de uma definição de controle de constitucionalidade e de alguns conceitos afins, para contextualizar o controle judicial de constitucionalidade brasileiro, a exposição de uma comparação entre as matrizes estadunidense e austríaca de jurisdição constitucional e da evolução do controle judicial de constitucionalidade no Brasil ao longo das constituições de 1824, de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1988. Em seguida, efetuou-se o estudo de três institutos precipuamente relacionados ao exercício do controle incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase nos efeitos interprocessuais de cada qual: o recurso extraordinário, que configura o meio por excelência do exercício do controle incidental de constitucionalidade por aquele tribunal, a súmula vinculante, que vincula os órgãos judiciais e administrativos à sua jurisprudência, e a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional, que atribui generalidade à decisão daquela corte dada no controle incidental de constitucionalidade. Por fim, concluiu-se que nenhum desses institutos é plenamente apto a assegurar a homogeneidade das decisões judiciais quanto a questões constitucionais, em razão de deficiências tanto quantitativas como qualitativas.

Palavras-chave: Controle incidental de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Súmula vinculante. Suspensão pelo Senado Federal.

Abstract

Intending to understand the role of judgments made by the Brazilian Federal Supreme Court in the use of judicial review of constitutionality of legislation and its suitability for unify the judicial decisions on constitutional matters, it was accomplished, first, after the presentation of a definition of judicial review and some related concepts, to contextualize the judicial constitutionality in Brazil, the exposure of a comparison between the American and Austrian matrices of constitutional jurisdiction and the evolution of judicial review of constitutionality in Brazil along the constitutions of 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 and 1988. In the next step, was carried out the study of three institutes specially related to the exercise of judicial review of constitutionality by the Supreme Court, with emphasis on its interprocedural effects: the extraordinary appeal, which configures the instrument par excellence of the exercise of judicial review by that court, the binding summula, that binds the judicial and administrative bodies to its precedents, and the suspension by the Federal Senate of the execution of a law judged unconstitutional, which attaches *erga omnes* efficacy to that decision of judicial review made by that council. Finally, it was concluded that none of these institutes is quite capable of ensuring homogeneity of judicial decisions on constitutional issues, due to both quantitative and qualitative deficiencies.

Key-words: Judicial review of legislation. Supreme Court. Extraordinary appeal. Binding summula. Suspension of the execution by the Federal Senate.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DEFINIÇÕES PRELIMINARES	12
1.1. Considerações iniciais.....	12
1.2. Inconstitucionalidade	12
1.3. Constituição rígida e constituição flexível.....	14
1.4. Controle de constitucionalidade	15
1.5. Controle incidental e controle principal.....	18
1.6. Controle descentralizado e controle centralizado	19
1.7. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e Interpretação conforme a constituição	21
1.8. Controle de omissão inconstitucional	22
1.9. Definição do conceito de controle judicial de constitucionalidade.	23
1.10. Controle de constitucionalidade administrativo e legislativo.....	24
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MATRIZES E EVOLUÇÃO NO BRASIL	26
2.1. Considerações iniciais.....	26
2.2. Matrizes do controle judicial de constitucionalidade contemporâneo.	26
2.2.1. Matriz estadunidense	27
2.2.2. Matriz austríaca.....	30
2.3. Evolução histórica do controle judicial de constitucionalidade no Brasil	33
2.3.1. Constituição de 1824.....	34
2.3.2. Constituição de 1891	34
2.3.3. Constituição de 1934.....	36
2.3.4. Constituição de 1937	37
2.3.5. Constituição de 1946.....	38
2.3.6. Constituição de 1967	40
2.3.7. Constituição de 1988.....	41
3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO	44
3.1. Considerações iniciais.....	44
3.2. Evolução histórica	44

3.3. Características	45
3.4. Reserva de plenário e incidente de declaração de inconstitucionalidade de lei.	46
3.5. Cabimento	48
3.6. Prequestionamento	49
3.7. Exaurimento das instâncias ordinárias	50
3.8. Repercussão Geral: antecedentes históricos e características	51
3.9. Julgamento por amostragem de recursos extraordinários fundamentados em idêntica controvérsia	54
3.10. Objetivação do recurso extraordinário.....	56
4. SÚMULA VINCULANTE	60
4.1. Considerações iniciais.....	60
4.2. Evolução do direito sumular no Brasil	60
4.3. Características	64
4.4. Objeto da súmula vinculante	65
4.5. Procedimento	66
4.6. Requisitos.....	67
4.7. Efeitos	68
4.8. Reclamação constitucional.....	69
4.9. Controle de constitucionalidade de súmula vinculante	71
5. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL.....	73
5.1. Considerações iniciais.....	73
5.2. Evolução histórica	73
5.3. Procedimento e objeto.....	75
5.4. Eficácia.....	76
5.5. Abrangência da resolução senatorial suspensiva	77
5.6. Controle de constitucionalidade sobre a resolução suspensiva	79
5.7. Anacronismo e mutação constitucional: polêmica na Reclamação nº 4335-5/AC	79
CONCLUSÃO	86
BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal exerce sua função precípua de guarda da Constituição da República essencialmente por duas vias: o controle principal e centralizado e o controle incidental e descentralizado de constitucionalidade de leis. Entretanto as consequências de sua atuação em cada uma delas têm efeitos distintos: enquanto as decisões proferidas no principal têm efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação aos órgãos administrativos e judiciais, as proferidas no incidental têm, em regra, efeitos *inter partes* e restritos aos respectivos processos, razões pelas quais não vinculam os órgãos administrativos ou judiciais.

Desse dualismo decorre que suas decisões, por um lado, se proferidas no controle principal, têm aptidão para “pacificar” os dissídios judiciais, mas, por outro, se proferidas no incidental, são incapazes de impedir que as controvérsias sobre matéria constitucional resultem em heterogeneidade das decisões das demais instâncias judiciais e em inefetividade das normas constitucionais. Esse panorama problemático – que, embora não seja exclusividade da jurisdição constitucional, nela alcança seu ápice – configura um óbice à plenitude da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual. Uma alternativa para atenuar essa situação é a atribuição de eficácia vinculante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tornando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle incidental análogos aos das proferidas em sede de principal. Essa vinculatividade é estabelecida por institutos que, inspirados ora no direito norte-americano, ora no europeu, têm sido paulatina e progressivamente implantados na ordem jurídica brasileira, exemplos dos quais são a resolução suspensiva da execução de lei pelo Senado Federal e a súmula vinculante.

A despeito desses progressos, estabelecidos pelo constituinte originário ou pelo derivado, os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau asseveraram, em seus votos no julgamento da Reclamação nº 4335-5 pelo Supremo Tribunal Federal, que, em razão de uma mutação constitucional, a *ratio* das decisões proferidas por aquele tribunal, ainda que no controle incidental de constitucionalidade, devia obrigatoriamente ser seguida pelos demais órgãos judiciais. Em outras palavras: afirmou-se que os efeitos das decisões tomadas no controle incidental eram equiparados aos das tomadas no principal. Como

consequência, seria desnecessária a edição de súmula vinculante pelo próprio colegiado ou de resolução suspensiva da execução da lei pelo Senado Federal.

A contrariedade dos votos de dois ministros do Supremo Tribunal Federal a disposições expressas e inequívocas do texto constitucional – embora não tenha sido respaldada pelos demais integrantes daquela corte – demonstra claramente que, ainda que os mecanismos de vinculação à sua jurisprudência não tenham sido suficientes para solucionar as impropriedades do paralelismo dos controles principal e incidental, os problemas relacionados aos dissídios judiciais dificilmente serão resolvidos com a simples instituição de novos instrumentos com esse fim no âmbito do controle incidental-descentralizado. A busca por novas alternativas deve ser precedida de uma avaliação do papel desse tribunal nessa esfera e da aptidão dos efeitos das respectivas decisões para permitir que ele desempenhe sua função precípua, mormente a fim de não ser feita tábula rasa do texto constitucional.

Em vista dessas considerações, o propósito do presente trabalho será analisar, com base em pesquisa bibliográfica, sob um enfoque descritivo – sem pretensão de exaurimento –, três institutos: o recurso extraordinário, a súmula vinculante e a resolução suspensiva da exequibilidade de lei declarada inconstitucional, com ênfase nos efeitos interprocessuais de cada um deles, após a realização de algumas definições preliminares e de uma breve contextualização comparativa e histórica. A circunscrição da pesquisa a esse objeto é adequada por ser o recurso extraordinário o principal meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal exerce o controle incidental de constitucionalidade e pela sua correlação funcional e histórica com a súmula vinculante e com a resolução suspensiva do Senado Federal. Somente a partir desse exame será possível aferir se esses institutos são suficientemente aptos para permitir que a corte constitucional promova sua função de garantir a efetividade das normas constitucionais.

O trabalho será dividido em cinco capítulos, nos quais será realizada a exposição, respectivamente: a) de uma definição conceitual do controle judicial de constitucionalidade e da distinção entre o controle incidental-descentralizado e o controle principal-centralizado; b) da matriz estadunidense e da austríaca do controle judicial de constitucionalidade e da evolução do controle judicial de constitucionalidade no Brasil; c) do recurso extraordinário, com ênfase na repercussão geral, no julgamento por amostragem de recursos com idêntico fundamento e nos seus efeitos interprocessuais; d) da súmula vinculante, após uma

retrospectiva histórica do direito sumular brasileiro, e da reclamação constitucional; e e) da suspensão por parte do Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, serão apresentadas as conclusões inferidas a partir da análise realizada.

1. DEFINIÇÕES PRELIMINARES.

1.1. Considerações iniciais.

Inicialmente, será fornecida uma breve exposição dos significados de “inconstitucionalidade”, de “constituição rígida” e “constituição flexível” e de “controle de constitucionalidade”, distinguindo suas duas modalidades judiciais: o incidental e o principal, bem como a extensão de sua titularidade: descentralizada e centralizada. Em seguida, serão definidas a “interpretação conforme a constituição” e a “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, bem como o “controle judicial de constitucionalidade por omissão”, após o que será dada uma definição conceitual do “controle judicial de constitucionalidade”. Por fim, serão exemplificados alguns casos de controle de constitucionalidade legislativo e administrativo.

Pretende-se, dessa forma, apresentar algumas definições a serem postas em evidência, sob perspectivas comparativa e histórica, no capítulo seguinte.

1.2. Inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade pode ser definida como a desconformidade¹ de uma ação ou de uma omissão com a constituição. Essa desconformidade pode ser direta ou imediata, se independer de qualquer condição, ou indireta ou mediata, se sua caracterização depender de qualquer condição, especialmente a edição de uma lei².

¹ Essa desconformidade é também chamada de “irregularidade” (conforme Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2007, p. 124), significando o oposto de “regular” (do latim *regŭla*, conforme Torrinha, Francisco. *Dicionário latino português*. 2ª edição. Porto: Gráficos Reunidos. 1942, p. 738), aquilo que é conforme o padrão ou a medida; também é denominada “invalidade” (conforme Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2014, p. 469), significando o oposto de “válido” (do latim *validus*, conforme Torrinha, p. 912), aquilo que é são ou saudável.

² “Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta.” Kelsen, 2007, p. 135-137. Embora não ignoremos outras classificações, essas distinções – por ação ou por omissão e direta ou indireta – são especialmente relevantes. O controle de inconstitucionalidade da omissão inconstitucional será visto no tópico 1.8; já o estudo de outras classificações é, para os fins do presente trabalho, dispensável.

Quando um indivíduo, *v.g.*, comete furto ou deixa de adimplir uma obrigação contratual, age em desconformidade com a constituição, pois, como ela determina que os indivíduos sigam as leis e como o Código Penal e o Civil – que são leis ou como tais foram recepcionados pela constituição – proíbem, respectivamente, o furto e o inadimplemento contratual, desrespeitar qualquer deles implica desrespeitar a constituição. Em sentido inusual, portanto, todo e qualquer ato contrário à ordem jurídica será, necessariamente, um ato contrário à constituição, que, por ser a norma matriz, elementar, fundamental e essencial da ordem jurídica, literalmente a “constitui” – sob esse enfoque, a ordem jurídica nada mais é, em última análise, do que um produto das normas constitucionais, que são, em sua maioria, normas indiretas de conduta³.

Contudo o sentido usual do termo “inconstitucionalidade” e o de suas variações é a desconformidade direta ou imediata de uma ação ou de uma omissão com uma norma constitucional, *i.e.*, o valor negativo de uma ação ou de uma omissão a partir de um parâmetro composto exclusivamente por normas constitucionais, sem depender do preenchimento de qualquer outra condição⁴. Assim, quando o Congresso Nacional aprova emenda à constituição ou lei suprimindo um direito fundamental ou a separação dos poderes, há inconstitucionalidade direta, porquanto o valor negativo de tais atos – aprovação da emenda constitucional ou da lei – independe de qualquer outro fato⁵. A mesma inconstitucionalidade estará configurada se o Presidente da República editar medida provisória sobre matéria penal⁶ ou se o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante sem que haja reiteradas decisões sobre a matéria nela regulada ou cujo conteúdo determine como punição ao estuprador a pena de morte. Doravante, quando neste trabalho se falar em inconstitucionalidade, será à inconstitucionalidade em sentido usual, *i.e.*, direta ou imediata, aquela à qual se estará fazendo referência.

³ Ross, Alf. *Direito e justiça*. 2ª edição. Bauru: Edipro. 2007, p. 56-57. Kelsen, 2007, p. 132.

⁴ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2005, p. 67.

⁵ Artigo 60, § 4º, da Constituição da República: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁶ Artigo 62, § 1º, da Constituição da República: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil; [...]” Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

1.3. Constituição rígida e constituição flexível.

Uma constituição modificável apenas por meio de procedimentos excepcionais – geralmente, exigindo que o quórum seja maior do que o necessário para a aprovação de leis e que as alterações não versem sobre certas matérias, como no caso da brasileira – é classificada como uma constituição “rígida”. Como o principal objeto do controle de constitucionalidade são as leis, a rigidez da constituição é um requisito para que, em termos práticos, se possa falar em controle de constitucionalidade, pois do contrário, haveria somente controle de legalidade. Conforme Luís Roberto Barroso:

“Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisar ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.”⁷

Disso se origina o objetivo de proporcionar à constituição “a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas”, surgindo, assim a distinção entre a forma constitucional e a forma legal⁸. Conforme Hans Kelsen:

“Se o direito positivo não diferencia essas duas formas, o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso freqüente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las⁹.”

Uma constituição que não estabeleça essa distinção, *i.e.*, uma cuja modificação possa ocorrer pelo mesmo procedimento de criação das leis ordinárias, é classificada como “flexível”.

A própria Constituição da República de 1988 regula um procedimento especial a partir do qual a maioria de suas normas pode ser modificada: trata-se da reforma constitucional, que ocorre com a criação de emendas constitucionais pelo

⁷ Barroso, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 24. Ressalva-se, seguindo a linha kelseniana, que o objeto do controle de constitucionalidade não é uma norma, mas, sim, um ato; a norma é o produto jurídico desse ato.

⁸ Kelsen, 2007, p. 131.

⁹ Kelsen, 2007, p. 132.

Congresso Nacional¹⁰. Somente pelas emendas constitucionais as normas constitucionais podem ser regularmente alteradas, e somente o Congresso Nacional pode criá-las¹¹. Desse modo, uma emenda que contrariar uma norma constitucional não será inconstitucional – a menos que se trate de uma das normas (“cláusulas”) constitucionais pétreas, cuja supressão é vedada. A partir disso se conclui que todos os atos distintos de emenda constitucional que contrariarem as normas constitucionais serão necessariamente inconstitucionais.

1.4. Controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser definido, preliminar e provisoriamente, como o poder de nulificar¹² os efeitos jurídicos ou as consequências jurídicas de uma lei¹³, com fundamento em sua inconstitucionalidade, atribuído a certas autoridades estatais¹⁴. Não se confunde esse poder com a possibilidade de a constitucionalidade de uma lei ser controlada, fiscalizada, examinada ou aferida, se tomados esses termos em seu sentido lato. Se alguém ler o inciso XL do artigo 5º da Constituição da República¹⁵, saberá que a lei penal somente deve retroagir em benefício do infrator; se, em seguida, ler o texto de

¹⁰ Há também a revisão constitucional, que se diferencia da reforma por ser um procedimento simplificado, mas admissível somente por curto período após sua promulgação.

¹¹ A única exceção é o disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹² Luís Afonso Heck considera adequada, para traduzir a palavra *Vernichtbarkeit*, utilizada por Kelsen em suas obras escritas em Alemão, a palavra *nulificabilidade*, em lugar da palavra *anulabilidade*, utilizada nas traduções de suas obras para o Português, havendo, ainda, entre ambas uma relação de espécie e gênero, conforme Heck, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008, p. 34, nota nº 32. Faremos, neste trabalho, uso dessa distinção, com a ressalva de que, por sua consagração na tradição, faremos uso eventual da expressão “declaração de inconstitucionalidade”. Em relação às omissões inconstitucionais, geralmente não há um ato constitutivo “negativo”, *i.e.*, uma nulificação, mas, sim, o oposto: um ato constitutivo “positivo”, conforme será visto no tópico 1.8.

¹³ Serão tratadas como sinônimas as expressões “nulificação de um ato” e “nulificação dos efeitos de um ato” normativo.

¹⁴ O controle de constitucionalidade pode ser exercido não apenas por meio da nulificação do ato, mas também através da interpretação conforme a constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Para facilitar a exposição, será feita referência a elas no tópico 1.7.

¹⁵ Inciso XL do artigo 5º: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

alguma lei que criminalize retroativamente uma conduta, saberá que essa lei é inconstitucional, pois estará em desconformidade com a vedação que a constituição lhe impõe. Esse exemplo, apesar de bastante singelo, é suficiente para demonstrar que o controle, a fiscalização, o exame ou a aferição da inconstitucionalidade de um ato, em sentido lato, configura uma simples operação intelectual, passível, portanto, de ser realizado não somente por certas autoridades estatais, mas por todos aqueles providos de um mínimo de inteligência.

O ato de controle de constitucionalidade, em sentido estrito, por sua vez, não é uma simples operação intelectual, mas um ato ao qual são atribuídas certas consequências jurídicas e cujo exercício é restrito a certas autoridades – comparando com uma situação cotidiana, é como em um jogo de futebol: qualquer um é capaz de saber se foi pênalti, mas somente o árbitro tem o poder de marcar o pênalti. Por isso, mesmo tendo ciência da inconstitucionalidade, um professor de direito que pratique uma conduta à qual uma lei posterior a ela comine retroativamente a pena de prisão não deixará de estar sujeito à punição. Um policial deverá investigá-lo e um promotor de justiça deverá acusá-lo, pois ambos, mesmo perfilhando a opinião do professor, não estão autorizados a deixar de cumprir uma lei, mesmo uma inconstitucional; somente um juiz, *v.g.*, terá o poder de nulificá-la, no procedimento criminal no qual a conduta do professor venha a ser seu objeto¹⁶.

¹⁶ “[...] O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, tem o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de trata-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável. Na ausência de tal limitação, qualquer ato jurídico viciado deveria ser considerado nulo, isto é, como não sendo um ato jurídico. De fato, os diversos direitos positivos contém restrições acentuadas ao poder que, em princípio, cabe de direito a qualquer um de tratar os atos irregulares como nulos. Em geral, os atos dos particulares e os atos das autoridades são tratados de forma diferente quanto a esse aspecto. Em linhas gerais, constata-se uma tendência a tratar os atos das autoridades públicas, inclusive os atos irregulares, como válidos e obrigatórios enquanto outro ato de outra autoridade não os faz desaparecer. A questão da regularidade ou da irregularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida pura e simplesmente pelo cidadão ou pelo órgão estatal a que este se dirige pedindo obediência, mas pela própria autoridade que produziu o ato cuja regularidade é contestada, ou por uma outra autoridade cuja decisão é provocada por meio de um procedimento determinado. Esse princípio, aceito em mais ou menos larga medida pelos diferentes ordenamentos, e que podemos denominar princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas, comporta certos limites. O direito positivo nunca pode decidir que qualquer ato que se apresente como ato de uma autoridade pública deva, sem distinção, ser considerado tal até ser anulado por um ato emanado de outra autoridade [...]” Conforme Kelsen, 2007, p. 141.

A diferença entre, de um lado, o professor de direito, o policial e o promotor de justiça e, de outro, o juiz está não em que somente este possa aferir a inconstitucionalidade da lei, mas, sim, em que somente ele possa regularmente deixar de aplicar a lei inconstitucional ao caso sob julgamento, *i.e.*, somente ele tem o poder de nulificar certas consequências da edição pela autoridade legislativa da lei em questão. “A opinião de qualquer outro indivíduo é irrelevante”¹⁷, sob um ponto de vista estritamente jurídico.

Assim, se uma lei inconstitucional deve ser obedecida, enquanto não houver sua nulificação, então a norma legal integra a ordem jurídica como qualquer outra. Por essa razão é incorreto afirmar que a lei inconstitucional não produz efeitos jurídicos ou que tem existência apenas aparente¹⁸, bem como que o ato de nulificação não tem caráter desconstitutivo, mas meramente declaratório¹⁹. Mesmo em casos simples como o exemplificado, nos quais venha a ser unanimemente reconhecida a inconstitucionalidade, a norma integrará a ordem jurídica, enquanto não for nulificada²⁰, ainda que retrospectivamente.

Supondo-se que a referida lei, em um procedimento de controle principal, fosse julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por, *v.g.*, considerá-la meramente interpretativa, não se poderia dizer que tal lei passou a ser constitucional. Apesar de, a partir desse julgamento, todos os órgãos judiciais – inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal – deverem abster-se de nulificá-la incidentalmente, em razão da autoridade da coisa julgada da decisão²¹, ainda assim tal lei não deixaria de estar em desconformidade com os parâmetros estabelecidos pela Constituição da República e de ser, por isso, inconstitucional – a despeito da

¹⁷ Kelsen, 2005, p. 223.

¹⁸ “A chamada lei ‘inconstitucional’ não é nula *ab initio*, ela é anulável; ela pode ser anulada por motivos especiais.” Conforme Kelsen, 2005, p. 227.

¹⁹ “A ‘declaração’ em questão tem, contudo, não caráter declaratório, mas constitutivo. Sem essa declaração do órgão competente, a norma não pode ser considerada nula.” Conforme Kelsen, 2005, p. 231.

²⁰ “[A] anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro [...]. Mas pode também ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões judiciais proferidas com fundamento nessa lei. Porém a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início.” Conforme Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2003, p. 306-307.

²¹ A eficácia desse julgamento é tanto vertical, estendendo-se às instâncias inferiores, quanto horizontal, vinculando o próprio órgão prolator da decisão. Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 635.

inconstitucionalidade da própria decisão do tribunal, que, quanto ao seu conteúdo, é contrária às normas constitucionais.

1.5. Controle incidental e controle principal.

A inconstitucionalidade de uma lei é condição para que seja devido por parte das autoridades titulares do controle de constitucionalidade o exercício desse poder, se para tanto forem instadas através do procedimento adequado²². Uma deve exercê-lo ao constatar a inconstitucionalidade de uma lei em um procedimento cujo objeto principal seja aferir essa inconstitucionalidade, caso em que, em regra, a nulificação é relativa a todas as consequências jurídicas de tal lei, *i.e.*, tem eficácia *erga omnes*²³. Outras devem exercê-lo se a inconstitucionalidade for constatada em um procedimento cujo objeto seja um caso regulado por essa lei, hipótese em que, em regra, a nulificação é relativa somente a tal caso, *i.e.*, tem eficácia *inter partes*²⁴. Tem-se, no primeiro caso, o controle direto ou principal – *principaliter* – e, no segundo, o incidental – *incidenter tantum*²⁵.

Controle judicial de constitucionalidade incidental é o poder atribuído a um órgão judicial de nulificar, na solução de uma demanda particular, uma lei aplicável ao caso concreto com fundamento em sua inconstitucionalidade. Pressupõe sempre, portanto, um processo judicial com cujo objeto a questão da constitucionalidade da lei mantenha relação de prejudicialidade.

²² A distinção realizada no presente trabalho entre controle incidental e controle principal e a respectiva terminologia baseia-se na classificação exposta na obra de Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 773-774, e por Barroso, p. 72-73.

²³ Com a ressalva de que é possível a modulação dos efeitos da decisão.

²⁴ Também no controle incidental é possível a modulação dos efeitos temporais da decisão, embora seja de mais difícil aplicação do que no controle principal. A ressalva – “em regra” – é referente aos efeitos interprocessuais reflexos e anexos do julgamento do recurso extraordinário, a serem vistos no tópico 3.10.

²⁵ É equivocada a distinção entre controle concreto e controle abstrato, pois o controle de constitucionalidade sempre é concreto, *i.e.*, o objeto a ser aferido é sempre um ato – um ato, por sua vez, produtor de normas, como a edição de uma lei –, enquanto o parâmetro com base no qual o objeto será aferido será sempre uma norma. Além disso, os efeitos jurídicos de um ato normativo, seja um produtor de normas gerais, seja um de individuais, sempre são, em última análise, relativos a fatos concretos. Conforme Kelsen, 2005, p. 54-56, uma norma é produzida por um ato; um ato, por sua vez pode estar em conformidade ou em desconformidade com a norma que o regula. Seria correto, entretanto, falar em controle genérico e controle específico: neste, o controle é relativo aos efeitos da ação ou omissão em um caso particular, enquanto naquele, relativo aos efeitos em um conjunto, ainda que indeterminado, de casos.

O controle principal ou direto, por sua vez, tem como objeto a própria constitucionalidade da lei. Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero, nesse modo de controle:

“[A] questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio que constitui o objeto do processo. No controle principal, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução dessa questão para ser dirimido.”²⁶

1.6. Controle descentralizado e controle centralizado.

No Brasil, todas as autoridades judiciais são titulares do controle incidental de constitucionalidade – por isso também chamado de controle descentralizado –, mas somente o Supremo Tribunal Federal tem jurisdição²⁷ para exercer o controle principal – por isso também chamado centralizado²⁸. Esse é um ponto crucial que distingue o controle judicial incidental do principal: como todos os órgãos judiciais o titularizam descentralizadamente, o controle incidental está ao alcance de todo aquele que buscar a tutela do Poder Judiciário, enquanto a legitimação para iniciar o procedimento de controle principal perante o Supremo Tribunal Federal, que o titulariza centralizadamente²⁹, é restrita àqueles arrolados, *in numerus clausus*, no artigo 103 da carta magna³⁰.

²⁶ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 773.

²⁷ Há controvérsias sobre se o poder do Supremo Tribunal Federal no controle principal-centralizado é uma jurisdição separada da ordinária ou se é apenas uma competência distinta da dos demais órgãos judiciais. Conforme Reverbel, p. 69-71, referindo-se, entre outros, a Elival da Silva Ramos, para quem a atribuição do controle principal é questão de distribuição de competência.

²⁸ Os tribunais de justiça dos estados também titularizam o controle principal, conforme preceitua o artigo 125, § 2º, da Constituição da República, nos seguintes termos: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁹ Utilizamos a distinção entre controle centralizado e controle descentralizado, conforme leciona Reverbel. Ver nota nº 34.

³⁰ Barroso, p. 113. O artigo 103 da Constituição da República estabelece que são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Conforme Hans Kelsen:

“[A] diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sejam ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim a anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como legislador negativo. [...] Um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade elimina uma norma geral e assim atua também como legislador negativo (no sentido material da palavra *lex* – lei). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis.”³¹

É em razão da atuação paralaxica do Supremo Tribunal Federal, que ora desempenha o controle incidental, na qualidade de última instância recursal do Poder Judiciário, ora o controle principal, na qualidade de corte constitucional, que diversos equívocos têm sido perpetrados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias na distinção dos efeitos e dos fundamentos jurídicos de um e de outro caso³².

Esse sistema, no qual coexistem paralelamente, de um lado, o controle de constitucionalidade incidental-descentralizado e, de outro, o principal-centralizado, é designado doutrinariamente como “misto”, havendo, portanto, uma justaposição entre os paradigmas clássicos – americano e austríaco³³ –, na mesma ordem jurídica³⁴.

³¹ Kelsen, 2007, p. 263-264. Kelsen se equivoca nesse ponto, ao considerar equivalentes a) um tribunal deixar de decidir um caso concreto com base na lei que o regula e b) um tribunal nulificar essa lei para o caso concreto e, após a nulificação, julgá-lo. No caso brasileiro, o órgão fracionário de um tribunal ordinário, em razão da regra da reserva de plenário, só deverá deixar de aplicar ao caso concreto uma lei se a maioria dos componentes do tribunal decidir nulificar a lei para esse caso. Se decidir o caso concreto de modo distinto do preceituado pela lei que o regula, sem fazer uso do controle de constitucionalidade, não a estará nulificando, mas, simplesmente, decidindo de modo ilegal, *i.e.*, em desconformidade com as normas legais que integram a ordem jurídica. O próprio Kelsen, em diversas passagens de suas obras, realiza essa distinção, como quando, *v.g.*, distingue existência e efetividade da norma, como em Kelsen, 2005, p. 55-56. Apesar de essa distinção, evidente em nível teórico, ser, *in praxis*, difícil de ser percebida, se a inaplicação decorrer de nulificação, mesmo que não expressa, haverá exercício do controle de constitucionalidade, ainda que por órgão incompetente, mas dotado de jurisdição (Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”).

³² Conforme o tópico 5.7, no qual se analisa a tese da mutação constitucional do disposto no artigo 52, X, da Constituição de 1988.

³³ Estudados nos tópicos 2.2.1 e 2.2.2, respectivamente.

³⁴ Carlos Eduardo Dieder Reverbel refere-se ao controle de constitucionalidade não como um poder, mas como uma função, e, seguindo a terminologia de Victor Ferreres Comella, distingue a jurisdição ordinária da constitucional e denomina monista aquela em que ambas são fusionadas em uma mesma ordem jurídica e dualista aquela na qual cada jurisdição é exercida por órgãos distintos; na jurisdição monista essa função é descentralizada, pois é exercida por todos os integrantes do Poder Judiciário, enquanto na dualista é centralizada, pois é exercida privativamente por um tribunal

1.7. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e Interpretação conforme a constituição.

O poder de nulificar não é o único inerente ao controle judicial de constitucionalidade. Há na ordem jurídica brasileira duas outras “técnicas”, que apresentam similitudes em suas características, por meio das quais ele pode ser exercido: a “interpretação” conforme a constituição e a “declaração” de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Na “declaração” de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, apenas uma fração dos efeitos jurídicos da lei são nulificados. Distingue-se da “declaração” de inconstitucionalidade parcial com redução de texto pelo fato de que, apesar de em ambos os casos a decisão que considera a lei inconstitucional nulifica somente uma parcela de seus efeitos jurídicos, nesta uma parte do texto da lei será delida ou suprimida, enquanto naquela o texto da lei não terá o mesmo destino, *i.e.*, o texto permanecerá incólume, a despeito de as consequências jurídicas da lei parcialmente nulificada serem modificadas³⁵.

Na “interpretação” conforme a constituição – que não é uma simples interpretação, mas um exercício do controle de constitucionalidade³⁶ –, a decisão declara que somente uma – ou mais de uma – interpretação específica de uma lei não está em conformidade com a constituição, sendo, portanto, constitucionais as demais, ou que somente uma – ou mais de uma – interpretação específica está em conformidade com a constituição, sendo, portanto, inconstitucionais as outras. Assim, o órgão judicial manipula, ainda que de modo diminuto, o conteúdo do ato

constitucional; no sistema monista-descentralizado, a função de controle de constitucionalidade é cumulada por todos os componentes do Judiciário e, no dualista-centralizado, é separada; tem-se, assim, de um lado, o controle monista-descentralizado-cumulado e, de outro, o dualista-centralizado-separado. Conforme Reverbel, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012, p. 75-76. Em que pese ser bastante precisa essa classificação, será dada preferência à classificação do controle judicial de constitucionalidade em incidental e em principal, por ser mais adequada à descrição do modo pelo qual o controle de constitucionalidade é exercido especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁵ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 1058-1059. Mendes, 2012, p. 1402-1404.

³⁶ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 1056-1057: “A interpretação conforme a Constituição, ao contrário do que pode fazer supor o seu nome, não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. Constitui técnica que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma interpretação – conforme à Constituição.”

legislativo, reduzindo, aumentando ou alterando seus efeitos jurídicos originais, em interpretações, respectivamente, exclusivas, inclusivas e modificativas³⁷.

1.8. Controle de omissão inconstitucional.

Embora o controle judicial de constitucionalidade seja mais frequente nos casos de inconstitucionalidade por ação, também é possível em relação às omissões inconstitucionais. Uma omissão inconstitucional ocorre quando os órgãos estatais, em geral, e os órgãos legislativos, em particular, descumprem o dever imposto pela constituição de realizar um ato, especialmente a edição de um ato normativo do qual dependa o exercício de direitos constitucionais³⁸. A inconstitucionalidade decorrente de omissão pode ser total, se o ato devido não é praticado, ou parcial, se o ato, embora realizado, não corresponda totalmente à determinação constitucional³⁹.

O controle judicial de constitucionalidade da omissão inconstitucional comumente não é exercido através de um ato constitutivo “negativo”, *i.e.*, da nulificação de um ato normativo, mas, sim, de um ato oposto: um ato constitutivo “positivo”, seja proibitivo, seja impositivo. Esse controle pode ser exemplificado nos casos de determinação de abstenção de que certo produto seja comercializado – sem que haja lei estabelecendo essa proibição – e de determinação de que certo medicamento seja fornecido – sem que haja lei estabelecendo essa prestação⁴⁰. O órgão judicial, enfim, supre “a falta de regulamentação, criando a norma” aplicável⁴¹.

A omissão inconstitucional é passível tanto de controle incidental e descentralizado quanto de principal e concentrado⁴². No entanto, a Constituição da

³⁷ Síntese elaborada com base em Mendes, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, p. 1405-1414.

³⁸ Para Mendes, a omissão legislativa inconstitucional “pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.” Conforme Mendes, 2012, p. 1124.

³⁹ O caso clássico de omissão parcial referido por Mendes é o da chamada “exclusão de benefício incompatível com a constituição”. Conforme Mendes, 2012, p. 1124. Embora haja também a classificação da omissão em absoluta e em relativa, não a utilizaremos, em vista da falta de uniformidade a ela dada, como, *v.g.*, as adotadas por Mendes, 2012, p. 1124, e por Barroso, p. 300, e da sua irrelevância para os fins deste trabalho.

⁴⁰ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 892.

⁴¹ Barroso, p. 170.

⁴² O estabelecimento do mandado de injunção e da ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão não exclui a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão nos processos judiciais ordinários – ocorrência cotidiana na prática forense, conforme Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p.

República estabeleceu, adicionalmente, dois procedimentos especiais com essa precípua finalidade: o mandado de injunção, no artigo 5º, inciso LXXI⁴³, afeto ao controle incidental-descentralizado, e a ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, no artigo 103, § 2º⁴⁴, afeta ao controle principal-centralizado.

1.9. Definição do conceito de controle judicial de constitucionalidade.

Conforme o que acima foi exposto, o órgão judicial, ao realizar a interpretação conforme a constituição ou ao suprir a omissão inconstitucional, não atuará como simples legislador “negativo”. Ocorrerá exatamente o inverso: atuará como um genuíno legislador “positivo”. A constatação de que em tais casos a atuação do órgão judicial é caracterizada não por um ato de nulificação, *i.e.*, um ato constitutivo “negativo”, mas, sim, por um ato constitutivo “positivo”, evidencia que a definição preliminar e provisória do controle judicial de constitucionalidade, anteriormente elaborada⁴⁵, como o poder de nulificar um ato normativo, circunscreve-se a apenas uma parcela do conceito, sendo, portanto, incompleta.

Assim, define-se o conceito de controle judicial de constitucionalidade como o poder de modificar – seja nulificando, seja constituindo, seja alterando – as consequências jurídicas – ou os efeitos jurídicos – da ação ou da omissão de produzir uma norma, especialmente por meio da edição de uma lei, com fundamento em sua inconstitucionalidade, atribuído a autoridades judiciais⁴⁶.

890. Para esses autores: “Não existe razão para entender que o juiz tem poder para controlar a constitucionalidade da lei, quando esta é prejudicial à solução do litígio, e não tem poder para controlar a falta de lei quando esta é imprescindível à tutela de um direito fundamental. A constitucionalidade da lei e da falta de lei, nesta dimensão, constituem duas faces da mesma moeda.” Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 891.

⁴³ “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁴ “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁵ Conforme exposto no tópico 1.4.

⁴⁶ São equivocadas definições como a de Dirley da Cunha Júnior, para quem “o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a constituição”, pois, como foi assentado, uma simples verificação pode ser realizada por qualquer indivíduo. O controle de constitucionalidade *stricto sensu* consiste não em

1.10. Controle de constitucionalidade administrativo e legislativo.

Assegurar a constitucionalidade de leis não é dever exclusivo do Poder Judiciário. Vários outros órgãos estatais, de distintas maneiras, são incumbidos de velar pela conformidade dos atos normativos com a constituição, sejam eles órgãos administrativos, sejam legislativos, atuando preventivamente, *i.e.*, antes da perfectibilização do ato, ou repressivamente, *i.e.*, após a perfectibilização do ato – distinção com base na qual a atuação judicial é tipicamente repressiva.

Como exemplos, podemos apontar:

a) Os tribunais de contas, órgãos administrativos vinculados estruturalmente ao Poder Legislativo, que exercem o controle incidental de constitucionalidade nos procedimentos administrativos de controle de contas⁴⁷.

b) O chefe do Poder Executivo de cada ente federado, que pode vetar projeto de lei que considere ser inconstitucional – evitando a perfectibilização de uma lei inconstitucional⁴⁸ –, bem como, no uso do poder hierárquico, determinar que seus subordinados abstenham-se de executar leis que considere inconstitucionais.

c) O Presidente da República ou o governador de um estado, que pode decretar e executar a intervenção em estado ou em município⁴⁹.

d) O Senado Federal, que pode editar resolução suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal em controle *incidenter tantum*⁵⁰.

uma operação intelectual, mas em um poder cujo exercício necessariamente modifica a ordem jurídica.

⁴⁷ Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>.

Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁸ Artigo 66, § 1º, da Constituição da República: “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]”. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁹ Conforme os artigos 34, 35 e 84, X, da Constituição da República.

⁵⁰ Conforme será examinado no capítulo 5 deste trabalho.

e) O Congresso Nacional, que tem competência para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem de seu poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa⁵¹.

f) As comissões de constituição e justiça integrantes de cada uma das casas do Congresso Nacional, cujo parecer favorável à constitucionalidade de um projeto de lei é condição para sua aprovação⁵².

⁵¹ Conforme o artigo 49, V, da Constituição da República.

⁵² Barroso, p. 95.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MATRIZES E EVOLUÇÃO NO BRASIL.

2.1. Considerações iniciais.

No intuito de proporcionar uma contextualização do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle incidental-descentralizado de constitucionalidade, será realizada uma breve incursão comparativa e histórica sobre a jurisdição constitucional.

2.2. Matrizes do controle judicial de constitucionalidade contemporâneo.

O controle de constitucionalidade – tomado o termo “constituição” em sentido lato – não é uma novidade dos ordenamentos jurídicos atuais. Conforme Carlos Eduardo Dieder Reverbel:

“Historicamente os *gregos* já se preocupavam com a hierarquia das normas jurídicas. Se contrastarmos as normas superiores (*nomoi*) e os decretos ordinários (*psefismata*) veremos, em caso de conflito normativo, a preponderância daquela sobre esta. *Roma* seguiu o mesmo caminho, e é o que atesta a dupla magistratura, o Senado e o Tribunato. Na *Idade Média* os escolásticos falavam da superioridade da *lei divina* e do *direito natural* sobre o *direito positivo*. A escola *jusnaturalista* dos séculos XVII e XVIII, de Grócio a Rousseau, sustentaria a existência de *direitos inatos* aos seres humanos, *intangíveis e irrenunciáveis*.”⁵³

Dentre suas versões contemporâneas, dois modelos de controle de constitucionalidade foram paradigmáticos e serviram de inspiração para diversas ordens jurídicas ocidentais, inclusive a brasileira: o estadunidense e o austríaco. Em vista de sua repercussão no direito pátrio, é curial conhecer as bases históricas e teóricas dessas duas matrizes do controle de constitucionalidade, razão pela qual serão o objeto de análise do presente tópico.

⁵³ Reverbel, p. 84-85.

2.2.1. Matriz estadunidense.

O controle de constitucionalidade, em sua acepção contemporânea, teve início nos Estados Unidos⁵⁴. A constituição estadunidense, de 1787, arquétipo das constituições rígidas⁵⁵, assim estabelece em seu artigo VI, cláusula segunda: “Esta Constituição [...] deve ser a suprema lei do país; e os juízes de cada estado devem estar assim vinculados.”⁵⁶ Esse texto fixou tanto o princípio da supremacia da constituição – rejeitando a soberania do parlamento⁵⁷ – quanto o dever de os juízes absterem-se de aplicar leis contrárias à constituição⁵⁸. A fórmula idealizada para garantir a supremacia da constituição foi a *judicial review of the constitutionality of legislation*, ou simplesmente *judicial review*⁵⁹, definitivamente assentada no célebre julgamento do caso *Marbury versus Madison*, de 1803⁶⁰ – embora somente mais de cinquenta anos depois, em 1857, a Corte Suprema – *Supreme Court* – dos Estados Unidos tenha novamente declarado a inconstitucionalidade de uma lei⁶¹.

⁵⁴ Sob um enfoque ideológico, o controle judicial de constitucionalidade norte-americano é fruto do pensamento de Edward Coke, que afirmava incumbir aos juízes resistir às mudanças arbitrárias da *common law* promovidas pelo rei. Sua doutrina, dominante na Inglaterra do século XVII ao advento da Revolução Gloriosa, que estabeleceu a soberania do parlamento, difundiu-se nas colônias britânicas. Conforme Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direto comparado*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1992, p. 59-60.

⁵⁵ Cappelletti, p. 46.

⁵⁶ Tradução livre do seguinte trecho, citado por Mario Cappelletti, in Cappelletti, p. 47: “*this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)*.” A íntegra da segunda cláusula do artigo VI é a seguinte: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*” Disponível em “http://www.usconstitution.net/xconst_A6.html”. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁵⁷ Reverbel, p. 85.

⁵⁸ Cappelletti, p. 47.

⁵⁹ Muitas das colônias britânicas na América eram regidas pelas *charters*, que autorizavam a existência de legislação colonial, contanto que não fosse contrária às leis inglesas. Em consonância com a supremacia da lei da metrópole, mais de seiscentas leis coloniais foram nulificadas pelo *Privy Council* – corte situada na Inglaterra, com poder de veto sobre a legislação colonial e competente para julgar apelos de decisões dos altos tribunais coloniais – entre 1696 e 1782. Assim, o princípio da supremacia do parlamento inglês teve nas colônias efeito inverso ao que teve na metrópole: em vez de impossibilitar os juízes de absterem-se de aplicar leis, incumbiu-o de fazê-lo quanto àquelas contrárias às cartas; com a substituição das cartas pela constituição, deu-se continuidade a essa prática. Conforme Cappelletti, p. 61-63.

⁶⁰ Reverbel, p. 85-86. Esse julgamento, embora tenha consolidado a *judicial review*, não foi o pioneiro, pois já havia precedentes de leis não aplicadas com fundamento em sua inconstitucionalidade, como o caso *Holmes versus Walton*, de 1780, em New Jersey, e o caso *Commonwealth versus Caton*, de 1782, na Virgínia, conforme Cappelletti, p. 62-63.

⁶¹ Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 391.

O controle judicial de constitucionalidade, embora não constasse expressamente naquela constituição⁶², teve seus fundamentos delineados por John Marshall, então presidente – *Chief Justice* – da *Supreme Court*, no referido julgamento, da seguinte maneira, simplificada: a) a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a seu julgamento; b) se duas disposições legislativas estiverem em contraste, o juiz deve aplicar a prevalente; c) se de mesmo *status* normativo as disposições, a prevalência será determinada pelos tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*; d) se, no entanto, o contraste ocorrer entre disposições de diferentes *status*, então se aplica o critério *lex superior derogat legi inferiori*, como ocorre no contraste entre a constituição rígida e uma lei ordinária ou entre uma lei ordinária e um decreto; e) conclui-se, então, que qualquer juiz, ao decidir um caso concreto submetido a seu julgamento, deve aplicar não a lei inconstitucional, mas, sim, a constituição⁶³.

Deve ser salientado, nessa linha, que, somente se o procedimento de modificação das normas constitucionais for não somente distinto, mas também mais difícil de ser realizado do que aquele para a produção das leis, haverá sentido na premissa exposta na letra *d*: “ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo”, tornando impossível um meio termo entre essas duas alternativas⁶⁴. Por isso, a rigidez da constituição é um pressuposto do controle judicial de constitucionalidade de leis.

Assim, em vista da supremacia da constituição sobre a lei ordinária e da consagração da teoria da nulidade da lei inconstitucional, conforme a qual a lei inconstitucional é nula, *i.e.*, sem valor, vazia e ineficaz desde sua origem⁶⁵, nos

⁶² Reverbel, p. 87.

⁶³ Baseado, com algumas modificações, na exposição de Cappelletti, 1992, p. 75-76.

⁶⁴ Cappelletti, p. 47-48.

⁶⁵ Nesse sentido são as palavras de Marshall, proferidas no caso *Marbury versus Madison*: “A particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, suposto como essencial em todas as constituições escritas, de que a lei repugnante à Constituição é vazia [nula]; e que as cortes, assim como os outros órgãos, estão vinculados àquele instrumento”. Citado em Reverbel, p. 87. Tradução nossa do seguinte trecho: “[T]he particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.” Disponível em <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Estados Unidos o controle de constitucionalidade “é cumulad[o] na Suprema Corte e nos Tribunais ordinários; é descentralizad[o], do topo à base, por todo o poder judiciário; optando-se pelo monismo de jurisdições”⁶⁶, *i.e.*, é descentralizado, pois todo órgão judicial o titulariza, e também incidental, pois é exercido sempre no julgamento de uma demanda particular, na aferição da constitucionalidade da lei que regula o caso *sub judice*, *i.e.*, na decisão a respeito de uma questão prejudicial versando sobre matéria constitucional.

Apesar do risco de falta de uniformidade das decisões judiciais em matéria constitucional que o sistema incidental-descentralizado naturalmente acarreta, em vista da possibilidade de divergência de opiniões sobre a constitucionalidade de uma lei, nesse país os dissídios são mitigados pelo *stare decisis* – ou *doctrine of binding precedents* – um sistema de jurisprudência vinculante em razão do qual cada órgão judicial está vinculado à jurisprudência do órgão judicial competente para a revisão de suas decisões⁶⁷, comum nas ordens jurídicas de tradição anglo-saxã – *common law*. Assim, na medida em que os recursos são julgados pelos tribunais em geral ou pela Suprema Corte em especial, os juízes ficam vinculados à *ratio*⁶⁸ – razões, motivos ou fundamentos – dessas decisões, inclusive quanto à solução dada à questão constitucional⁶⁹. Por isso, alguns consideram não ser a Suprema Corte dos Estados Unidos uma corte constitucional, mas, sim, uma corte ordinária, porquanto sua tarefa precípua é, no fim das contas, decidir casos particulares, na esfera de sua competência recursal, nos quais a questão principal é distinta da questão constitucional.

⁶⁶ Reverbel, p. 86.

⁶⁷ Kelsen, 2007, p. 307.

⁶⁸ Para Sarlet-Marinoni-Mitidiero: “Dentro da fundamentação está presente a *ratio decidendi*. Mediante a análise da fundamentação é possível isolar a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes. Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à *específica* decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.” Conforme Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 857-858.

⁶⁹ “Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos órgãos aplicadores da lei ali não é tão grande como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. [...] [A]s decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras cortes [pela norma de *stare decisis*]. Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.” Conforme Kelsen, 2007, p. 307.

A influência da doutrina da *judicial review* foi determinante no estabelecimento pela Constituição de 1891 do sistema de controle judicial incidental-descentralizado de constitucionalidade no Brasil – embora, seguindo sua raiz romano-germânica, não tenha sido implantado aqui o *stare decisis*, o que se reflete, até hoje, na falta de uniformidade das decisões judiciais quanto à matéria constitucional. Ademais, a teoria da nulidade das leis inconstitucionais é consagrada na doutrina e na jurisprudência constitucionalista brasileira⁷⁰.

2.2.2. Matriz austríaca.

A constituição austríaca de 1920 estabeleceu de modo expreso, ao contrário da estadunidense, duas garantias para assegurar a constitucionalidade de leis: a responsabilidade pessoal da autoridade promulgadora do ato e a nulificação da norma produzida⁷¹. A segunda e mais importante dessas garantias era similar à *judicial review* norte-americana, mas dela se diferenciava pelo fato de que o poder de nulificar leis com fundamento em sua inconstitucionalidade era titularizado por um único órgão, criado com a função precípua de exercê-lo. Esse órgão, por sua composição colegiada e sua função primordial, foi chamado de Corte Constitucional – *Verfassungsgerichtshof*⁷² – e serviu de modelo para a instituição do controle de constitucionalidade em diversos países da Europa⁷³.

De acordo com Hans Kelsen, idealizador da *Verfassungsgerichtshof* e integrante de sua primeira composição⁷⁴, a garantia da constituição significava a garantia da regularidade das regras imediatamente subordinadas à constituição e, assim, essencialmente garantia da constitucionalidade das leis⁷⁵. A aplicação das normas constitucionais referentes à legislação, por sua vez, somente poderia ser efetivamente garantida caso fosse atribuída a um órgão distinto do legislativo a

⁷⁰ Barroso, p. 41-47. A adoção da teoria da nulidade tem sido atenuada no Brasil, por, entre outros defeitos, ser inapta para explicar a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, nas searas processual e administrativa, prevalece a teoria da anulabilidade, conforme Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 240, e Mello, p. 470.

⁷¹ Kelsen, 2007, p. 302-303.

⁷² Kelsen, 2007, p. 304-305.

⁷³ Cappelletti, p. 67.

⁷⁴ Kelsen, 2007, p. 123.

⁷⁵ Kelsen, 2007, p. 126.

tarefa de verificar a constitucionalidade de uma lei e de nulificá-la em caso de ser inconstitucional⁷⁶. Era necessário ser salientado, contudo, o equívoco da teoria da nulidade, predominante no ambiente da *judicial review*.⁷⁷

Uma constituição, ao prescrever ao legislador que a edição da lei siga determinado procedimento e verse ou se abstenha de versar sobre certo conteúdo, pode estabelecer um procedimento por meio do qual a lei será nulificada. Essa constituição pode instituir um órgão com poder para nulificar retroativamente uma lei, com base em sua inconstitucionalidade. Mas será em função do ato nulificante desse órgão que as consequências jurídicas da lei serão eliminadas⁷⁸. Por isso, o ato do legislador, ainda que inconstitucional, não é nulo, mas, sim, nulificável⁷⁹: do contrário, a considerar o ato legislativo como nulo *ab initio* e desprovido de efeitos jurídicos⁸⁰, a exigência de que outro órgão o declarasse como tal seria desnecessária⁸¹. Desse modo, o controle de constitucionalidade centralizado assentava suas bases não na teoria da nulidade, mas na da nulificabilidade, conforme a qual os atos normativos inconstitucionais não são nulos, mas, sim, nulificáveis, ainda que em distintos graus⁸².

⁷⁶ Kelsen, 2005, p. 226.

⁷⁷ “Em linhas gerais, constata-se uma tendência a tratar os atos das autoridades públicas, inclusive os irregulares, como válidos e obrigatórios enquanto outro ato de outra autoridade não os faz desaparecer. [...] Esse princípio, aceito mais ou menos em larga medida pelos diferentes ordenamentos, e que podemos denominar princípio da autolegitimação, comporta certos limites. [...] Evidentemente, seria absurdo exigir tal procedimento para a anulação, por exemplo, de um ato emanado de um indivíduo que não tem, sob nenhum aspecto, a qualidade de autoridade pública. Mas, por outro lado, tampouco é possível considerar *a priori* como nulo qualquer ato produzido por uma autoridade incompetente ou constituída de forma irregular.” Conforme Kelsen, 2007, p. 141:

⁷⁸ “Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é ‘nulo’ se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser ‘nulo’ significa ser legalmente inexistente, e o ato precisa existir para ser objeto de julgamento por uma autoridade. A anulação pode ser retroativa e o ordenamento jurídico pode autorizar todo indivíduo a estabelecer a nulidade do ato, isto é, anulá-lo com força retroativa. Normalmente, porém, apenas certos órgãos da comunidade jurídica são autorizados a estabelecer a ‘nulidade’ de atos que se apresentam como legais.” Conforme Kelsen, 2007, p. 308:

⁷⁹ Kelsen, 2005, p. 230.

⁸⁰ “Isso não significa que tudo o que se apresenta como uma norma seja juridicamente uma norma, embora uma norma anulável. Existem, é verdade, casos em que algo que se apresenta como uma não é absolutamente norma alguma, é nula *ab initio*, casos de nulidade absoluta caracterizados pelo fato de não ser necessário nenhum procedimento jurídico para anulá-lo. [...] Qual é a diferença entre uma norma anulável e algo que se apresenta como norma, mas que não é norma, que é nulo *ab initio*? Sob que condições algo que se apresenta como uma norma é nulo *ab initio* e não uma que tem de ser anulada num procedimento jurídico? Apenas a própria ordem jurídica pode responder a essa questão.” Conforme Kelsen, 2005, p. 231.

⁸¹ Kelsen, 2007, p. 140-141.

⁸² Kelsen, 2005, p. 230.

Embora fosse possível o controle de constitucionalidade ser atribuído a todos os juízes, como nos Estados Unidos, havia dois motivos relevantes para conferi-lo a apenas um tribunal. O primeiro era que, como inexistia na Áustria – bem como em quase toda a Europa Continental, ligada à tradição romano-germânica – um equivalente ao *stare decisis*, presente na *common law*, a divergência de opiniões deixaria sem solução a falta de uniformidade das decisões judiciais, tornando necessário um órgão cujas decisões fossem dotadas de eficácia *erga omnes*⁸³. O segundo era que, em vista desse poder, o perfil mais adequado para tomá-las – que exigia certa sensibilidade política – era distinto do predominante nos juízes de carreira – eminentemente técnico⁸⁴. Por isso, optou-se por entregá-lo com exclusividade a um tribunal constitucional.

O procedimento através do qual essa corte era instada a se manifestar poderia ser iniciado apenas pelas autoridades especialmente arroladas no texto constitucional, tais como o chefe do Poder Executivo da União quanto a leis estaduais ou o chefe do Poder Executivo de um estado quanto a leis federais⁸⁵. Além disso, a constitucionalidade da lei era a questão principal a ser resolvida nesse procedimento, *i.e.*, não configurava uma mera questão prejudicial à resolução de uma demanda particular.

Contudo, da legitimidade restrita e da impossibilidade de o juiz nulificar incidentalmente, em uma demanda concreta, a lei inconstitucional poderia advir o perigo de os indivíduos particulares estarem indefesos diante de leis inconstitucionais contra as quais não fosse instaurado o procedimento para sua nulificação. Esse problema foi mitigado pela possibilidade – não prevista originalmente, mas estabelecida por uma revisão constitucional⁸⁶ – de os tribunais de última instância, a Suprema Corte – *Oberster Gerichtshof* – e a Corte Administrativa – *Verwaltungsgerichtshof* –, diante de uma lei aplicável ao caso *sub judice* sobre cuja constitucionalidade tivessem dúvida, suspenderem o respectivo processo e requerer a manifestação da Corte Constitucional, perante a qual seria

⁸³ Kelsen, 2007, p. 304.

⁸⁴ Kelsen, 2007, p. 306.

⁸⁵ Um fato curioso: na preparação da Constituição da Áustria de 1920, aventou-se a possibilidade de ser instituído o cargo de 'promotor geral', com a incumbência de proteger a constituição, examinando todas as leis federais e estaduais e submetendo à apreciação da Corte Constitucional aquelas que considerasse inconstitucionais ou de constitucionalidade duvidosa. A idéia, porém, não foi levada a cabo. Conforme Kelsen, 2007, p. 316.

⁸⁶ Cappelletti, 105-106.

iniciado um procedimento para aferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Com a questão resolvida, o processo dos particulares voltaria a prosseguir⁸⁷.

Entre as diferenças fundamentais do modelo austríaco em relação ao estadunidense estava também a distinção dos efeitos temporais de uma decisão da *Supreme Court* e uma da *Verfassungsgerichtshof*. Enquanto a daquela tinha, na prática, efeitos retroativos e prospectivos, *i.e.*, *ex tunc*, a desta tinha, em regra⁸⁸, efeitos somente prospectivos, *i.e.*, *ex nunc*. Visava-se, dessa forma, a privilegiar o princípio da segurança jurídica⁸⁹. De acordo com Hans Kelsen, a “decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei abrogatória. Era um ato negativo de legislação.”⁹⁰ Por isso, ainda hoje é comum designar uma corte ou um tribunal constitucional como um legislador negativo.

O modelo austríaco foi decisivamente influente na criação, em nosso país, do controle judicial principal-centralizado de constitucionalidade de leis, instituído pela Emenda Constitucional nº 16/1965, que alterou a Constituição de 1946, e posteriormente não somente mantido, mas também ampliado, pela Constituição de 1988 e suas emendas. A teoria da nulificabilidade, apesar de não muito bem recebida, explica a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade.

2.3. Evolução histórica do controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Será realizada, no presente tópico, uma breve síntese da evolução da jurisdição constitucional no Brasil, em cada uma das constituições brasileiras e na legislação pertinente, pois sua história revela peculiaridades importantes para a compreensão de sua atual configuração.

⁸⁷ Kelsen, 2007, p. 313-314.

⁸⁸ A principal exceção era o processo particular que no qual tivesse origem o requerimento das cortes ordinárias mais altas de exame pela Corte Constitucional da eventual inconstitucionalidade de lei.

⁸⁹ Reverbel, p. 91.

⁹⁰ Kelsen, 2007, p. 306.

2.3.1. Constituição de 1824.

A Constituição de 1824, fiel à lição de Benjamin Constant, não estabeleceu nenhum mecanismo de controle judicial de constitucionalidade. Essa ausência se explica pela instituição de um poder moderador e pela influência do direito público europeu, especialmente o francês e o inglês, países nos quais não havia controle judicial⁹¹.

Manter o equilíbrio e a harmonia entre as instituições estatais era tarefa do titular do Poder Moderador, o poder neutro (*pouvoir neutre*), “a chave de toda a organização política”, poder delegado “privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”, conforme o artigo 98 da Constituição de 1824⁹².

2.3.2. Constituição de 1891.

O controle judicial de constitucionalidade de leis teve início no país com o Decreto 848/1890⁹³, editado logo após a queda do regime imperial⁹⁴. Esse ato estabeleceu as competências do então novel Supremo Tribunal Federal, que veio a ocupar a cúpula da estrutura do Poder Judiciário, no lugar do extinto Supremo Tribunal de Justiça⁹⁵.

⁹¹ Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995, p. 64.

⁹² Streck, 2013, p. 478.

⁹³ “Art. 58. [...] § 1º Das sentenças da justiça dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar validos os actos, ou leis impugnados.” Brasil. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-510-22-junho-1890-507621-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁹⁴ A Constituição provisória de 1890 (Decreto nº 510/1890), que estabelecia o controle judicial de constitucionalidade, não chegou a ter vigência, conforme Barroso, p. 85.

⁹⁵ Artigo 9º: “Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; [...]” Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-

A competência daquela corte consolidou-se com a Constituição de 1891, cujo artigo 59, § 1º, assim dispôs:

“Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”⁹⁶

Em vista da insegurança das autoridades judiciais em seu exercício, Ruy Barbosa explicitou o sentido desse dispositivo:

“[Sua] redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplica-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.”⁹⁷

Coube à Lei Federal nº 221/1894, melhor definir o modelo⁹⁸, estabelecendo, em seu artigo 13, §10º:

“Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”⁹⁹

A reforma da Constituição de 1891 ocorrida em 1926, embora não tenha trazido inovações radicais, deu mais clareza aos dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰, conforme o renovado texto do §1º de seu artigo 60¹⁰¹.

1899/d848.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014. Outras mudanças significativas foram a criação do recurso extraordinário – embora apenas posteriormente veio a ser assim denominado – e a extinção dos assentos “com força de lei” – editados pelo também extinto Supremo Tribunal de Justiça do Império.

⁹⁶ Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁹⁷ Ruy Barbosa, *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*, 1893, p. 58, citado em Barroso, 2012, p. 85

⁹⁸ Clève, p. 65.

⁹⁹ Brasil. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁰⁰ Clève, p. 66-67.

¹⁰¹ “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face

O controle judicial de constitucionalidade instituído no Brasil, através dos citados dispositivos, foi o incidental-descentralizado, de matriz estadunidense, e dele foram incumbidas todas as autoridades judiciais, que passaram, assim, a ter o dever de fiscalizar *incidenter tantum* a validade das leis na resolução das demandas¹⁰².

2.3.3. Constituição de 1934.

A Constituição de 1934¹⁰³ manteve o controle incidental-descentralizado de constitucionalidade, ao reproduzir, em seu artigo 76, III, *b* e *c*, com insignificantes modificações, dispositivos da constituição anterior, em sua versão reformada pela emenda de 1926¹⁰⁴. Importantes modificações, contudo, foram implantadas. A regra – “cláusula” – da reserva de plenário – *full bench* –, conforme a qual nos tribunais a inconstitucionalidade somente pode ser declarada pela maioria absoluta de seus

da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; [...].” Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁰² Barroso, p. 84.

¹⁰³ “A preocupação com os efeitos das decisões e o próprio papel da justiça constitucional não passaram despercebidos na constituinte de 1934. Nesse sentido, releva registrar a [proposta de] emenda de autoria do Deputado Nilo Alvarenga, criando uma Corte Constitucional, nos moldes kelsenianos, que, se aprovada, por certo teria revolucionado o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, valendo, pois, a sua reprodução: ‘Art. Compete à Corte de Justiça Constitucional, originaria e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva constituição estadual. § 1º. Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie. § 2º. O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Constitucional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento. Art. Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direito, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo, ou em parte, de uma Lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição. [...] § 3º. A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.’” Streck, 2013, p. 511-512.

¹⁰⁴ Clève, p. 67.

integrantes – como ocorria nos tribunais norte-americanos –, foi estatuída no artigo 179¹⁰⁵.

O Senado Federal, então incumbido do papel de coordenar os poderes da República entre si, recebeu, segundo a redação do artigo 88 da Constituição de 1934, competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”¹⁰⁶, possibilitando que, na prática, fosse atribuída eficácia *erga omnes* às decisões incidentais declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Foi criada também a representação interventiva, de iniciativa do Procurador-Geral da República, para cujo julgamento era competente o Supremo Tribunal Federal, cabível em caso de inobservância pelos estados-membros dos princípios denominados “sensíveis” da constituição¹⁰⁷. Conforme Gilmar Ferreira Mendes, a representação interventiva tratava-se de uma “fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º)”¹⁰⁸.

2.3.4. Constituição de 1937.

A Constituição de 1937 – a “polaca”, assim chamada em vista de sua inspiração na constituição polonesa – foi editada (mais precisamente, outorgada), em um ambiente ditatorial. Embora tenha mantido o sistema de controle judicial de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1891 e continuado pela de 1934, não reproduziu nem a possibilidade de representação interventiva nem a de o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional¹⁰⁹.

¹⁰⁵ “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁰⁶ Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁰⁷ Clève, p. 67-68.

¹⁰⁸ Mendes, 2012, p. 1135.

¹⁰⁹ Clève, p. 68.

Pretendeu-se com essa constituição, entre outras coisas, mitigar a supremacia do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis, conforme se depreende de seu artigo 96, parágrafo único:

“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal.”¹¹⁰

Visava-se, com essa medida – ante a ausência de terem eficácia *erga omnes* as decisões do Supremo Tribunal Federal, pois dadas apenas *incidenter tantum*, e a impossibilidade de o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional –, não a “ressuscitar” a lei, pois o quórum de dois terços em cada casa legislativa era suficiente para aprovar uma emenda constitucional, mas, sim, a cassar os julgamentos fundados na declaração de sua invalidade¹¹¹ e a fortalecer o Poder Executivo, que viria a exercer a faculdade legislativa estatuída no parágrafo único do artigo 96 por meio de decretos-lei, em face da ausência de congressistas – não eleitos –, de partidos políticos – abolidos – e de eleições – não convocadas¹¹², com base no artigo 186, que decretava o “estado de emergência” – revogado somente em 1945¹¹³.

2.3.5. Constituição de 1946.

Em um contexto democrático, a Constituição de 1946 não reproduziu o disposto no artigo 96 da Constituição de 1937 e restabeleceu a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional, deixando claro que a suspensão era cabível apenas após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para a qual foi mantida a regra do *full bench*. A representação interventiva, não reproduzida na carta anterior, recebeu nova

¹¹⁰ Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹¹¹ Mendes, 2012, p. 1137.

¹¹² Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 748.

¹¹³ “Art 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Acesso em: 27 jun. 2014.

configuração, devendo não a lei interventiva ser declarada constitucional, mas, sim, o ato motivador da lei interventiva ser declarado inconstitucional¹¹⁴.

Significativa mudança no cenário da jurisdição constitucional brasileira ocorreu com a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965 – após o golpe militar de 1964 –, que instituiu o controle principal-centralizado de constitucionalidade de leis e atos normativos. Essa emenda alterou o artigo 101, I, k, da Constituição de 1946, conferindo ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; [...].”¹¹⁵

A mesma emenda possibilitou aos estados-membros a criação de processo análogo para o controle de constitucionalidade de leis e atos municipais em face da respectiva constituição estadual¹¹⁶.

Na opinião de Clèmerson Merlin Clève:

“[N]ão deixa de ser curioso o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.”¹¹⁷

Lenio Luiz Streck, comentando a afirmação acima citada, aduz:

“Para alguns pode parecer um paradoxo o fato de o regime militar, em 1965, ter introduzido o controle concentrado de constitucionalidade – ou seja, aquilo que duas Constituições anteriores, frutos de processos constituintes, não fizeram, o regime autoritário fez.

[...]

Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso da constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*.

[...]

Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.”¹¹⁸

¹¹⁴ Clève, p. 69.

¹¹⁵ Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹¹⁶ Clève, p. 70.

¹¹⁷ Clève, p. 70.

¹¹⁸ Streck, 2013, p. 519.

Por fim, é importante ressaltar que, embora a Emenda Constitucional nº 16/1965 tenha instituído o controle direto de constitucionalidade, não estabeleceu que seu julgamento teria eficácia *erga omnes*. O entendimento de que teria essa eficácia passou a ser predominante após manifestação, firmada em 1975, do então ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4.477-72, que será examinado no tópico 5.5.

2.3.6. Constituição de 1967.

A Constituição de 1967 manteve os sistemas estabelecidos pela Constituição de 1946 e pela Emenda Constitucional nº 16/1965, com algumas alterações, como a ausência de autorização para que estados instituíssem o controle principal-centralizado de leis¹¹⁹.

A Emenda Constitucional nº 1/1969, também conhecida como “Constituição de 1969”¹²⁰, embora não tenha alterado o sistema, admitiu a instituição pelos estados de representação interventiva em razão de lei municipal contrária à constituição estadual, conforme o reformado artigo 15, § 3º, d¹²¹.

A Emenda Constitucional nº 7/77 trouxe duas importantes inovações. A primeira foi a atribuição ao Supremo Tribunal Federal da competência para interpretar lei ou ato normativo federal ou estadual, com “força vinculante, implicando sua não observância negativa de vigência do texto interpretado”¹²². A segunda foi a possibilidade de adoção de medida cautelar nas representações efetuadas pelo Procurador-Geral da República. Eis o teor, modificado por essa emenda, do artigo 119, inciso I, alíneas *l* e *p*, da Constituição de 1967:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:
 I - processar e julgar originariamente;
 [...]
 l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;
 [...]

¹¹⁹ Clève, p. 71.

¹²⁰ Wikipedia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Emenda_Constitucional_n%C2%BA_1>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹²¹ Barroso, p. 87.

¹²² Streck, 2013, p. 522

p) pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República; [...].”¹²³

É importante salientar que essas alterações se deram após a predominância do entendimento de ter eficácia *erga omnes* a decisão do Supremo Tribunal Federal em processo de controle principal de constitucionalidade. Assim, tanto na representação interpretativa quanto na por inconstitucionalidade era admissível a utilização de medidas liminares¹²⁴.

2.3.7. Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, chamada de constituição cidadã, combinou o sistema incidental-descentralizado com um fortalecido sistema principal-centralizado de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Houve a criação do Superior Tribunal de Justiça, ao qual foram transferidas as competências antes pertencentes ao Supremo Tribunal Federal quanto à fiscalização da observância das leis federais, ficando este com as relativas às normas constitucionais.

O controle principal-centralizado foi “democratizado”, com a possibilidade de a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, antes monopólio do Procurador-Geral da República, ser iniciada por uma série de legitimados, e ampliado, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – artigo 103, § 2º – e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, inexistentes nas constituições anteriores – artigo 102, originalmente parágrafo único, posteriormente convertido em parágrafo primeiro. À representação interpretativa de lei ou ato normativo, contudo, não foi dada continuidade. Além disso, foi autorizada a instituição pelos estados-membros do controle principal-

¹²³ Brasil. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹²⁴ Barroso, p. 87. Mendes, p. 1143. Conforme a lição de Daniel Francisco Mitidiero, não devem ser confundidos os conceitos de tutela cautelar e de tutela sumária. Tanto a tutela satisfativa quanto a cautelar podem ser concedidas ao final do processo, a partir de um juízo de cognição exauriente, ou antes disso, a partir de um juízo de cognição sumária. Neste caso, ter-se-á tutela antecipada, enquanto naquele, tutela final. Havendo relação de identidade, total ou parcial, dos provimentos liminar e final, tem-se não tutela cautelar, mas tutela satisfativa, prestada antecipadamente. Conforme Mitidiero, Daniel Francisco. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 40 e 58.

centralizado de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da respectiva constituição estadual – artigo 125, § 2º.

O controle incidental-decentralizado foi mantido, nos moldes das constituições republicanas anteriores, inclusive com a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – artigo 52, X. O recurso extraordinário passou a ser cabível unicamente em relação a matéria constitucional, e foi criado o recurso especial, cabível em relação a matéria federal, sendo competente para o julgamento daquele o Supremo Tribunal Federal e para o deste o Superior Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional nº 3/1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal – artigo 102, I, a –, dispendo expressamente que tais decisões teriam eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos judiciais e administrativos. A Lei nº 9.868/1999 regulamentou a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, e a Lei nº 9.882/1999 regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em vista de seus efeitos “cruzados”¹²⁵, os processos de controle principal passaram a ser caracterizados pela ambivalência, pois tanto a declaração de constitucionalidade em uma ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaração de inconstitucionalidade em uma ação declaratória de constitucionalidade – se improcedentes, portanto – foram tornadas possíveis¹²⁶.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe impactantes inovações tanto no controle pela via incidental quanto no pela principal. Em relação ao incidental, as inovações foram a criação de um requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários, exigindo a demonstração da repercussão geral das questões alegadas na impugnação – artigo 102, § 3º –, regulamentado posteriormente pela Lei nº 11.418/2006, que incluiu o artigo 543-A no Código de Processo Civil, e a da súmula vinculante, que, diferentemente das demais súmulas, tem eficácia vinculante em relação aos órgãos judiciais e administrativos – artigo 103-A –, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006¹²⁷. A competência para julgar o conflito de lei estadual e

¹²⁵ Streck, Lenio Luis; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014, p. 13.

¹²⁶ Barroso, p. 267.

¹²⁷ Tais institutos serão analisados, respectivamente, nos capítulos 3 e 4 do presente trabalho.

federal foi transferida do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, hipótese que passou a tornar cabível, em lugar do recurso especial, o recurso extraordinário.

Quanto ao controle principal-centralizado, as principais inovações dessa emenda foram o acréscimo de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade e o estabelecimento expresso de eficácia vinculante e *erga omnes* para as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade – artigo 102, § 2º¹²⁸.

¹²⁸ “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

3.1. Considerações iniciais.

O Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer outro órgão judicial, pratica o controle incidental de constitucionalidade. Esse poder é exercível tanto nas causas de sua competência originária, quanto nas de sua competência recursal. No âmbito de sua competência recursal, o recurso extraordinário é, por excelência, o instrumento processual do qual se pode valer, por um lado, todo aquele que se julga prejudicado por uma decisão judicial que não solucione corretamente uma questão constitucional¹²⁹ e, por outro, a própria corte para, no exercício do controle incidental de constitucionalidade, garantir, casuisticamente, *i.e.*, em cada caso decidido pelo Poder Judiciário, a efetividade das normas constitucionais¹³⁰.

Diante de sua importância no âmbito do controle incidental exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário constituirá o objeto de estudo no presente capítulo.

3.2. Evolução histórica.

O recurso extraordinário surgiu juntamente com a República, inspirado no *writ of error* estadunidense, que permitia à *Supreme Court* a revisão dos pronunciamentos finais dos tribunais estaduais, e na *apelación* argentina, recurso à *Corte Suprema de Justicia* cabível contra decisões finais de tribunais superiores das províncias¹³¹. O novel recurso se distinguia do vetusto recurso de revista – herdado das Ordenações Filipinas –, dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça do Império, pois no julgamento daquele, ao contrário do no deste, o tribunal não necessariamente se restringia a cassar a decisão impugnada, podendo proceder à sua revisão (reforma),

¹²⁹ Streck, p. 586.

¹³⁰ “Ao contrário dos recursos ordinários [...], o recurso extraordinário e o especial não visam diretamente à tutela do direito da parte. Objetivam precipuamente a unidade do direito brasileiro – mediante a compreensão da Constituição (recurso extraordinário, art. 102, III, CRFB) e do direito infraconstitucional federal (recurso especial, art. 105, III, CRFB).” Conforme Marinoni-Mitididiero, 2011, p. 573.

¹³¹ Assis, Araken de. *Manual dos recursos*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 726.

tendo tríplice função de garantia: da supremacia da constituição, da uniformização das decisões judiciais sobre direito federal e da supremacia do direito federal¹³².

O epíteto “extraordinário” foi utilizado no artigo 33, §4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891 e no artigo 24 da Lei nº 221/1894. Consagrado pelo uso, foi inserido na redação de todas as constituições posteriores à de 1891¹³³.

Com o advento da Constituição de 1988, o recurso extraordinário, a partir da limitação de seu âmbito de cabimento a questões constitucionais, foi estabelecido como vetor do controle incidental-descentralizado, na reestruturada competência do Supremo Tribunal Federal. Para a reapreciação das questões federais, foi criado o recurso especial, de competência do então novel Superior Tribunal de Justiça, cuja competência alcançou parte daquilo que antes pertencia à daquele¹³⁴. A Emenda Constitucional nº 45/2004, posteriormente, estabeleceu a demonstração por parte do recorrente da “repercussão geral das questões discutidas no caso” como requisito de admissibilidade do recurso.

3.3. Características.

Recursos são instrumentos processuais dos quais se podem valer as partes de um processo judicial para buscar a anulação ou a reforma de uma decisão judicial, nele tomada, por órgão judicial distinto daquele que a proferiu – com exceção dos embargos de declaração e dos embargos infringentes de alçada, julgados pelo próprio órgão prolator da decisão impugnada. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero definem recurso como “um meio voluntário de impugnação de decisões judiciais, interno ao processo, que visa à reforma, à anulação ou ao aprimoramento da decisão atacada.”¹³⁵ O recurso extraordinário, um deles, é, em sede de controle *incidenter tantum*, o meio processual-revisional

¹³² Assis, p. 727.

¹³³ Assis, p. 734. Assevera esse autor que, apesar de enraizado pelo costume, o termo “extraordinário” é inadequado, pois refere-se ao gênero, do qual o recursos extraordinário e o recurso especial são espécies. Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha designam o gênero como “excepcional” ou “de superposição”, que abrange o extraordinário e o especial, conforme Didier Jr.-Cunha, p. 241.

¹³⁴ Assis, p. 732-733.

¹³⁵ Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 52.

adequado para levar uma questão constitucional à apreciação do Supremo Tribunal Federal.”¹³⁶

Apesar de distinguir-se dos recursos ordinários em muitos aspectos, especialmente em relação a seus requisitos específicos de admissibilidade e a seus efeitos interprocessuais, é curial lembrar que:

“Ao contrário do que ocorre em outros países, como Portugal, França, Espanha e Alemanha, por meio do recurso extraordinário-constitucional brasileiro resolve-se, no julgamento, não apenas a questão constitucional, mas também a questão de mérito. Lá a decisão é cassada e determinado ao tribunal de origem que emita outra.”¹³⁷

Assim, a despeito de suas especificidades no cotejo com os recursos ordinários, o recurso extraordinário, se for positivo o juízo de admissibilidade, “devolverá” ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir a causa, pois sua atuação não se restringe à cassação da decisão impugnada, mas à sua revisão, do mesmo modo como uma apelação “devolveria” a um tribunal ordinário a competência para decidir a matéria impugnada da sentença¹³⁸. Em suma, poderá conhecer todas as questões relevantes para o julgamento da causa¹³⁹.

3.4. Reserva de plenário e incidente de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Em razão da regra da reserva de plenário – chamada também de *full bench*, como é designada no direito norte-americano, no qual teve origem –, estabelecida no artigo 97 da Constituição da República, um tribunal somente pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou, se existente, dos de seu órgão especial¹⁴⁰. Conforme Luís Roberto Barroso:

“Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subsequentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via

¹³⁶ Streck, 2013, p. 585.

¹³⁷ Streck, 2013, p. 585. No mesmo sentido, Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 573.

¹³⁸ Didier Jr.-Cunha, p. 264.

¹³⁹ Súmula n° 456 do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁴⁰ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser informado exige um *quórum* qualificado do tribunal.”¹⁴¹

Por isso, os órgãos fracionários de um tribunal, exceto seu órgão especial, não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Deparando-se com o que considera ser uma inconstitucionalidade que mantenha relação de prejudicialidade com a causa, o órgão fracionário do tribunal – turma, câmara, grupo ou seção – deverá suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade, regulado pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil¹⁴², exceto no caso de que “essa inconstitucionalidade já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental ou principal”¹⁴³. Esse óbice, contudo, não alcança a declaração de constitucionalidade da lei nem o reconhecimento de, por incompatibilidade, não ter sido a lei recepcionada pela Constituição de 1988. Em ambas as hipóteses, é desnecessário suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade¹⁴⁴.

A regra da reserva de plenário aplica-se, igualmente, ao Supremo Tribunal Federal, embora o incidente de inconstitucionalidade não siga o procedimento do Código de Processo Civil¹⁴⁵, mas, sim, o estabelecido nos artigos 176 a 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶. “O plenário, após decidir a

¹⁴¹ Barroso, p. 120.

¹⁴² “Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁴³ Barroso, p. 122. Ver nota nº 186.

¹⁴⁴ Barroso, p. 123.

¹⁴⁵ Barroso, p. 148

¹⁴⁶ “Art. 176. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto

questão prejudicial de inconstitucionalidade, julgará diretamente a causa, sem devolvê-la ao órgão fracionário, como ocorre nos demais tribunais.”¹⁴⁷ Havendo declaração de inconstitucionalidade, deverá ainda, após o trânsito em julgado da decisão, comunicá-la ao Senado Federal, para os fins do artigo 52, X, da Constituição¹⁴⁸. O relator poderá, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos interessados – levando em conta os efeitos interprocessuais do julgamento do recurso extraordinário –, aceitar que terceiros se manifestem sobre a matéria a ser apreciada, conforme o artigo 482, § 3º, do Código de Processo Civil.

Por fim, em relação à interpretação conforme a constituição e à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, é igualmente necessária a observância do incidente de inconstitucionalidade (embora não seja pacífico esse entendimento)¹⁴⁹.

3.5. Cabimento.

O recurso extraordinário, conforme estabelecido no inciso III do artigo 102 da Constituição da República, somente é cabível:

“[Nas] causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral. § 1º Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral. § 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência. Art. 177. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa. Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014. O dispositivo citado – artigo 42, VII – na parte final do artigo 178 refere-se à Constituição de 1967, em sua versão reformada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, e corresponde ao artigo 52, X, da Constituição de 1988, que dispõe ser atribuição do Senado Federal de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁷ Barroso, p. 148.

¹⁴⁸ Barroso, p. 148.

¹⁴⁹ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 822-823. Em sentido contrário, Streck, 2013, p. 606.

Por isso, além de o recurso extraordinário não ser cabível para o reexame de matéria probatória¹⁵⁰ – o que não se confunde com matéria processual referente a valoração e admissibilidade de prova¹⁵¹ –, também não o é para o de qualquer questão distinta das arroladas no artigo 102, III, da Constituição da República, ainda que exclusivamente de direito. Além disso, a contrariedade da decisão impugnada às normas constitucionais deve ser direta, *i.e.*, independente de qualquer outro ato normativo para sua configuração¹⁵². Em face do seu cabimento restrito a hipóteses taxativamente arroladas, o recurso extraordinário é designado como recurso de “fundamentação vinculada”¹⁵³.

Apesar dessa limitação, é curial salientar que, embora o cabimento do recurso extraordinário seja circunscrito a questões constitucionais, o mérito respectivo não se restringe a decidir o modo como a norma constitucional deve ser aplicada ao caso concreto. Caso seja positivo o juízo de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal aplicará o direito à espécie, e a respectiva decisão terá efeito substitutivo em relação à decisão impugnada¹⁵⁴.

3.6. Prequestionamento.

Prequestionamento é a arguição ou pronunciamento da questão constitucional na instância prolatora da decisão recorrida, necessária para a admissibilidade do recurso extraordinário¹⁵⁵. Conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero:

¹⁵⁰ Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁵¹ Didier Jr.-Cunha, p. 242.

¹⁵² Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁵³ Didier Jr.-Cunha, p. 242 e 243.

¹⁵⁴ Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 573.

¹⁵⁵ Didier Junior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 12ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2014, p. 245. Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” Brasil. Súmula da

“Para que o recurso extraordinário seja admitido, é imprescindível que a causa constitucional esteja evidenciada na decisão recorrida. Não é necessário que o acórdão recorrido tenha feito referência expressa aos dispositivos da Constituição – é irrelevante a ‘ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados’. Se o tribunal de origem não enfrenta expressamente causa constitucional, então tem a parte de opor embargos declaratórios a fim de prequestioná-la, provocando a manifestação do tribunal de origem a respeito do tema.”¹⁵⁶

Assim, a questão constitucional, embora não exija prévia suscitação pela parte, deve, para tornar possível o cabimento do recurso extraordinário, figurar na decisão recorrida, *i.e.*, deve ter sido enfrentada pelo órgão *a quo*. É o que se extrai da exigência constitucional de que o recurso verse sobre “*causas decididas em única ou última instância*”¹⁵⁷ (grifo nosso).

3.7. Exaurimento das instâncias ordinárias.

O recurso extraordinário pressupõe decisão contra a qual tenham sido exauridas ou esgotadas todas as possibilidades recursais nas instâncias ordinárias. Isso torna inadmissível sua interposição *per saltum*, *i.e.*, interpô-lo deixando de fazer uso de algum recurso ordinário cabível. Isso se dá em razão de a Constituição da República estabelecer seu cabimento contra “*causas decididas em única ou última instância*”¹⁵⁸ (grifo nosso).

Assim, caso se interponha recurso extraordinário visando, *v.g.*, à reforma de acórdão não unânime que, reformando sentença absolutória prolatada em processo criminal, condena o réu, não deverá ser admitido, pois seria necessária, para o exaurimento da instância recursal ordinária, a interposição de embargos infringentes. Somente após o julgamento desse recurso seria admissível o extraordinário.¹⁵⁹

Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>.

Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁵⁶ Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 574.

¹⁵⁷ Theodoro Júnior, Humberto, *Curso de direito processual civil*, 54ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013, p. 694.

¹⁵⁸ Didier Jr.-Cunha, p. 251.

¹⁵⁹ Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.” Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

3.8. Repercussão Geral: antecedentes históricos e características.

Inspirado no *writ of certiorari* norte-americano¹⁶⁰, o Brasil, antes da instituição da repercussão geral, experimentou, no período que precedeu a Constituição de 1988, a “arguição de relevância”¹⁶¹. O Supremo Tribunal Federal, fazendo uso da delegação constante no artigo 119, parágrafo único, da Constituição de 1967, na versão reformada pela Emenda Constitucional nº 1/1969¹⁶², através da alteração de seu regimento interno, com a edição da Emenda Regimental nº 3/1975¹⁶³, estabeleceu diversas restrições ao cabimento do recurso extraordinário. A Emenda Constitucional nº 7/1977, acrescentando dois parágrafos ao artigo 119 da Constituição e alterando a redação do seu parágrafo único, convertido em parágrafo primeiro¹⁶⁴, determinou expressamente que incumbiria à corte regulamentar a

¹⁶⁰ Assis, p. 752.

¹⁶¹ Marinoni-Mitidiero, 2012, p. 36.

¹⁶² “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. *Parágrafo único.* As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, dêste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.” Brasil. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶³ “Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II. nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV. nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI. nas execuções por título judicial; VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única.” Brasil. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶⁴ “§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. [...] § 3º O regimento interno estabelecerá: c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; [...]” Brasil. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em

“arguição de relevância da questão federal”. Houve, ainda, com a Emenda Regimental nº 1/1981, a ampliação das restrições, com a inclusão de um parágrafo único no artigo 325¹⁶⁵.

Posteriormente, por meio da Emenda Regimental nº 2/1985, dando nova redação ao artigo 325 de seu regimento interno¹⁶⁶, o tribunal, em vez de listar situações de exclusão, arrolou hipóteses nas quais o recurso extraordinário seria cabível e estabeleceu um mecanismo inclusivo, com base no qual poderiam ser admitidos outros casos se “reconhecida a relevância da questão federal”. Mas a Constituição de 1988 não recepcionou os dispositivos que limitavam o cabimento do recurso extraordinário, pois estabeleceu taxativamente as hipóteses de seu cabimento, conforme visto no tópico 3.5, e não delegou qualquer poder de restringir esse rol ao Supremo Tribunal Federal¹⁶⁷.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, entretanto, estabeleceu um novo “filtro” recursal: a “repercussão geral”, requisito de admissibilidade para cuja configuração é necessária, conforme a disciplina da Lei nº 11.418/2006, a demonstração da relevância e da transcendência da questão constitucional versada no recurso extraordinário. A referida emenda incluiu no artigo 102 da Constituição de 1988 o parágrafo terceiro, com a seguinte redação:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>.

Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶⁵ “Parágrafo único. Para os fins do inciso VIII, quando a decisão contiver partes autônomas, o recurso for parcial e o valor da causa exceder os limites ali fixados, levar-se-á em conta, relativamente às questões nele versadas, o benefício patrimonial que o recorrente teria com o seu provimento.” Brasil. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>.

Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶⁶ “Art. 325. Nas hipóteses das alíneas *a* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário: I – nos casos de ofensa à Constituição Federal; II – nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; III – nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV – nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior; V – nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI – nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito; VII – nas ações populares; VIII – nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX – nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X – nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI – em todos os demais feitos, quando reconhecida relevância da questão federal.” Brasil. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶⁷ Assis, p. 150.

fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”¹⁶⁸

Por sua vez, a Lei nº 11.418/2006, regulamentando esse dispositivo constitucional, acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 543-A, com a seguinte redação em seu parágrafo primeiro: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”¹⁶⁹

Por isso, a parte que interpuser um recurso extraordinário terá o ônus de demonstrar a repercussão geral da matéria impugnada, que, por sua vez, consistente na sua relevância econômica, política, social ou jurídica – basta a relevância sob um desses aspectos, alternativamente, não sob todos, cumulativamente¹⁷⁰ – e na transcendência dos interesses nela envolvidos – seja qualitativa, seja quantitativamente¹⁷¹. Somente se ambas, relevância e transcendência, estiverem presentes, estará configurada a repercussão geral da matéria impugnada e preenchido esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

A despeito de algumas similitudes com a versão da arguição de relevância anterior à Emenda Regimental nº 2/1985 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por ser caracterizada como filtro de exclusão dos casos de cabimento do recurso extraordinário, sua versão posterior e a repercussão geral são técnicas distintas: esta é um mecanismo exclusivo, enquanto aquela é um inclusivo¹⁷².

¹⁶⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁶⁹ Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁷⁰ Marinoni-Mitidiero, 2012, p. 43: “[A] relevância da questão debatida tem de ser aquilatada sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico. Não se tire daí, como é evidente, a exigência de que a controvérsia seja importante sob todos esses ângulos de análise: basta que reste caracterizada a relevância do problema debatido em uma dessas perspectivas.”

¹⁷¹ Marinoni-Mitidiero, 2012, p. 44.

¹⁷² Marinoni-Mitidiero, 2012, p. 37. Assis, p. 751-752.

3.9. Julgamento por amostragem de recursos extraordinários fundamentados em idêntica controvérsia.

O artigo 543-B do Código de Processo Civil¹⁷³, acrescentado pela Lei nº 11.418/2006, disciplina um procedimento através do qual a análise da repercussão de recursos extraordinários fundamentados em idêntica controvérsia será realizada por amostragem¹⁷⁴. Por sua vez, recursos extraordinários com idêntica controvérsia são aqueles que apresentam conexão por afinidade em relação à matéria constitucional na qual se fundamentam, *i.e.*, apresentam controvérsia quanto a uma mesma questão constitucional¹⁷⁵.

Havendo multiplicidade de recursos extraordinários fundamentados em idêntica controvérsia, o presidente do tribunal *a quo* deverá selecionar e remeter ao Supremo Tribunal Federal os recursos aptos a representá-la – os recursos paradigma – e sobrestar o processamento dos demais. Isso possibilitará ao Supremo Tribunal Federal solucionar a questão constitucional sem ter de se manifestar individualmente em cada um dos processos, mas apenas nos que servirem de paradigma. Caso essa corte considere que não apresentam repercussão geral, a decisão de inadmissão dos recursos paradigmáticos estenderá automaticamente seus efeitos a todos aqueles cujo processamento havia sido sobrestado, *i.e.*, tanto os representantes quanto os representados estarão inadmitidos.

Em caso de reconhecimento da repercussão geral, o órgão judicial *a quo* poderá, após a resolução do mérito pelo Supremo Tribunal Federal, retratar-se, modificando as decisões impugnadas, em consonância com a *ratio decidendi* do

¹⁷³ “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. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º 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. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁷⁴ Didier Jr.-Cunha, p. 324

¹⁷⁵ Didier Jr.-Cunha, p. 325.

juízo dos paradigmas – caso em que o recurso extraordinário terá perdido o objeto. Em tal hipótese, a decisão dos paradigmas atribuirá aos sobrestados efeito “regressivo”, análogo ao do agravo de instrumento e ao do recurso em sentido estrito, mas distinto quanto ao momento no qual a retratação é admissível: nestes, a retratação é anterior à decisão do órgão *ad quem*; naquele, é posterior ao julgamento dos recursos representativos da controvérsia¹⁷⁶.

Entretanto, na hipótese de a decisão impugnada ser mantida, ainda que em desconformidade com a *ratio* da decisão do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário deverá ter seguimento – se estiverem preenchidos os demais requisitos de admissibilidade. Nesse caso, no tribunal *ad quem*, o relator, de acordo com o artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, poderá “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”¹⁷⁷.

A repercussão geral e o julgamento por amostragem são mecanismos processuais instituídos a fim de proporcionar maior celeridade e uniformidade na prestação da tutela judicial. Conforme Lenio Luiz Streck:

“A aplicação rigorosa da sistemática da repercussão geral tem resultado numa abrupta diminuição da quantidade de recursos no Supremo Tribunal Federal. Desde 2006, houve uma redução de 70% do número de recursos extraordinários e a redução de dois terços do estoque de processos no STF.”¹⁷⁸

É importante ressaltar, como se depreende a partir de uma leitura atenta do artigo 543-B do Código de Processo Civil, que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional, o órgão *a quo* deverá tornar a examinar a decisão impugnada. Não existe, apesar disso, nenhuma determinação de que o órgão *a quo* realize a retratação de seu julgado, adequando-o à *ratio decidendi* adotada pelo *ad quem*. A eficácia vertical do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso paradigma limita-se a permitir a retratação, sem, contudo, torná-la obrigatória¹⁷⁹. Não há, portanto, nesse caso, um efeito genuinamente vinculante.

¹⁷⁶ Didier Jr.-Cunha, p. 327.

¹⁷⁷ Conforme nota nº 173.

¹⁷⁸ Streck, 2013, p. 599. A afirmação é baseada em dados apresentados por Luciano Felício Fuck.

¹⁷⁹ Didier Jr.-Cunha, p. 328.

3.10. Objetivação do recurso extraordinário.

Existem situações nas quais as leis processuais atribuem aos julgamentos dos recursos extraordinários efeitos que transcendem os respectivos processos¹⁸⁰. Essa eficácia interprocessual, apesar de não ser propriamente vinculante – no mesmo sentido em que o é a de uma súmula vinculante ou de um julgamento de mérito em uma ação direta de inconstitucionalidade¹⁸¹ –, é chamada de “reflexa” ou “anexa”. Conforme Teori Albino Zavascki:

“*Reflexa*, porque transmite (“reflete”) efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas na relação processual originária. E *anexa*, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela.”¹⁸²

Em razão de tais efeitos, os recursos extraordinários têm sido apreciados sob um viés objetivo, tendo-se em conta em seu julgamento menos a defesa dos interesses das partes e mais a da supremacia constitucional. Esse deslocamento de foco, no qual se intenta uma aproximação com o procedimento de julgamento dos processos de controle principal de constitucionalidade, tem sido designado doutrinária e jurisprudencialmente como “objetivação” ou “abstrativação” do recurso extraordinário¹⁸³. Para Gilmar Ferreira Mendes:

“Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.”¹⁸⁴

Os principais efeitos interprocessuais do recurso extraordinário podem ser assim elencados¹⁸⁵:

a) A dispensa de ser suscitado o incidente de declaração de inconstitucionalidade pelos órgãos fracionários dos tribunais, se sobre a questão já

¹⁸⁰ Existem também em outras causas de competência do Supremo Tribunal Federal, na também chamada “verticalização”, conforme Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014, p. 323, nota de rodapé nº 101.

¹⁸¹ Esses efeitos estão mais próximos de uma “ampliação condicionada” de competência, na qual a “condição” é a decisão em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸² Zavascki, Teori Albino. *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 30.

¹⁸³ Almeida, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico. 2010, p. 80.

¹⁸⁴ Gilmar Ferreira Mendes, voto no Recurso Extraordinário nº 386.395, em 16.05.2003, citado em Almeida, p. 80.

¹⁸⁵ Tomou-se como base o rol elaborado por Teori Albino Zavascki, em Zavascki, p. 50, e o por Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha, em Didier Jr.-Cunha, p. 333-336.

se houver pronunciado o plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁶, conforme o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹⁸⁷.

b) A possibilidade de retratação pelo órgão *a quo*, após o julgamento do recurso paradigma, nos casos de multiplicidade de recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, conforme o artigo 543-B do Código de Processo Civil¹⁸⁸.

c) A dispensa do reexame necessário, se a decisão estiver alinhada com a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 475, § 3º, do Código de Processo Civil¹⁸⁹.

d) A possibilidade de o relator, liminarmente, inadmitir o recurso ou reformar a decisão recorrida, se estiverem em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o artigo 557 do Código de Processo Civil¹⁹⁰.

e) A inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação considerada por ele incompatível com a constituição, conforme os artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹⁹¹.

¹⁸⁶ Para Zavascki, se houver decisões dissonantes entre o plenário ou órgão especial do tribunal e o plenário do Supremo Tribunal Federal, então a vinculação é em relação à decisão deste. Zavascki, p. 36-37.

¹⁸⁷ “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁸⁸ Estudado no tópico anterior.

¹⁸⁹ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁹⁰ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. [...]”. Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁹¹ “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: [...] II – inexigibilidade do título; [...] § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal,

f) O dever de o tribunal *a quo* negar seguimento a recurso extraordinário fundado em matéria cuja repercussão geral tenha sido anteriormente reputada inexistente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁹².

g) A autorização para a edição de súmula vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 103-A da Constituição da República¹⁹³.

h) A autorização para o Senado Federal a suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴.

Deve-se ressaltar que, conforme o artigo 472 do Código de Processo Civil¹⁹⁵, os efeitos dos julgamentos dos recursos extraordinários não possuem – com a ressalva dos efeitos interprocessuais reflexos e anexos – eficácia *erga omnes*¹⁹⁶,

ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.” Com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001. “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: II - inexistência do título; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.” Com redação pela Lei nº 11.232, de 2005. Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014. Para Marinoni-Mitidiero: “[A] possibilidade de a inconstitucionalidade vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível (eficácia preclusiva da coisa julgada). A decisão de inconstitucionalidade não pode ser confundida com uma causa superveniente, estando mais próxima a uma lei nova ou superveniente à sentença. [...] As normas dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC permitem apenas uma interpretação constitucional: a de que o executado poderá alegar a pronúncia do STF quando a sentença exequenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional ou tiver adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição.” Marinoni-Mitidiero, 2011, p. 473. Apesar de ser correta a conclusão acerca da única interpretação com base na qual se poderia afirmar a constitucionalidade desses dispositivos, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal somente pode ser considerado um fato superveniente, tal qual uma nova lei, se houver modulação de seus efeitos.

¹⁹² “Artigo 543-A. [...] § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁹³ Conforme o capítulo seguinte.

¹⁹⁴ Conforme o capítulo final.

¹⁹⁵ “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. [...]” Gilmar Ferreira Mendes, discorrendo sobre a impossibilidade da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal nos casos de interpretação conforme a constituição, afirma – entrando em contradição com manifestações posteriores: “A decisão do Supremo Tribunal Federal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva.” Mendes, 2012, p. 1198-1199. Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁹⁶ “O STF tem procurado generalizar os efeitos da decisão prolatada sobre o recurso extraordinário. Lembre-se de que os efeitos da coisa julgada, segundo a situação jurídica ainda vigente, deveriam ser sofridos só pelas partes litigantes. Mas o STF vale-se de uma competência prevista constitucionalmente para o Senado Federal, que tem a faculdade, segundo o art. 52 X CF, de

bem como que, com base no artigo 469 do mesmo código¹⁹⁷, os motivos e a decisão da questão prejudicial não fazem coisa julgada *inter alios*. É possível, porém, que, com a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal ou de resolução suspensiva da execução de lei pelo Senado Federal, seja atribuída a suas decisões eficácia vinculante e *erga omnes*. Sem eles – súmula vinculante ou resolução do Senado Federal –, contudo, não haverá base constitucional ou legal para afirmar sua vinculatividade¹⁹⁸ – obviamente isso não se aplica às decisões proferidas no controle principal-centralizado de constitucionalidade¹⁹⁹.

Por fim, levando em conta a progressiva instituição de instrumentos de “objetivação” dos efeitos dos julgamentos dos recursos extraordinários, é sumamente relevante e pertinente a crítica de Leonardo Martins:

“O ônus da parte de ter que demonstrar o significado, relevância, importância geral – seja o que for – de uma questão constitucional é absolutamente incompatível com o processo objetivo, onde, não custa lembrar, não se discutem interesses processuais ou privados em primeira linha, mas busca-se esclarecer a dúvida quanto à constitucionalidade em razão da possível inconstitucionalidade e em consonância com o interesse público implícito em tal esclarecimento. No sistema processual objetivo não se concebe, portanto, questão ‘constitucional’ que não tenha ‘repercussão geral’.”²⁰⁰

‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’, para fazê-lo sem expressa autorização do texto constitucional ou de uma eventual lei orgânica que seja compatível com a Constituição.” Conforme Martins, Leonardo. *A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil. Em Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2010. Organizador: Novelino, Marcelo, p. 142.

¹⁹⁷ “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.” Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁹⁸ Lenza, p. 321.

¹⁹⁹ Certamente é um grande inconveniente a ausência de uma norma equivalente ao *stare decisis* na ordem jurídica brasileira, em razão do que, como afirmou Mario Cappelletti (Cappelletti, p. 77), é possível que uma mesma lei seja aplicada por uns e não aplicada por outros juízes, por dissenso quanto à sua constitucionalidade. Entretanto disso não é possível validamente concluir, como fazem, entre outros, Daniel Francisco Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 843-851), que a *ratio* das decisões do Supremo Tribunal Federal deve ser sempre seguida, *i.e.*, que sua jurisprudência é sempre vinculante, em razão dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual. A Constituição de 1988 é expressa quanto ao que possibilita à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser vinculante e *erga omnes* – basicamente, a resolução suspensiva do Senado Federal, o julgamento de mérito nos processos de controle principal-centralizado de constitucionalidade e a súmula vinculante. Levando em conta que o quórum para a edição de súmula vinculante é de dois terços dos integrantes do colegiado, seria nada menos do que equivocada – porquanto flagrantemente oposta tanto à *ratio* da Constituição de 1988, em sua versão original, quanto à da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a interpretação de que o quórum qualificado é necessário apenas para a edição da súmula, mas não para que exista a vinculatividade da decisão do tribunal. Nesse sentido, são contundentes as palavras de Leonardo Martins, conforme a nota nº 196.

²⁰⁰ Martins, p. 144.

4. SÚMULA VINCULANTE.

4.1. Considerações iniciais.

A súmula vinculante é um instituto que possibilita atribuir vinculatividade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, condicionando a decisão que deve ser proferida nas instâncias judiciais ordinárias, e caracteriza-se como uma importante ferramenta para a uniformização da prestação da tutela judicial nas instâncias ordinárias. Embora se distinga do julgamento de um recurso extraordinário, cujo alcance é, em regra, restrito a caso concreto, sua edição deve ser precedida da reiteração de julgamentos tomados no controle incidental de constitucionalidade pela corte com a mesma *ratio*.

Assim, pelo nexó funcional que mantém com o controle incidental-descentralizado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante será objeto de estudo no presente capítulo.

4.2. Evolução do direito sumular no Brasil.

A jurisprudência sempre desempenhou um papel muito importante na resolução dos processos judiciais. O fato de processos anteriores terem sido decididos com certo fundamento é uma motivação poderosa para decidir o processo pendente com o mesmo fundamento. Para Alf Ross:

“Além de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz, esse motivo está estreitamente relacionado à idéia de justiça formal, a qual em todos os tempos parece ter sido um elemento essencial da administração da justiça: a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral.”²⁰¹

Os precedentes judiciais, *i.e.*, as decisões judiciais anteriores, se reiteradas, uniformes e constantes, formam a jurisprudência²⁰². A súmula vinculante, ao tornar obrigatória a adoção por parte de administradores e magistrados de sua linha

²⁰¹ Ross, p. 111.

²⁰² Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1957, p. 230, citado em Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 242.

jurisprudencial, está inserida nesse contexto. Para compreender sua função, é oportuno fazer uma rápida retrospectiva da evolução do papel da jurisprudência como fonte de direito em nosso país, já que, embora sua importância na uniformização das decisões judiciais seja inegável, sua influência tem oscilado ora para uma função meramente persuasiva, ora para uma vinculativa.

Um dos precursores da súmula vinculante, os assentos com “força de lei” – decisões dos tribunais a respeito de questões controvertidas ou duvidosas, registradas no livro dos assentos – foram instituídos no país, conjuntamente com a transformação da Relação do Rio de Janeiro na Casa de Suplicação do Brasil²⁰³. Posteriormente, no Império do Brasil, o Decreto nº 2.684/1875 atribuiu força de lei a todos os assentos preexistentes tanto em Portugal como no Brasil e atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça, que substituiu a Casa de Suplicação como órgão de cúpula do Poder Judiciário, a competência de:

“[T]omar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada.”²⁰⁴

Os novos assentos seriam “incorporados à coleção das leis de cada ano” e obrigatórios até que fossem revogados pelo Poder Legislativo. Esse sistema perdurou até o advento da República²⁰⁵.

A despeito de a eliminação dos assentos vinculantes ter sido considerada na época uma evolução social, a jurisprudência, como subsídio à atividade judicial, continuou a ter grande importância e influência. O dever de respeito à jurisprudência era considerado um consectário da estrutura hierarquizada do sistema judiciário, especialmente em relação ao então novel controle de constitucionalidade, para o qual se buscava inspiração no *stare decisis* vigente nos Estados Unidos²⁰⁶.

Na tentativa de uniformizar as decisões judiciais, a Lei nº 319/1936 estabeleceu, para vigorar em todo o território nacional, o prejudgado. O artigo 2º dessa lei tinha a seguinte redação:

“A requerimento de qualquer de seus juizes, a câmara ou a turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre matéria, de que dependa decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde

²⁰³ Lenza, p. 893-894.

²⁰⁴ Cruz e Tucci, p. 233.

²⁰⁵ Cruz e Tucci, p. 233.

²⁰⁶ Cruz e Tucci, p. 234-237.

que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre câmaras ou turmas.”²⁰⁷

O acórdão proferido sobre a questão de direito suscitada consubstanciava o prejudgado e deveria ser inserido no livro dos prejudgados. Tal decisão “possuía eficácia vinculante *intra muros* e, portanto, horizontal, sendo cabível recurso de revista contra decisão de turma que a contrariasse”²⁰⁸. Com a hegemonia da União para legislar sobre matéria processual, o Código de Processo Civil de 1939 manteve o sistema dos prejudgados, sem, contudo, prever o cabimento do recurso de revista contra a decisão de turma a eles contrária²⁰⁹.

No âmbito do processo trabalhista, o Decreto-Lei nº 8.737/1946, alterando a redação do artigo 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.152/1943²¹⁰ –, também instituiu o prejudgado, que se distinguia de seu congêneres no processo civil comum em razão de sua vinculatividade não se restringir ao tribunal que o editara, mas se estender a todas as instâncias subordinadas ao Tribunal Superior do Trabalho, sendo, portanto, tanto horizontal quanto vertical. O prejudgado trabalhista, mesmo com sua constitucionalidade questionada em inúmeras ocasiões, perdurou até a publicação da Lei nº 7.033/1982, que o revogou²¹¹.

Através de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963²¹², instituiu-se a *súmula da jurisprudência predominante* daquele tribunal, em vista da inoperância dos prejudgados, em termos práticos. No final daquele mesmo ano, foram aprovadas as primeiras 370 súmulas, valendo para o ano seguinte. As súmulas²¹³ resultavam do julgamento da maioria absoluta dos integrantes do colegiado e consistiam em enunciados que sintetizavam a jurisprudência do tribunal²¹⁴. Conforme Victor Nunes Leal, a súmula:

²⁰⁷ Brasil. Lei nº 319, de 25 de novembro de 1936. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁰⁸ Cruz e Tucci, p. 238-239.

²⁰⁹ Cruz e Tucci, p. 242.

²¹⁰ “Uma vez estabelecido o prejudgado, aos Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e o Juizes de Direito investidos da jurisdição a Justiça do trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.” Brasil. Decreto-Lei nº 8.737, de 19 de janeiro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del8737.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²¹¹ Cruz e Tucci, p. 239-240.

²¹² Lenza, p. 894.

²¹³ Inicialmente, não se falava em súmulas, mas em enunciados da súmula, *i.e.*, uma seleção ou resumo da jurisprudência.

²¹⁴ Cruz e Tucci, p. 243.

“[É] um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações indevidas.”²¹⁵

Embora tivessem a função de orientação e uniformização das decisões judiciais prolatadas pelas instâncias ordinárias, as súmulas não eram vinculantes, como o foram os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Seu papel era meramente persuasivo²¹⁶. O Código de Processo Civil de 1973, no artigo 479, estendeu aos demais tribunais a possibilidade de edição de súmulas – apesar de, em seu anteprojeto, estarem previstos os assentos “com força de lei em todo o território nacional”, que não foram instituídos²¹⁷.

A despeito de a tradição brasileira historicamente repelir o sistema de jurisprudência vinculante, constituindo uma excepcionalidade a atribuição a órgãos do Poder Judiciário do poder para a produção de normas genéricas²¹⁸, mesmo a título de interpretação – as exceções foram os assentos –, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ante a relativa inefetividade das súmulas em sua função uniformizadora, instituiu a súmula vinculante, acrescentando o artigo 103-A ao texto da Constituição de 1988.

O novo instituto, diferentemente do antigo, chamado a partir de então de súmula “simples”, não tem efeitos apenas persuasivos, mas, sim – como os assentos do extinto Supremo Tribunal de Justiça e o prejulgado trabalhista –, vinculantes em relação a todas as autoridades estatais, com exceção dos órgãos legislativos e do próprio Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se atribuir às súmulas vinculantes efeitos análogos aos oriundos de uma decisão proferida em processo de controle direto de constitucionalidade, ante a similitude da redação do artigo 103-A e a do parágrafo segundo do artigo 102 – que dispõe sobre os efeitos da decisão em sede de controle direto de constitucionalidade – da carta magna.

²¹⁵ Leal, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal, RF 208/17, citado em Lenza, p. 894.

²¹⁶ Lenza, p. 894.

²¹⁷ Cruz e Tucci, p. 244.

²¹⁸ Cruz e Tucci, p. 240.

4.3. Características.

Como visto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu, na ordem jurídica brasileira, o instituto da súmula vinculante. Por isso, através da edição de uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal exerce “o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário a observância compulsória da jurisprudência da Corte em matéria constitucional”²¹⁹. O instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, pela Resolução nº 381/2008 e pela Resolução nº 388/2008 do Supremo Tribunal Federal²²⁰.

Assim dispõe o artigo 103-A da Constituição da República, acrescido pela referida emenda constitucional:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”²²¹

A súmula vinculante, desse modo, configura-se como um instrumento que “condensa uma série de julgamentos e que passa a ter efeito vinculante, com a obrigatoriedade de os tribunais e juízes o adotarem, sob pena de anulação da decisão”, e que “busca dar organicidade às decisões, ‘de ponta a ponta’ do sistema”²²², alinhando-se com uma “crescente tendência à valorização da jurisprudência”²²³.

²¹⁹ Barroso, p. 102.

²²⁰ Streck, 2013, p. 666.

²²¹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²²² Streck, 2013, p. 664.

²²³ Barroso, p. 103. Marinoni e Mitidiero, asseveram: “[A] *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da decisão do Supremo Tribunal Federal que possui efeito vinculante é, no mais das vezes, facilmente extraível dos acórdãos que decidiram os recursos extraordinários. Pergunta-se: e se o Supremo

Ademais, com sua abstração dos casos concretos que a originaram, a súmula vinculante caracteriza-se, em vista de seus efeitos, como um instituto de natureza legislativa²²⁴, com conteúdo normativo geral²²⁵. Conforme preceitua Lenio Luiz Streck:

“A súmula vinculante é um expediente similar aos revogados *assentos portugueses*, e não aos precedentes do sistema *common law*. [...] A súmula vinculante [...] passa a vigor como um texto normativo de caráter formal e abstrato a ser aplicado no futuro, ou seja, possui sua aplicação obrigatória para os processos pendentes e futuros. Ou seja, possui aplicação obrigatória para os processos pendentes e futuros; daí sua natureza como preceito normativo geral e abstrato, imbuído de força obrigatória geral, análogo ao dos *assentos*.

[...] Dessa maneira, fica evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que não solucionam um caso concreto, mas estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pelo seu enunciado possam ser compreendidos.”²²⁶

4.4. Objeto da súmula vinculante.

Conforme o artigo 103-A da Constituição da República, as súmulas vinculantes poderão ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de atos normativos determinados, editados por qualquer um dos entes federativos. De acordo com Luís Roberto Barroso:

“[T]anto poderão conferir eficácia geral ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais (ou mesmo de emenda à Constituição), quanto fixar a

Tribunal Federal tivesse decidido por inúmeras vezes uma questão constitucional e, mesmo assim, a *ratio decidendi* dos julgados permanecesse, de certa forma, obscura e indecifrável? Foi exatamente para essas situações que o constituinte derivado resolveu inserir, o art. 103-A da Constituição da República, a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante. Assim, aonde a *ratio decidendi* for cristalina, a súmula vinculante é absolutamente desnecessária. Nos casos em que a *ratio decidendi* do julgado for muito complexa ou obscura, edita-se a súmula.” Conforme Marinoni-Mitidiero, 2012, p. 83-84. A definição acima transcrita, *data venia*, é totalmente equivocada. Partem aqueles autores da premissa de que o *stare decisis* é uma norma que integra a ordem jurídica nacional e, por essa razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é vinculante, mesmo aquela formada em sede de controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. Entretanto, como ambas as premissas estão incorretas, sua conclusão, a definição do conceito de súmula vinculante, segue o mesmo destino. Uma súmula vinculante, ao contrário do que foi afirmado, está longe de ser apenas uma exposição sintética, com efeitos meramente didáticos ou explicativos: é, por expressa e inequívoca disposição constitucional, um ato normativo, equivalente a uma lei em sentido material, *i.e.*, um ato paralegislativo. Do contrário, a instituição da súmula vinculante seria um óbice à uniformização, pois, além de não ter efeitos distintos dos de uma súmula simples, as condições para sua edição seriam mais difíceis de ser alcançadas.

²²⁴ Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 706.

²²⁵ Nery Jr.-Nery, p. 705.

²²⁶ Streck, Lenio Luiz; Abboud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p. 108-109.

interpretação e o alcance que devem ser conferidos a determinado enunciado normativo, incluindo os artigos da própria Carta. Na prática, as súmulas prestam-se a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão constitucional. Isso porque, estabelecida uma interpretação vinculante para determinado enunciado normativo, a consequência será a invalidade de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, oriundo do Poder Público ou mesmo de particulares.”²²⁷

Em seguida, o mesmo autor complementa:

“[A] súmula vinculante não se limita a ser um mecanismo para conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, embora seja essa uma das aplicações possíveis do instituto. Mais do que isso, as súmulas permitem que o STF estabeleça uma determinada tese jurídica, cristalizando as razões de decidir adotadas pela Corte (*ratio decidendi*) em um enunciado dotado de eficácia geral. Não por acaso, também as decisões produzidas em controle abstrato podem dar origem à edição de súmulas vinculantes.”²²⁸

4.5. Procedimento.

O procedimento relativo à edição súmula vinculante pode ser iniciado por ato de ofício do próprio Supremo Tribunal Federal ou por provocação de um dos legitimados²²⁹. São necessários, para a aprovação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, os votos de, pelo menos, oito ministros – dois terços dos membros da corte. O quórum qualificado impõe-se a fim de ser promovida a estabilidade e a segurança jurídica do entendimento sumulado, além de contribuir para sua legitimidade²³⁰.

O rol dos legitimados para instaurar o procedimento sumular abrange, além de todos os que o são para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, consoante o artigo 103-A, § 2º, da Constituição da República, o Defensor Público-Geral da União, os tribunais superiores, os tribunais de justiça, os tribunais regionais federais, os tribunais regionais do trabalho, os tribunais regionais eleitorais e os tribunais militares, bem como, desde que incidentalmente em um processo judicial no qual seja parte, qualquer município, conforme o artigo 3º da Lei nº 11.417/2006. O Procurador-Geral da República, quando não o tiver iniciado, deverá sempre ser ouvido previamente à deliberação²³¹.

²²⁷ Barroso, p. 105.

²²⁸ Barroso, p. 105-106.

²²⁹ Streck, 2013, p. 666.

²³⁰ Barroso, p. 106.

²³¹ Streck, 2013, p. 666.

4.6. Requisitos.

O artigo 103-A, § 1º, da Constituição da República estabelece como requisito para a edição de súmula vinculante que o ato sobre cuja validade, interpretação ou eficácia ela se referir seja objeto de “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. De acordo com Lenio Luiz Streck:

“O dispositivo introdutor da súmula vinculante estabelece duas situações distintas em que a súmula poderá ser editada, atendendo a determinados requisitos: na hipótese de existir controvérsia atual entre órgãos judiciários sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas e quando existir tal controvérsia entre os órgãos judiciários a administração pública e essa controvérsia acarrete (isto é, esteja acarretando) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Portanto, não se pode confundir a simples controvérsia entre diversos tribunais com a controvérsia dos tribunais com os órgãos da administração pública, mormente porque, neste último caso, a preocupação é nitidamente com a multiplicação de ações e com os recursos protelatórios.”²³²

O *caput* do mesmo artigo, por sua vez, estabelece que a súmula somente poderá ser aprovada “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Sobre essa condição, Lenio Luiz Streck assevera:

“Também é requisito para a edição de súmula vinculante a existência de reiteradas decisões [...]. Veda-se, desse modo, a possibilidade de edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada, pois é necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.”²³³

O conteúdo da súmula, portanto, deve corresponder à decisão ou à *ratio decidendi* dos julgados que motivaram sua edição, não de um entendimento livre do Supremo Tribunal Federal sobre determinado assunto. “É a correspondência com uma orientação jurisprudencial específica que legitima a edição da súmula e a eficácia vinculante que lhe é atribuída”, *i.e.*, “ela apenas confere eficácia geral a uma linha de decisão estabelecida na corte, que presumivelmente ser[á] reproduzida em todo e qualquer caso similar que cheg[ue] ao STF.”²³⁴ Tem-se, assim, que, “[p]ela relevância dos efeitos da súmula, o que se espera é que qualquer inovação –

²³² Streck, 2013, p. 672.

²³³ Streck, 2013, p. 668.

²³⁴ Barroso, p. 108.

edição, revisão ou cancelamento – seja precedida de debate consistente na Corte”²³⁵.

4.7. Efeitos.

Uma vez publicada, a súmula vinculante passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, não alcançando, porém, o Poder Legislativo (exceto quanto à função administrativa exercida por seus órgãos)²³⁶, *i.e.*, a tese jurídica nela enunciada deverá obrigatoriamente ser adotada e seguida por todos eles.

Quanto à eficácia temporal, como a vinculação passa a existir a partir da publicação, os casos ainda pendentes de julgamento deverão, em princípio, observar a orientação firmada²³⁷. As decisões já tomadas, contudo, não serão inválidas ou irregulares por desconformidade com a súmula nem estarão sujeitas serem cassadas via reclamação. Por isso, somente pelas vias recursais ou por ação rescisória elas poderão ser reformadas. É admissível, todavia, que haja a postergação dos efeitos da súmula vinculante²³⁸, conforme o artigo 4º da Lei nº 11.417/2006:

“A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”²³⁹

Uma possibilidade “inusitada” a respeito da ausência de vinculação da corte e do quórum necessário para revogar uma súmula vinculante: como o próprio Supremo Tribunal Federal não está vinculado a essas súmulas – o texto constitucional assenta que uma súmula vinculante “terá efeito vinculante em relação aos *demais* órgãos do Poder Judiciário” – e como, na eventualidade de mudança de opinião por parte de alguns de seus integrantes, o próprio tribunal pode rever sua

²³⁵ Barroso, p. 108.

²³⁶ Streck, p. 680.

²³⁷ Ver tópico 4.9, relativo à possibilidade de a súmula vinculante ser objeto de controle incidental de constitucionalidade, em vista da vedação de que uma lei retroaja para violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

²³⁸ Barroso, p. 111.

²³⁹ Brasil. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

posição sem, contudo, haver quórum suficiente para revogá-la – *v.g.*, súmula aprovada por oito votos contra três, seguida da alteração de três novos ministros, em lugar de três dos oito que votaram pela aprovação –, é possível também que passe a decidir em desconformidade com sua própria súmula vinculante. Na opinião de Luís Roberto Barroso, a corte está “impedida de afastar casuisticamente enunciado sumular existente”, mas se admite “a possibilidade de que seja superado por decisão expressa da maioria absoluta de seus membros”²⁴⁰.

4.8. Reclamação constitucional.

A reclamação para preservar a competência e para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal²⁴¹, ação autônoma de impugnação²⁴², é fruto de criação jurisprudencial, com fundamento na teoria dos poderes implícitos²⁴³. Foi estatuída expressamente, em 1957, pelo regimento interno dessa corte – que, em 1967, adquiriu força de lei – e, em 1988, pela Constituição da República, que assim dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:
[...]
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...].”²⁴⁴

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao instituir a súmula vinculante, estabeleceu a reclamação como instrumento para sua efetividade, ao acrescentar ao

²⁴⁰ Barroso, p. 109. A interpretação correta do texto constitucional leva à conclusão de que somente por meio do exercício do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* é admissível afastar a aplicação de uma súmula vinculante em um caso concreto, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A ausência de vinculação desse colegiado às próprias súmulas apenas significa que elas podem ser canceladas, substituídas ou modificadas. Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: “Embora não tenha natureza estrita de lei, a esta é equiparada porque *vincula*, em caráter geral e abstrato, o *Poder Judiciário* como um todo (STF e todos os demais órgãos do Poder Judiciário) e o *Poder Executivo*, considerado em sua integralidade (administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal), caracterizando-se como lei *lato sensu*.” Nery Jr.-Nery, p. 705.

²⁴¹ É importante não confundir-la com a reclamação correicional, medida administrativa disciplinar para apurar atividade tumultuária do juiz, conforme advertem Didier Jr.-Cunha, p. 448.

²⁴² Didier Jr.-Cunha, p. 449. Para Streck, 2013, p. 681, tem natureza mista.

²⁴³ Didier Jr.-Cunha, p. 447. Parece, contudo, não mais prevalecer essa tese no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em vista da declaração da inconstitucionalidade, com fundamento na ausência de previsão legal, do estabelecimento de reclamação pelo Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 405.031.

²⁴⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

texto constitucional o artigo 103-A, § 3º – com conteúdo praticamente reproduzido no *caput* do artigo 7º da Lei nº 11.417/2006²⁴⁵ –, com a seguinte redação:

“Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”²⁴⁶

No que diz respeito às súmulas vinculantes, o objeto da reclamação constitucional²⁴⁷, para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, pode consistir tanto em ato administrativo quanto em ato judicial contrários a súmula vinculante. Para ser cabível contra ato administrativo é necessário, conforme o artigo 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006²⁴⁸, o prévio esgotamento das vias administrativas²⁴⁹. Já contra ato judicial, é necessário não haver trânsito em julgado da decisão impugnada²⁵⁰, de acordo com o que é preceituado na Súmula nº 734 do Supremo Tribunal Federal²⁵¹.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em caso de procedência da reclamação, anulará o ato administrativo ou cassará o ato judicial impugnado, determinando que outro seja proferido²⁵². É vedado a essa corte, portanto, proceder à revisão ou à reforma do ato administrativo ou da decisão judicial, *i.e.*, não poderá alterar seu conteúdo²⁵³.

²⁴⁵ “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.” Brasil. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁴⁶ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27/06/2014.

²⁴⁷ A reclamação relativa à preservação de competência e a relativa à autoridade de decisões proferidas em processos de controle principal de constitucionalidade não são relevantes para o presente trabalho, razão pela qual essas hipóteses de cabimento não serão aqui examinadas.

²⁴⁸ “Art. 7º [...]. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.” Brasil. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁴⁹ Barroso, p. 111-112.

²⁵⁰ Didier Jr.-Cunha, p. 466.

²⁵¹ Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.” Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁵² É incorreta a afirmação de que o efeito vinculante da súmula decorre do cabimento de reclamação contra ato a ela contrário, pois a vinculatividade decorre da determinação constitucional. Se entendêssemos de modo diverso, seríamos levados a concluir que, quanto a despachos e a outras decisões irrecorríveis, não haveria vinculação do juiz à lei.

²⁵³ Streck, 2013, p. 680-681.

O procedimento da reclamação constitucional é regulamentado pela Lei 8.038/90²⁵⁴. Os Sujeitos ativos legitimados para a reclamação são aqueles que se alegarem prejudicados ou atingidos por ato contrário à súmula vinculante²⁵⁵. Já os sujeitos passivos podem ser qualquer pessoa, órgão ou ente contra o qual haja imputação de descumprimento de súmula vinculante²⁵⁶.

4.9. Controle de constitucionalidade de súmula vinculante.

Por tratar-se de um ato normativo, a súmula vinculante está sujeita ao controle judicial de constitucionalidade. Embora não seja esse o pensamento predominante no âmbito do Poder Judiciário, que poderia enfrentar eventual inconstitucionalidade de uma súmula vinculante, “se uma [súmula vinculante] tem ‘capacidade eficaz’ maior do que uma lei, não haveria razão para que não pudesse sofrer sindicância constitucional”²⁵⁷. Em razão disso, “como a súmula vinculante se equipara à lei em sentido lato, pode sofrer, em tese, controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado”²⁵⁸.

Quanto ao controle principal, afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Dada a natureza jurídica da súmula vinculante ser de disposição legislativa, porque tem caráter geral e vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo, pode ser objeto de controle de constitucionalidade, por via de ação direta (Adin).”²⁵⁹ Em seguida, quanto ao controle incidental, asseveram:

“Em razão da natureza legislativa da súmula vinculante, como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle de constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem caráter *geral e normativo*.”

Não admitir o controle incidental de constitucionalidade das súmulas vinculantes seria afrontar o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição – no caso, a jurisdição constitucional –, pois sua aplicação não poderia ser afastada de nenhuma maneira, mesmo implicando inconstitucionalidades no caso concreto a ser

²⁵⁴ Didier Jr.-Cunha, p. 476.

²⁵⁵ Sarlet-Marinoni-Mitidiero, p. 997. No mesmo sentido, Mendes, A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal, p. 355.

²⁵⁶ Didier Jr.-Cunha, p. 477.

²⁵⁷ Streck, 2013, p. 685.

²⁵⁸ Nery Jr.-Nery, p. 706.

²⁵⁹ Nery Jr.-Nery, p. 707.

julgado. Sobre esse ponto, “é imprescindível ressaltar que, sem a exigência da *judicial review*, o direito de ação (acesso à justiça) fica seriamente prejudicado” e que “o controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1891 no Brasil e corroborado pelo inciso XXXV do artigo 5º da CF”, que determina que não seja excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²⁶⁰. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza:

“[Os] particulares podem, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal e em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma ou ilegalidade de actos normativos violadores de leis com valor reforçado, fazendo assim funcionar o sistema de controle da constitucionalidade e da ilegalidade numa perspectiva de *controlo subjectivo*.”²⁶¹

No regime instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, as súmulas vinculantes, embora não sejam criadas pelo Poder Legislativo, mas, sim pelo Judiciário, têm eficácia de lei²⁶² – um ato paralegislativo. Conforme Hans Kelsen – referindo-se às decisões da *Supreme Court* dos Estados Unidos –, “a decisão da corte tem [...] caráter legislativo”, em razão do *stare decisis*. “No entanto, atos legislativos com força retroativa dificilmente são compatíveis com a proibição contida na Constituição americana, segundo a qual nenhuma lei *ex post facto* poder ser aprovada.”²⁶³ Por isso, somente com a possibilidade de sujeitá-las ao controle incidental de constitucionalidade a referida emenda não estaria em desconformidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada – que indubitavelmente veda a retroatividade da lei para atingi-los.

²⁶⁰ Streck-Abboud, p. 109-110.

²⁶¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 493, citado em Streck-Abboud, p. 109-110.

²⁶² Streck-Abboud, p. 111.

²⁶³ Kelsen, 2007, p. 309.

5. SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

5.1. Considerações iniciais.

Apesar de tratar-se de um ato de competência do Senado Federal, a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal encontra-se tanto histórica quanto funcionalmente ligada ao exercício do controle incidental-descentralizado de constitucionalidade por esse tribunal. Diante da imprescindibilidade de seu estudo para que se possa compreender o potencial alcance dos efeitos das decisões da corte constitucional nessa esfera, a suspensão pelo Senado Federal de lei será o objeto de estudo do presente capítulo.

5.2. Evolução histórica.

O surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, com a ascensão republicana, foi baseado no modelo estadunidense, no qual esse poder era titularizado por todos os órgãos judiciais e exercido de modo incidental nos processos judiciais, *i.e.*, incidental-descentralizado. Entretanto a “importação” do modelo não foi perfeita. Naquele país, em virtude do *stare decisis*, típico da tradição anglo-saxã, a obediência à jurisprudência era obrigatória, ao contrário do que ocorria no Brasil, no qual, com seu alinhamento à tradição romano-germânica, a jurisprudência exercia a função de orientação, sem, contudo, possuir caráter vinculante²⁶⁴.

Por isso, apesar de o controle de constitucionalidade se haver inspirado no sistema estadunidense, a extinção dos assentos obrigatórios eliminou a possibilidade de o órgão de cúpula do Poder Judiciário vincular as demais instâncias judiciais à sua jurisprudência sobre matéria constitucional e, reflexamente, a de expandir os efeitos de suas decisões sobre controvérsias constitucionais²⁶⁵. Buscou-

²⁶⁴ Barroso, p. 155.

²⁶⁵ “Embora as cortes dos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional, o perigo de uma prática contraditória pelos

se, então, criar um mecanismo visando a prevenir “a reprodução de tantas demandas quantos fossem ‘os interessados agravados pelo ato inconstitucional’.”²⁶⁶

A Constituição de 1934, em seu artigo 91, visando não somente a suprir essa lacuna, como também a evitar o “governo dos juízes” e o amesquinamento do Poder Legislativo²⁶⁷, atribuiu ao Senado Federal, então “coordenador dos Poderes da República”, a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. A partir de então, depois de o Supremo Tribunal Federal julgar, em decisão definitiva, inconstitucional uma lei ou um ato normativo, por maioria absoluta de seus membros – considerando que a Constituição de 1934 estabeleceu também a norma da reserva de plenário –, incidentalmente em um processo judicial, o Senado Federal poderia editar resolução que, em termos práticos, equivaleria a atribuir à decisão daquela corte eficácia *erga omnes* e *ex tunc*.

O instituto foi mantido pelas constituições seguintes²⁶⁸ – exceto a de 1937 –, inclusive a de Constituição de 1988, cujo artigo 52, X, dispõe: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...].”

órgãos aplicadores da lei ali não é tão grande como era na Áustria antes do estabelecimento da Corte Constitucional. [...] [A]s decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras cortes [pela norma de *stare decisis*]. Na medida em que as cortes americanas consideram-se sujeitas às decisões da Suprema Corte, uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.” Kelsen, 2007, p. 307.

²⁶⁶ Clève, p. 90.

²⁶⁷ Clève, p. 97.

²⁶⁸ Clèmerson Merlin Clève enumera as seguintes questões: “(i) A quem compete comunicar o Senado a respeito da decisão do Judiciário? (ii) O ato que desafia suspensão é aquele declarado inconstitucional por qualquer órgão do Judiciário ou apenas pelo Supremo Tribunal Federal? (iii) Dispõe o Senado de competência para suspender a execução de lei, apenas, ou de qualquer ato normativo? (iv) Pode o Senado suspender a execução de ato normativo estadual ou municipal (ou apenas federal)? (v) Há prazo para a manifestação do Senado? (vi) O ato do Senado que determina a suspensão é revogável ou definitivo? (vii) O ato do Senado produz efeitos pretéritos (*ex tunc*) ou apenas futuros (*ex nunc*)? (viii) Qual a natureza do ato do Senado nesta matéria? (ix) A competência do Senado abrange, além das declarações respeitantes ao controle incidental, também as declarações de inconstitucionalidade em tese? (x) Trata-se de competência vinculada ou discricionária?” Clève, p. 90-91. Acrescenta-se a elas outras duas: (xi) Pode o Senado suspender a execução de uma fração da parcela declarada inconstitucional? (xii) Poder o Senado atribuir eficácia *erga omnes* a uma decisão de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou a uma decisão de interpretação conformativa? Todas as questões serão respondidas no presente capítulo, nos tópicos seguintes.

5.3. Procedimento e objeto.

A constituição de 1988 silencia sobre quem deva realizar a comunicação da decisão definitiva de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas o próprio Senado Federal pode, de ofício, iniciar o respectivo procedimento, conforme seu regimento interno. Além disso, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determina que a corte comunique, para os fins do artigo 52, X, da Constituição da República, suas decisões àquela casa legislativa.

A despeito de a Constituição de 1934 ter deixado margem a dúvida ao se referir a decisão do Poder Judiciário, sem especificar qual de seus órgãos, a Constituição de 1988 é peremptória quanto à necessidade de a resolução do Senado Federal ser precedida de declaração definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim não o foi, porém, ao fazer referência somente a “lei”, dando margem à interpretação de que somente lei em sentido estrito declarada inconstitucional poderia ter sua execução suspensa por aquela casa legislativa. De qualquer modo, o entendimento predominante é o de que aquele termo remete a lei em sentido amplo, *i.e.*, a qualquer ato normativo estatal. Também predomina o entendimento de que são passíveis de suspensão não somente os atos normativos federais, mas também os estaduais e os municipais²⁶⁹.

Embora não haja prazo para a suspensão, a resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo não poderá, depois de publicada, ser revogada²⁷⁰. Além disso, “o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto”, consistindo, pois, em ato discricionário²⁷¹. O Senado Federal pode, contudo, suspender a execução de toda ou de apenas uma parcela da parte declarada inconstitucional, *i.e.*, não está impedido de suspender a execução de apenas parte da lei declarada totalmente inconstitucional, mas deve abster-se de suspender a da porção não declarada como tal²⁷².

²⁶⁹ Clève, p. 92.

²⁷⁰ Clève, p. 94.

²⁷¹ Clève, p. 95.

²⁷² Clève, p. 95.

5.4. Eficácia.

A eficácia da resolução suspensiva do Senado Federal é *ex tunc* – esse é o entendimento prevalente tanto no âmbito do próprio órgão legislativo quanto no do Supremo Tribunal Federal, embora, no doutrinário, não seja pacífico²⁷³. A atuação do Senado, contudo, somente é admissível quando o ato normativo houver sido declarado inconstitucional²⁷⁴, não abrangendo, em princípio, nem a declaração de inconstitucionalidade por omissão, nem a decisão de interpretação conforme a constituição, nem a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nesse sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

“O instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, já de si amplos, por sua natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com recurso ao instituto de suspensão da lei pelo Senado Federal.

Mencionam-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessa hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado é problemática, para não dizer inviável, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos.

Não é preciso dizer que a suspensão da execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. A lei é constitucional e continua a ser. Da mesma forma, o antigo instituto não tem nenhuma importância para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração

²⁷³ Clève, p. 96.

²⁷⁴ Cunha Junior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2014, p. 263.

de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle [incidental], a suspensão da execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.²⁷⁵

5.5. Abrangência da resolução senatorial suspensiva.

Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 16/1965, que instituiu no Brasil o controle direto de constitucionalidade, houve dúvida a respeito de ser ou não ser necessária resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional por meio desse então novel mecanismo de controle de constitucionalidade²⁷⁶. Prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal a tese de que era desnecessária a intervenção do Senado Federal, bastando a decisão transitada em julgado da corte, por maioria absoluta, para a perda da eficácia do ato normativo²⁷⁷. Embora já não se questione esse entendimento, é oportuno entender os eventos que precederam sua predominância, em vista da tentativa de repeti-los em relação ao controle incidental de constitucionalidade.

O projeto que deu origem à Emenda Constitucional nº 16/1965, que instituiu no Brasil o controle principal-centralizado de constitucionalidade, visava à inserção de um terceiro parágrafo no artigo 101 da Constituição de 1946, com a seguinte redação: “As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União.” Esse projeto, ainda, visava à alteração do texto do artigo 64 da Constituição de 1946, que dispunha incumbir “ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, para que contivesse a seguinte redação: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar, no Diário Oficial e na Coleção das Leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”²⁷⁸.

Essa proposta de alteração do disposto no artigo 64 da Constituição de 1946, atribuindo eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida

²⁷⁵ Mendes, 2012, p. 1198-1199.

²⁷⁶ Clève p. 91.

²⁷⁷ Barroso, p. 156, nota de rodapé nº 111.

²⁷⁸ Mendes, curso, 2012, p. 1141-1142.

pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada²⁷⁹. Por isso, a Emenda Constitucional nº 16/1965, embora tenha instituído o controle principal-centralizado, não atribuiu às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado, eficácia *erga omnes*. Tal eficácia somente passaria a existir através da edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, independentemente de a declaração de inconstitucionalidade haver sido declarada inconstitucional no controle incidental ou no principal.

Entretanto, ainda sob a égide da ditadura militar, durante a vigência da Constituição de 1967, após um parecer dado no Processo Administrativo nº 4.477-72, firmado em 1975, pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves, foi consolidada a tese de a decisão desse colegiado declarando a inconstitucionalidade de lei ser dotada, por si só, de eficácia *erga omnes*, sem depender, portanto, de resolução do Senado Federal que lhe agregasse tais efeitos²⁸⁰, já que, conforme esse parecer, “não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”²⁸¹.

Após esse acontecimento – que desencadeou uma verdadeira mutação constitucional²⁸² –, a interpretação prevalente do texto constitucional passou a ser a de que a resolução suspensiva do Senado Federal era cabível apenas quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal que declarassem *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, após o respectivo trânsito em julgado. Esse panorama foi mantido na Constituição de 1988, embora somente com a redação a ela dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha sido estabelecido expressamente terem eficácia *erga omnes* as decisões dos processos de controle principal-centralizado de constitucionalidade.

²⁷⁹ Mendes, 2012, p. 1142.

²⁸⁰ Sampaio, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Del Rey. 2006, p. 216.

²⁸¹ “[...] [A] comunicação ao Senado Federal só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passado em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos [...]” Diário da Justiça, nº 91, edição de segunda-feira, 16 de maio de 1977, página 3. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1977_mai_16.pdf>. Acesso em 25/05/2014.

²⁸² Apesar da obviedade de ter ocorrido uma mutação constitucional, não foi encontrada, na pesquisa para o presente trabalho, nenhuma afirmação direta corroborando essa conclusão. É muito provável, ainda, que, no julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC, adiante examinado, os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau tenham tentado provocar uma mutação, somente não obtendo o êxito que teve o ministro Moreira Alves em vista de a suspensão pelo Senado Federal ser, no âmbito do controle incidental, uma tradição assentada nacionalmente.

5.6. Controle de constitucionalidade sobre a resolução suspensiva.

Caso a resolução suspensiva da execução da lei extrapole os limites da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, *v.g.*, suspendendo a execução integral de uma lei quando apenas alguns de seus artigos houverem sido declarados inconstitucionais, o ato do Senado Federal estará inquinado por inconstitucionalidade formal. Nesse caso, a resolução não foge à regra: será passível de controle de constitucionalidade²⁸³.

5.7. Anacronismo e mutação constitucional: polêmica na Reclamação nº 4335-5/AC.

No julgamento da Reclamação nº 4335-5/AC pelo Supremo Tribunal Federal, foi suscitada a polêmica questão de ter ocorrido uma mutação constitucional²⁸⁴ relativa ao artigo 52, X, da Constituição da República. Para entendê-la, necessária se faz uma breve contextualização²⁸⁵.

No julgamento de *Habeas Corpus* nº 82.959 pelo plenário daquele órgão, foi declarado inconstitucional – por seis votos a cinco, quórum que não permite a edição de súmula vinculante –, com base em violação ao princípio da individualização da pena, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que

²⁸³ Mendes, p. 1200. Cita esse autor o exemplo da Resolução nº 7/2007.

²⁸⁴ Para Bulos, mutação constitucional é “o processo informal de mudança da Constituição por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e dos costumes constitucionais.” Bulos, Uadi Lammêgo, *Constituição federal anotada*, p. 22, citado em Lenza, p. 158. Já para Barroso, “a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.” Barroso, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional*, 2.ed., p. 126-127, citado em Lenza, p. 158-159. Para Gilmar Ferreira Mendes, “em virtude de uma situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.” Conforme Mendes, 2012, p. 152.

²⁸⁵ O julgamento foi concluído recentemente, com o provimento da reclamação, embora já tenha há tempos perdido o objeto, em razão da edição da Súmula Vinculante nº 26 e da revogação do dispositivo legal que vedava a o benefício da progressão de regime para os condenados por crime hediondo.

vedava a progressão de regime para os condenados por crime hediondo. Posteriormente, em outro caso, o juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC denegou o benefício da progressão de regime a dez apenados, fundamentando a inobservância da linha de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal em que a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei havia sido tomada em *habeas corpus*, com efeitos, portanto, *inter partes*. Em seguida, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação nº 4.335/AC, alegando desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida naquele *writ*²⁸⁶.

No julgamento da reclamação, seu relator, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirmou em seu voto, acompanhado posteriormente pelo ministro Eros Roberto Grau²⁸⁷, que, em razão de uma mutação constitucional, os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, passaram a ser equiparados àqueles das proferidas em sede de controle principal, *i.e.*, tanto umas quanto outras teriam, a partir dessa mutação constitucional, efeitos vinculantes e *erga omnes*. Com a referida mutação constitucional, ao Senado Federal caberia, em vista do artigo 52, X, da Constituição da República, apenas dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal²⁸⁸.

Entre os diversos argumentos utilizados nesse voto, estava o de que, com as funções de controle principal de constitucionalidade e a de editar súmulas vinculantes, o constituinte originário e o derivado haviam dado primazia a essa forma de controle, em detrimento do controle incidental, e também o de que a função atribuída originariamente ao Senado Federal era insuficiente face a técnicas como a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto²⁸⁹.

O ministro Sepúlveda Pertence, em voto divergente, afirmou que o dispositivo estabelecido no artigo 52, X, da Constituição da República era obsoleto,

²⁸⁶ Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁸⁷ Conforme voto-vista. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁸⁸ Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014. Ao que tudo indica, qualquer semelhança com o texto original do projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 16/1965, examinado no tópico 5.4, não é mera coincidência.

²⁸⁹ Conforme referido na nota anterior.

mas não concordou em reduzir a um mero papel de “posição subalterna de órgão de publicidade de decisões do STF” uma prerrogativa à qual o Congresso havia reservado a um de seus órgãos. Segundo ele, as sucessivas Constituições promulgadas no Brasil haviam mantido o dispositivo, não se podendo falar em lapso²⁹⁰. Além disso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 havia dotado a corte de um poder – a súmula vinculante – que dispensaria a intervenção do Senado, sem, contudo, transformá-lo em um órgão de mera publicidade²⁹¹, e defendeu que a melhor opção, para o caso, era a edição de súmula vinculante²⁹².

O Ministro Joaquim Barbosa, também divergindo do relator, defendeu a leitura tradicional do dispositivo constitucional, por constituir-se em “uma autorização ao Senado, e não em uma faculdade de cercear decisões do Supremo”²⁹³.

O ministro Ricardo Lewandowski, em voto-vista, ressaltou que a competência do Senado no controle de constitucionalidade de normas havia sido reiterada desde a Constituição de 1934, em todas as constituições federais²⁹⁴, não sendo “mera reminiscência histórica”. Aduziu que reduzir a função do Senado a mero divulgador das decisões do Supremo Tribunal Federal afetaria a separação dos Poderes, o que seria vedado até mesmo via emenda constitucional, e que o fortalecimento da corte pela Constituição de 1988 não ocorrera em detrimento das competências dos demais poderes da república. A Emenda Constitucional nº 45/2004 havia criado institutos aptos a coexistirem harmonicamente, sem choque ou contradição de qualquer espécie²⁹⁵.

²⁹⁰ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁹¹ Citado no voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>>. Acesso em 21/05/2014.

²⁹² Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal em 19 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69651&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁹³ Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁹⁴ A Constituição de 1937 foi a única exceção.

²⁹⁵ Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Em nova manifestação, o ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou ter ocorrido perda de objeto da reclamação, em razão da edição da Súmula Vinculante nº 26²⁹⁶.

Finalmente, em 20 de março de 2014, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento. O ministro Marco Aurélio²⁹⁷ votou pela não admissão, por não ser cabível a reclamação, e o Ministro Teori Albino Zavascki votou pela sua procedência, sendo acompanhado pelos votos dos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Maria Weber e Celso de Mello. Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal:

“Em seu voto, o ministro Teori salientou que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabele[cesse] que o Senado deve[sse] suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, [tinham]-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

O ministro também citou as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a qual permiti[ra] ao STF editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que dev[ia] julgar. ‘É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição’, afirmou. O fenômeno, segundo o ministro, ‘está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte’.

Para o ministro, contudo, [era] necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do STF, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em ‘verdadeira corte executiva’, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias.

No caso em análise, entretanto, o ministro Teori acolheu a Reclamação 4335 por violação à Súmula Vinculante 26 do STF, segundo a qual, ‘para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990’. Embora a reclamação tenha sido ajuizada mais de três anos antes da edição da súmula, a aprovação do verbete constitui[a], segundo o ministro, fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pod[ia] ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil (CPC).”²⁹⁸

Conclui-se, a partir dessa leitura, que, embora a reclamação tenha sido julgada procedente, apesar de ter perdido seu objeto – não somente em razão da

²⁹⁶ Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238713>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁹⁷ Em nossa pesquisa, não tivemos acesso à fundamentação do voto do ministro Marco Aurélio.

²⁹⁸ Conforme noticiado no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em: 27 jun. 2014. Nos trechos entre colchetes, fizemos as adequações necessárias à transposição do discurso direto para o indireto.

edição da Súmula Vinculante nº 26, mas também da revogação da vedação legal em questão²⁹⁹ –, não foi acolhida a tese da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mormente levando em consideração o fundamento alegado para sua procedência: a edição da Súmula Vinculante nº 26 e a necessidade de dar interpretação restritiva – e não expansiva, como fizeram Mendes e Grau – aos dispositivos que estabelecem a competência do Supremo Tribunal Federal. Sob esse fundamento – quatro ministros o adotaram –, o tribunal, além de afastar a tese da mutação, confirmou ser imprescindível súmula vinculante ou resolução do Senado Federal para ser atribuída eficácia *erga omnes* e vinculante às suas decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental.

Mesmo com sua recente conclusão, é oportuno serem transcritos alguns trechos de um importante artigo, escrito antes do término do julgamento, sobre a questão nele controvertida, em vista da autoridade de seus argumentos. Sobre a importância da competência do Senado Federal e sobre a tese da mutação constitucional³⁰⁰, asseveram Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (todos os trechos destacados não constam em negrito no original):

“[O] modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; **significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido**

²⁹⁹ Súmula Vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.” Brasil. Súmulas Vinculantes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014. Posteriormente, a vedação à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos foi revogada pela Lei nº 11.464/2007.

³⁰⁰ Streck-Oliveira-Lima, p. 2, asseveraram que o julgamento em questão poderia estabelecer “uma ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil”. Sob um viés estritamente jurídico, o equívoco dessa afirmação é facilmente demonstrável: tomando como premissa que, se as decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade têm eficácia *inter partes*, sem eficácia *erga omnes*, então, mesmo que o Supremo Tribunal Federal venha a considerar que sua eficácia seja *erga omnes*, ela continuará a ser *inter partes*, *i.e.*, a decisão de um recurso extraordinário, uma reclamação ou um *habeas corpus* não se equivale a um ato normativo, como, *v.g.*, a Emenda Constitucional nº 45/2004. O inverso também é verdadeiro, mas o argumento é mais complexo (ver: Ross, Alf; *On self-reference and a puzzle in constitutional law*). Pensar o contrário seria incorrer em um vício de lógica – petição de princípio. A única coisa que uma decisão assim poderia fazer seria provocar uma mutação constitucional, conforme o exposto na nota nº 282.

processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.³⁰¹

[...]

Na verdade, há uma questão que se levanta como condição de possibilidade na discussão acerca da *validade* (e da força normativa) do art. 52, X, da Constituição do Brasil. Trata-se de uma questão paradigmática, uma vez que sua ratificação (o que vem sendo repetido pelo menos desde 1934), em uma Constituição dos tempos de Estado Democrático de Direito, *dá-se exatamente pela exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral*. Por isso, **o art. 52, X, é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões.**³⁰²

[...]

“Parece que a diferença está na concepção do que seja vigência e eficácia (validade). *Decidir* – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – *que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição*. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, **uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante)**. E súmula não é igual a controle concentrado.

Assim, **“se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos - dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades)**.

[...]

Conseqüentemente, não é qualquer decisão que pode ser vinculante. E isso é absolutamente relevante. Afinal, nosso sistema não é o da *common law*.

[...]

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição.”³⁰³

[...]

“[N]o caso de controle difuso de constitucionalidade [...] o próprio Supremo Tribunal sempre teve ciência (isto é, esteve concorde) de que não há a possibilidade de dar efeito *erga omnes* às decisões proferidas nessa modalidade, *necessitando da intervenção do Senado Federal* (afinal, embora o próprio Supremo Tribunal não [esteja] cumprindo, de há muito, a determinação constante no art. 52, X, da CF). E, por fim, se se trata de súmula vinculante sabe-se que é despicienda qualquer participação do Senado Federal. **Qual a razão de tais conclusões? A resposta parece simples: isto é assim em face das determinações que integram a Constituição Federal por decisão do poder constituinte originário e derivado.**

³⁰¹ Streck-Oliveira-Lima, p. 7.

³⁰² Streck-Oliveira-Lima, p. 17. Não têm razão, assim, Luís Roberto Barroso, p. 157, e Gilmar Ferreira Mendes, ao afirmarem ter esse instituto sofrido um “processo de obsolência”, 2012, p. 1198.

³⁰³ Streck-Oliveira-Lima, p. 10-12.

Dizendo de outro modo, a argumentação constante do voto do Sr. Min. Relator de que o próprio Supremo Tribunal Federal optou pela dispensabilidade de se encaminhar ao Pleno da Corte decisão tomada por uma de suas Turmas sobre constitucionalidade/inconstitucionalidade, desde que já tenha ocorrido manifestação do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, não pode ser comparada ao caso que se tem em exame. No caso, não se extrapola o limite de poder concedido pela Constituição. Não se invade esfera outra de poder.

Já para a situação que almeja a extensão dos efeitos de controle concentrado ao difuso, não há nada que autorize o Supremo Tribunal Federal a operar mencionada sistemática no texto de nossa Constituição, tampouco na tradição de nossa doutrina de controle da constitucionalidade. Portanto, o primeiro caso é aceitável porque se tem uma inovação produzida no âmbito de uma competência constitucionalmente delineada e já consolidada. No segundo – não somente pela razão de ser novo posicionamento – mas, fundamentalmente, por **não encontrar respaldo autorizador constitucional expresso, exigência igualmente razoável em virtude de termos um sistema jurídico escrito, herdeiro da noção romano-germânica de direito. Ao contrário: o art. 52, X aponta em outro sentido.**³⁰⁴

[...]

“[A] tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, **um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte** (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC n.º 1, quando este dizia que a **função do STF é a de um oráculo (sic) que “diz o que é a Constituição”**). De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.”³⁰⁵

[...]

Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch? Agregue-se a essa relevante questão hermenêutica a seguinte preocupação: **decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da Reclamação sob comento, podem incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes**, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República.³⁰⁶

³⁰⁴ Streck-Oliveira-Lima, p. 16-17.

³⁰⁵ Streck-Oliveira-Lima, p. 17-18

³⁰⁶ Streck-Oliveira-Lima, p. 27.

CONCLUSÃO

A Constituição da República estabeleceu dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade paralelos: o incidental-descentralizado, a cargo de todas as instâncias judiciais, e o principal-centralizado, a cargo do Supremo Tribunal Federal, inspirados, respectivamente, no modelo austríaco e no estadunidense. A “transposição” de ambos os modelos, todavia, foi imperfeita: do austríaco não foi trazido o poder de as instâncias ordinárias iniciarem o procedimento de controle principal – com efeitos generalizados – e do estadunidense não foi trazido o *stare decisis* – que estabelece a vinculatividade da jurisprudência. Assim, as instâncias ordinárias podem continuar a decidir os casos *sub judice* com base em atos normativos que o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inconstitucionais no julgamento de um recurso extraordinário. Para evitar que essas dissensões resultassem em insegurança jurídica, em tratamento não isonômico e em retardamento da prestação da tutela judicial, foram instituídos mecanismos para vincular as demais instâncias judiciais à *ratio* das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, dos quais os mais importantes são a objetivação do recurso extraordinário, a súmula vinculante e a resolução suspensiva do Senado Federal.

A objetivação do recurso extraordinário consiste na atribuição de uma série de efeitos interprocessuais ao julgamento desses recursos e se caracterizam, em sua maioria, como em uma autorização para que certos órgãos judiciais, em situações específicas, tomem decisões alinhadas com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analogamente a uma modificação de competência. Esses efeitos, entretanto, não são propriamente vinculantes, pois não estabelecem a obrigação de que os órgãos judiciais exerçam tal poder. Desse modo, somente será tomada uma decisão em conformidade com a jurisprudência daquele tribunal, em última análise, no caso de o órgão julgador estar de acordo com sua *ratio decidendi*, *i.e.*, se ele acreditar que a interpretação jurisprudencial dos atos normativos é a interpretação correta. A dependência dessa concordância para esses efeitos interprocessuais resultarem em homogeneidade das soluções às controvérsias constitucionais configura uma deficiência qualitativa. Além disso, a maior parte desses efeitos interprocessuais tem aptidão para condicionar somente os julgamentos realizados

pelos tribunais, mas não os dos juízes de primeiro grau de jurisdição, tornando-os deficientes sob um viés quantitativo.

A súmula vinculante, que torna obrigatória a adoção da linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, exige, para sua aprovação, além de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional nela versada, o quórum de dois terços de seus membros, o que torna inexorável um lapso temporal durante o qual as controvérsias surtirão seus efeitos deletérios. Ademais, como todo ato normativo, há limitação à sua retroatividade, em razão da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, além de ser passível de controle incidental de constitucionalidade pelas instâncias judiciais ordinárias. É, portanto, insuficiente para solucionar o problema dos litígios judiciais quanto a questões constitucionais, pois as condições para sua edição a tornam insuficiente quantitativamente – ao exigir reiteradas decisões e quórum qualificado – e o seu alcance prospectivo quanto ao direito material e a possibilidade de ser objeto de controle incidental de constitucionalidade, qualitativamente – a vinculatividade não é absoluta, pois passível de controle incidental de constitucionalidade. Embora sua insuficiência quantitativa possa ser superada, via emenda constitucional, com a eliminação da necessidade de reiteração das decisões e de quórum qualificado, a insuficiência qualitativa é inelidível, já que uma emenda constitucional atribuindo poderes normativos retroativos capazes de violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada atentaria contra normas pétreas da Constituição de 1988.

A resolução suspensiva da exequibilidade de uma lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, por fazer a vinculatividade da jurisprudência dessa corte depender de um juízo de oportunidade e conveniência – discricionário – positivo do Senado Federal, não configura uma garantia suficiente de uniformidade das soluções às controvérsias em matéria constitucional. Portanto, esse instituto, a despeito de sua tradição quase secular, é notoriamente insuficiente, tanto quantitativa – pois é possível ao Senado Federal abster-se de editar a resolução –, quanto qualitativamente – pois é admissível em apenas uma parcela dos atos de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Além disso, é duvidoso que essas deficiências, mormente a qualitativa, possam ser superadas via emenda constitucional, em vista das limitações que o constituinte originário impôs ao derivado.

Conclui-se, portanto, que a impossibilidade de os mecanismos de vinculação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade “pacificarem” plenamente os dissídios judiciais quanto a questões constitucionais, em vista de suas insuficiências quantitativas e qualitativas, decorre não somente da incapacidade do constituinte derivado de instituir mecanismos adequados a tal fim, mas também dos limites impostos pelas normas constitucionais pétreas ao próprio poder de reforma constitucional. Desse modo, a busca por institutos visando a possibilitar que essa corte promova a efetivação das normas constitucionais deve ter como foco não o aprimoramento do controle incidental – cujas possibilidades já estão praticamente exauridas –, mas, sim, o do controle principal-centralizado de constitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico. 2010.

Assis, Araken de. *Manual dos recursos*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

Barroso, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

Brasil. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-510-22-junho-1890-507621-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Lei nº 319, de 25 de novembro de 1936. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Decreto-Lei nº 8.737, de 19 de janeiro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del8737.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Brasil. Súmulas Vinculantes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1992.

Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995.

Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

Cunha Junior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2014.

Didier Junior, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 12ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2014.

Heck, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2003.

Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2005.

Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora. 2007.

Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel Francisco. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

Martins, Leonardo. A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil. Em *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2010. Organizador: Novelino, Marcelo.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

Mendes, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. Em *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2010. Organizador: Novelino, Marcelo.

Mendes, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

Mitidiero, Daniel Francisco. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

Novelino, Marcelo (organizador). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. 3ª edição. Salvador: Editora Juspodivm. 2010.

Reverbel, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

Ross, Alf. *Direito e justiça*. 2ª edição. Bauru: Edipro. 2007.

Sampaio, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Del Rey. 2006.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

Streck, Lenio Luis; Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

Streck, Lenio Luiz; Abboud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 54ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013.

Torrinha, Francisco. *Dicionário latino português*. 2ª edição. Porto: Gráficos Reunidos. 1942.

Wikipedia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Emenda_Constitucional_n%C2%BA_1>. Acesso em: 27 jun. 2014.

Zavascki, Teori Albino. *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.