

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

**FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE

INCIDENTAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND BINDING FORCE

Anissara Toscan ¹

Resumo

O artigo aborda de forma crítica a tese de que a objetivação do controle incidental de constitucionalidade implica que toda decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em tal âmbito assuma automática força vinculante em sentido estrito, independentemente de edição de resolução senatorial suspensiva ou de súmula vinculante. Em última análise, apresenta a súmula vinculante como único mecanismo atualmente admissível para que o Supremo Tribunal Federal conceda tal força às decisões que profere em sede de controle incidental de constitucionalidade, sem desrespeito à força normativa e à supremacia da Constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Súmula vinculante, Resolução senatorial suspensiva, Força vinculante

Abstract/Resumen/Résumé

The article critically approaches the thesis that the objectification of the incidental control of constitutionality implies that any decision taken by the Federal Supreme Court in such a context assumes automatic binding force in a strict sense, regardless of precedent senatorial resolution edition or of binding precedent. Ultimately, it presents the binding precedent as the only currently acceptable mechanism for the Federal Supreme Court to grant such force to the decisions it takes on the scope of an incidental control of constitutionality with no disrespect to the normative force and to the supremacy of the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional control, Binding precedent, Precedent senatorial resolution, Binding force

¹ Mestra e bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Curso de Direito da Univel – União Educacional de Cascavel. Advogada.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com base nas disposições constantes dos artigos 52, inciso X, 102, parágrafo 2.º, e 103 da Constituição de 1988, tradicionalmente se reconhece que no âmbito do controle abstrato-direto de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assumem automaticamente eficácias *erga omnes* e vinculante, ao passo que a ampliação dos efeitos das declarações incidentais de inconstitucionalidade para além das partes envolvidas no caso em concreto somente é possível mediante edição de súmula vinculante, pelo próprio Supremo, ou de resolução suspensiva, pelo Senado Federal.

A resolução a que alude o artigo 52, inciso X, da Constituição conforma, em síntese, ato discricionário e político por meio do qual se possibilita que o Senado Federal confira efeitos contra todos a decisão proferida pelo Supremo em sede de controle incidental-concreto¹. É dizer, então, que na hipótese de o Senado editar o ato em alusão, a decisão proferida pelo Supremo em controle incidental assumirá eficácia *erga omnes*, ao passo que se deixar de emití-lo, permanecerá alcançando somente as partes do processo em que foi declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (NERY JR., 2010, p. 194).

Como ressabido, essa resolução “incide no plano da eficácia da lei, não em sua validade ou existência”, de modo que não se destina a declarar a invalidade da lei, mas sim “deve partir da invalidade, reconhecida em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, para alcançar a lei no plano de sua eficácia” (TAVARES, 2004, p. 40). Ademais, esse poder é desvinculado da decisão do Supremo, no sentido de que não está o Senado Federal obrigado a suspender a execução da lei considerada inconstitucional, sendo essa autonomia de deliberação reputada legítima pela Corte (TALAMINI, 2011, p. 150).

O único limite a propósito, conforme observa Eduardo Talamini, “reside na impossibilidade de o Senado voltar atrás e pretender revogar a resolução por meio da qual ele já

¹ Segundo CLÈVE, “O Senado Federal dispõe, no caso da suspensão da execução, de uma competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A competência do Senado ‘consiste em atividade discricionária’ de natureza política. Cuida-se, a resolução suspensiva, de ‘ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Ao Senado ‘cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico’. Não está ele obrigado a editar a resolução suspensiva” (CLÈVE, 2000, p. 121).

retirou a norma do ordenamento” (TALAMINI, 2011, p. 150)². Nesse caminhar, em tal dispositivo (CF, art. 52, inc. X) “suspender” guarda o sentido de provisão definitiva, implicando a própria supressão da regra, no todo ou em parte, do ordenamento (TALAMINI, 2011, p. 149; NERY JR., 2010, p. 195).

Ademais, do mesmo modo como é admissível a “suspensão” apenas parcial da eficácia da norma reputada inconstitucional pelo Supremo, não há negar a possibilidade de o Senado Federal modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento jurídico, atribuindo-lhe efeitos *ex nunc* ou outro termo diverso do surgimento da inconstitucionalidade (TALAMINI, 2011, p. 151), deliberação essa que assume contornos igualmente discricionários.

Demais disso, é necessário a esse respeito destacar que a função política atribuída ao Senado Federal por meio da norma constitucional em discussão alcança atos estaduais e municipais, além de não se restringir “a *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, ‘que de decretos fazem as vezes’” (MENDES, 2012, p. 752)³.

Por sua vez, a súmula vinculante foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, com o propósito de “evitar-se o ajuizamento de demandas ou, caso isso não seja possível, diminuir o tempo para a tramitação de causas que já foram pacificadas, definitivamente, pela própria Corte Constitucional anteriormente” (MORAIS, 2008, p. 203).

O procedimento de aprovação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante está minuciosamente descrito no artigo 103-A da Constituição Federal, que confere legitimidade para propor sua edição, revisão ou cancelamento aos membros do próprio Supremo e aos legitimados para o ajuizamento de ADI e ADC (CF, art. 103). Essa legitimidade, interessa observar, foi estendida pela Lei n.º 11.417/2006 aos tribunais brasileiros, ao Defensor Público-

² Na mesma linha, CLÈVE destaca que “Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra a sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio. Tendo decidido, porém, não pode o Senado Federal rever a resolução suspensiva” (CLÈVE, 2000, p. 120).

³ Em sentido análogo, CLÈVE salienta que “Parece que o Constituinte de 1988 não pretendeu mudar a sistemática que vinha desde 1934; então do fato de o art. 52, X, referir-se unicamente à *lei* não se pode concluir que o Senado esteja autorizado, apenas, a suspender a execução das leis em sentido formal (atos legislativos). A expressão *lei* residente no art. 52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (CLÈVE, 2000, p. 120).

Geral da União e aos municípios que sejam parte em processos judiciais versando a matéria constitucional passível de ser sumulada⁴.

A Proposta de Súmula Vinculante a ser apresentada há de ter como objeto a validade, interpretação e eficácia de matérias constitucionais, a respeito das quais exista controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos⁵ sobre questão idêntica. Devendo ser atual essa controvérsia, não se pode admitir a utilização de “precedentes antigos, cujo entendimento já tiver sido superado por outro de mesma instância ou de instância superior”, tampouco é possível a edição de súmula vinculante versando sobre norma há pouco inserida no ordenamento jurídico, porquanto ausente, à toda evidência, o requisito das repetidas decisões acerca de matéria constitucional (LOBO, 2007, p. 39-40)⁶.

Tal Proposta será apreciada pelo Plenário daquela Corte e aprovada se obtiver o voto de pelo menos dois terços dos ministros. Depois de aprovada, a súmula adquire desde logo eficácia vinculante, embora deva ser publicada no prazo de 10 dias, e produzirá efeitos retroativos, no sentido de que atingirá os processos em curso, resguardados, contudo, a coisa julgada (APPIO, 2008, p. 83), o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (CF, art. 5.º, inc. XXXVI).

A partir daí, “as instâncias inferiores ao Supremo Tribunal terão a importante missão de definir se a súmula vinculante se aplica ao caso pendente [...], ou se, utilizando-se do *distinguishing method*, trata-se de um caso de não aplicação”, não lhes cabendo “realizar o controle (difuso) de inconstitucionalidade sobre o conteúdo da súmula ou mesmo a simples negativa de adesão”, mas sim apenas interpretar seu alcance (APPIO, 2008, p. 93-94). Aliás, o

⁴ A propósito do assunto, *vide*: TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*. Tese de livre-docência, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008, p. 67-68.

⁵ Conforme salienta TALAMINI, “Nos termos da norma constitucional, os dois aspectos – ‘grave insegurança’ e ‘relevante multiplicação’ – devem estar presentes cumulativamente. Mas, uma vez identificada a ‘relevante multiplicação de processos’, esse fator por si só já caracterizará a ‘grave insegurança jurídica’. O que não basta é a mera configuração de ‘grave insegurança jurídica’ desacompanhada da proliferação de processos” (TALAMINI, 2008, p. 63).

⁶ A respeito, cabe destacar a seguinte lição de TALAMINI: “Assim, para a criação da súmula vinculante, não basta que se constate o acerto de uma dada solução jurídica do ponto de vista constitucional. É imprescindível que essa solução já esteja encampada em várias decisões da Corte. [...] na disciplina da súmula vinculante brasileira, não se utilizou um parâmetro objetivo e determinado quanto ao número de decisões prévias que autorizam a emissão da súmula. [...] De todo modo, há um limite mínimo a considerar. Devem existir pelo menos três decisões. É o que se extrai do emprego do termo ‘reiteradas’ no plural: tem de haver pelo menos duas reiterações. Mas esse é apenas um explícito parâmetro mínimo. Não significa que sempre bastem apenas três decisões. A definição do número de precedentes necessários para consolidar a solução da questão em súmula dependerá da consideração de diversos fatores: quóruns obtidos nas várias decisões, perfeita sintonia entre os fundamentos dos votos que compuseram a solução majoritária, o modo de distribuição das decisões no curso do tempo” (TALAMINI, 2008, p. 64-65).

próprio Supremo vincula-se ao enunciado da súmula, somente dele podendo se afastar mediante explicitação *formal* de que o entendimento por ela emanado deve ser superado⁷.

Interessante, ainda, destacar ser possível a modulação dos efeitos da súmula vinculante, igualmente com o voto de dois terços dos membros do Tribunal, tendo em vista razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse público” (Lei n.º 11.417/2006, art. 4.º). Aliás, “O mecanismo da modulação dos efeitos não se limita à fixação de marcos temporais de eficácia distintos daquele que em princípio incidiria. É possível também que se restrinjam outros aspectos eficaciais (espacial, objetivo, subjetivo...). Permite-se também que se excluam ou ressalvem do alcance da súmula determinados tipos de situação” (TALAMINI, 2008, p. 85).

2. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Ocorre que a interpretação restritiva das fórmulas (*i.e.*, súmula vinculante e resolução senatorial) de atribuição de efeitos *erga omnes*⁸ e vinculante⁹ às decisões proferidas pelo

⁷ Nesse sentido, MARINONI observa não haver “dúvida que o STF pode revogar os seus precedentes. Isso é indicado, como já se disse, pela própria Constituição Federal. Trata-se, hoje, de algo absolutamente natural, inclusive nos sistema de *common law*. Na realidade, desconhece-se, na atualidade, sistema de eficácia absolutamente vinculante, ou seja, sistema que proíba a Corte Suprema de um país de revogar os seus precedentes. De modo que, quando se diz que o STF não é sujeito à eficácia vinculante das suas decisões, quer-se afirmar, na verdade, que este Tribunal não está absoluta ou irremediavelmente vinculado às suas decisões. [...] Reafirme-se, porém, que o STF está, em outro sentido, obrigado diante de suas próprias decisões, pois apenas pode revogá-las quando for capaz de expressar fundamentação suficiente a evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito” (MARINONI, 2010, p. 32-36).

⁸ Significa a produção de *coisa julgada/efeitos erga omnes*, basicamente, que a decisão atingirá todos, inclusive aqueles que não foram parte do processo. Diante do controle concentrado de constitucionalidade, implica que a norma objeto do controle será expurgada do ordenamento jurídico, alcançando todos seus possíveis destinatários. É dizer, então, que “A eficácia contra todos faz com que o dispositivo da sentença atinja a todos, impedindo do ponto de vista processual que a mesma questão seja outra vez submetida ao Supremo Tribunal” (FERREIRA, 2005, p. 71). Entretanto, esses efeitos não impedem a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade nas hipóteses em que a Corte Constitucional tenha declarado a constitucionalidade da lei ou ato normativo, tendo em vista a possibilidade de alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas, assim como do entendimento acerca da (in)constitucionalidade. Bem assim, não fica o Poder Legislativo obstado de editar (nova) lei de conteúdo idêntico ao de já declarada inconstitucional, o que igualmente poderá ensejar ação direta de inconstitucionalidade e nova apreciação da questão pelo Supremo. Ainda, importa aqui consignar que, em nosso sistema, a coisa julgada (inclusive quando *erga omnes*) assume dupla função, “a negativa (imposição de negativa do mérito do processo em que o mesmo objeto se repita) e a positiva (aplicação do comando sentencial na solução de outras causas, cujo deslinde dependa logicamente da questão resolvida no *decisum anterior*)”, verificando-se, além disso, apenas em relação às decisões já transitadas em julgado (TALAMINI, 2011, p. 138-139).

⁹ A eficácia vinculante em sentido estrito significa “a própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que caracteriza, inclusive, a formulação de reclamação perante esse tribunal, para a preservação de sua autoridade)” (TALAMINI, 2011, p. 144-147). Com isso, a jurisprudência do Supremo deixa de ter força meramente *persuasiva* para assumir eminente caráter

Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental-concreto de constitucionalidade tem sido criticada pela doutrina, especialmente em virtude das transformações experimentadas pela hermenêutica jurídica no Estado Constitucional de Direito, com o reconhecimento do caráter interpretativo e criativo da atividade jurisdicional, assim como de uma progressiva objetivação do recurso extraordinário¹⁰. Além disso, o crescimento do “Supremo Recursal” tem evidenciado a necessidade de construção de uma nova política de direito processual, capaz de controlar o acesso àquela Corte.

Nesse cenário, ganhou espaço a tese, encabeçada pelo doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, de que também as decisões proferidas pela Corte Constitucional em sede de controle incidental-subjetivo de constitucionalidade produzem efeitos contra todos e eficácia vinculante independentemente de edição de resolução senatorial suspensiva da execução da lei declarada inconstitucional (CF, art. 52, inc. X) ou de súmula vinculante (CF, art. 103-A).

Aludida tese foi operacionalizada especialmente com fundamento na proclamada *transcendência dos motivos determinantes*, segundo a qual a *ratio decidendi* da decisão que enfrentou a questão constitucional estabelece uma norma geral, que deterá eficácia vinculante,

dissuasivo, tendo em vista a possibilidade de cassação das decisões destoantes daquela Corte – embora não obste um inconveniente ciclo de cassação e manutenção da recalcitrância abominada (LEAL, 2006, p. 166). O efeito vinculante em questão não impede, contudo, que o órgão legislativo edite novo ato com conteúdo idêntico ao daquele declarado inconstitucional (CLÈVE, 2000, p. 241), no mesmo passo como não obsta a revisão e o cancelamento da súmula, diante da alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Além disso, diversamente do que se passa com a coisa julgada *erga omnes*, a eficácia vinculante ostenta apenas *aspecto positivo*, de determinação de aplicação do comando sentencial na solução de outros litígios – não impondo negativa do mérito nos processos em que a mesma questão seja deduzida –, além de poder alcançar também decisões não transitadas em julgado (TALAMINI, 2011, p. 138-139).

¹⁰ Como ressabido, o Supremo Tribunal Federal tem até mesmo aceitado o emprego de institutos tradicionais do controle abstrato no âmbito do controle concreto, como é o caso da da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e da *causa petendi* aberta (a propósito, *vide*: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 197917/SP; AgR no AI 627770/RJ; AgR-ED no RE 553223/RJ; AgR no RE 273074/RJ; AgR no AI 681730/RJ; AgR no AI 557237/RJ; RE 298694/SP e AgR na SE 5206/EP). Identificam-se também inovações normativas e jurisprudenciais ensejadoras de certa aproximação entre os controles direto e incidental, *v.g.*, (i) procedimento para julgamento de recursos extraordinários repetitivos (CPC/15, art. 1.036; CPC/73, art. 543-B), (ii) hipótese de desnecessidade de observação da cláusula de reserva de plenário (CPC/15, art. 949, parágrafo único; CPC/73, art. 481, parágrafo único) e (iii) possibilidade de o relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (CPC/15, art. 932, IV; CPC/73, art. 557, *caput*), assim como dar, em decisão monocrática, provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (CPC/15, art. 932, V; CPC/73, art. 557, § 1.º), além da (iv) repercussão geral e da (v) súmula vinculante.

aplicando-se de forma necessária a todos os casos particulares análogos àquele em que ficou assentado o entendimento do Supremo. Em outras palavras, segundo essa corrente, “a percepção de que as decisões do STF constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, tornou imprescindível atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes das suas decisões, não importando se estas são proferidas em controle principal ou incidental” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 883).

Argumenta-se, além disso, que sendo ele o eminente guardião e intérprete da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal dar a última e definitiva palavra em questões de ordem constitucional, a qual deve ser invariavelmente observada¹¹. Aduz-se, ainda, que a “natureza idêntica do controle de constitucionalidade quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental” (MENDES, 2004, p. 164).

De acordo com tal posicionamento, teria inclusive ocorrido uma *mutação constitucional* do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, no sentido de que o ato normativo ali previsto passaria a ser necessário apenas para a atribuição de *publicidade* à decisão tomada pelo Supremo em controle difuso, que assumiria por si só os aludidos efeitos¹². Nessa linha, Luís Roberto Barroso assevera que diante dos contornos conferidos às ações diretas de inconstitucionalidade pela Constituição de 1988, a competência atribuída ao Senado por meio do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal tornou-se um *anacronismo*. Segundo o autor, toda decisão tomada pelo Pleno do Supremo, “seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e

¹¹ Partindo do pressuposto de que “A atual conformação da jurisdição constitucional no Brasil não leva a outra conclusão senão a da aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* entre nós”, MARINONI e MITIDIERO asseveram que “Não há qualquer razão para que se reconheça efeito vinculante às Cortes Supremas apenas dentro desse ou daquele modelo de aferição de constitucionalidade” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 24 e 27-28).

¹² Conforme aduz MENDES, “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988, Valendo-se do subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação* [...]. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia” (MENDES, 2004, p. 165-166).

produzir os mesmos efeitos”, porquanto “Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!” (BARROSO, 2007, p. 111)¹³.

As súmulas vinculantes, por sua vez, prestariam tão-só às situações em que os julgados comportassem *ratio decidendi* “obscura ou indecifrável”, em ordem a gerar grave insegurança jurídica e múltiplos processos, sendo dispensáveis nas demais hipóteses, em que as decisões assumiriam automática eficácia vinculante. Em sentido análogo, Luiz Guilherme Marinoni defende que “se os precedentes, uma vez proferidos, não geram dúvida quanto à *ratio decidendi*, não há razão para editar súmula”, porquanto “inexiste motivo para temer por insegurança jurídica”, porém “Quando os julgados não geram *ratio decidendi* clara ou objetivamente decifrável, é evidente que podem dar margem a grave insegurança jurídica, especialmente quando a questão constitucional puder dar origem a múltiplos processos” (MARINONI, 2011, p. 491-492).

Articula-se, finalmente, que tal compreensão é necessária à *racionalização da prestação jurisdicional constitucional* e à promoção de *isonomia* entre os jurisdicionados, *economia processual* e *segurança jurídica*, fazendo com que os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sigam e apliquem a interpretação constitucional manifestada pelo Supremo em qualquer que seja a seara. Nesse rumo, Fredie Didier Jr. concebe tal objetivação do controle incidental como uma “forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas”, fazendo com que o Supremo deixe de atuar como mero revisor de pronunciamentos de Cortes Inferiores, solucionador de litígios de fulano ou beltrano, para se dedicar a sua verdadeira função, que é a de velar pela eficácia, inteireza e uniformidade da interpretação do direito objetivo (2006, p. 983-986).

¹³ No mesmo sentido, assim explana CLÈVE: “Num momento (1934) em que se temia o ‘governo dos juízes’, em que se esforçava para manter a fiscalização incidental, em que se almejavam as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*), em que se procuravam harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Todavia, é questionável a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item” (CLÈVE, 2000, p. 124).

Destaque-se, ainda, que mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015 – que deixou de prever expressamente, em seu artigo 927, a obrigatoriedade de os juízes e tribunais observarem as decisões proferidas pelo Supremo em controle incidental de constitucionalidade, assim como não contemplou, em seu artigo 988, o cabimento de reclamação constitucional para garantir a autoridade desses julgados (*i.e.*, deixou de conferir efeito vinculante em sentido estrito¹⁴ a essas decisões), estabelecendo-os apenas para as proferidas em controle concentrado (CPC, arts. 927, inc. I, e 988, inc. III) –, as manifestações nesse sentido se mantiveram¹⁵.

3. A INSUBSISTÊNCIA DA TESE AVENTADA

Antes de mais, é preciso esclarecer que não existe identificação entre o reconhecido processo de objetivação do controle incidental-subjetivo e a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante a todas as decisões proferidas em tal âmbito. “Há um salto lógico entre a constatação da objetivação do recurso extraordinário e a afirmação de que as decisões do STF em controle incidental têm força vinculante em sentido estrito. Uma coisa não implica necessariamente a outra” (TALAMINI, 2011, p. 154).

Com isso, embora sem questionar o atual processo de objetivação do controle incidental, há de se reconhecer que a observância aos regimes diferenciados conferidos a cada espécie de controle de constitucionalidade (*i.e.*, direto e incidental) é inerente ao respeito à força normativa e à supremacia da Constituição, sendo no mesmo passo indispensável à preservação do devido processo legal.

¹⁴ A respeito, TALAMINI diferencia três graus de obrigatoriedade das decisões judiciais, ou três acepções de “força vinculante”, quais sejam, (i) *vinculação fraca*, correspondente à eficácia persuasiva de que gozam os precedentes jurisprudenciais; (ii) *vinculação média*, identificada como aquela que autoriza “os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo”, como é o caso das regras dispostas nos artigos 481, parágrafo único, 518, parágrafo 1.º, 544, parágrafo 4.º, e 557, todos do Código de Processo Civil; e (iii) *vinculação forte*, ou força vinculante em sentido estrito, que significa “a própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que caracteriza, inclusive, a formulação de reclamação perante esse tribunal, para a preservação de sua autoridade)” (TALAMINI, 2011, p. 144-147).

¹⁵ Nesse sentido, por todos, MARINONI aduz ser “pouco mais do que evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário. Sem dúvida, e isso não precisa ou precisaria estar escrito no Código de Processo Civil, as *ratione decidendi* dos julgados proferidos em sede de recurso extraordinário têm claro e inculável efeito vinculante” (MARINONI, 2016, p. 2.169).

Ao nosso ver, a tese acima mencionada revela-se incompatível com o ordenamento jurídico atualmente vigente, mormente em virtude de desconsiderar a utilidade do instituto da súmula vinculante e a regra estampada no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, além de desprezar o disposto nos artigos 927 e 988 do CPC de 2015.

É o que passamos a explicar.

3.1. Caso de mutação constitucional?

Conquanto assaz consistentes os argumentos lançados pela aludida doutrina, não há como se possa fechar os olhos para a realidade de que ela desconsidera a competência (privativa) do Senado Federal para atribuir, mediante edição de resolução “suspensiva”, efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade de lei tomadas em sede de controle incidental pelo Supremo, vindo incontornavelmente de encontro com o que está expresso no multicitado artigo 52, inciso X, da Constituição Federal (NERY JR., 2010, p. 197).

Não se está diante, bem se vê, da ocorrência de qualquer mutação, mas sim e propriamente de subversão de dispositivo constitucional de redação clara e interpretação inequívoca, mormente considerando-se que essa forma de alteração (informal) do Texto Magno não pode, sob o *pretexto* de conformá-lo às novas realidades, desbordar os limites da *força normativa* e da *supremacia da Constituição*¹⁶. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima ressaltam que o que está, no caso, sendo denominado de *mutação constitucional* “consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngebung*), mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal)” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, p. 1).

A propósito, Nelson Nery Jr. explica que a pretendida superação da regra contida no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal não substancia caso de mutação constitucional por duas razões: “Primeiro, porque a mutação constitucional é processo de *interpretação natural* da CF, de modo que não pode ser construída de maneira forçada. Há de ser *processo* de mudança de paradigma constitucional (*Legitimation durch Verfahren*) e não o *fundamento* que se pretende

¹⁶ Conforme pontua BELAUNDE, “Mesmo o ‘ativismo’ tem seus limites, não sendo possível que o texto constitucional seja utilizado de forma irresponsável, como ocorreu algumas vezes no passado. Afinal, uma coisa é interpretar, de maneira sã, uma norma constitucional e, eventualmente, completa-la em questões menores. Outra é jogar de ser ‘aprendiz de feiticeiro’, subvertendo-a desde dentro” (BELAUNDE, 2009, p. 40).

utilizar para modificar a Constituição”, e “Segundo, porque o *limite* da mutação constitucional é o próprio *texto* da Constituição”, não se podendo “fazer tábua rasa do texto da CF 52 X, que ainda se encontra em vigor e só pode ser desconsiderado por expressa mudança formal e material da Constituição, por intermédio do processo de emenda constitucional (CF 60)” (NERY JR., 2010, p. 199).

Tal posicionamento, importa registrar, não nega a relevância do processo de mutação constitucional, que ao reconhecer que o significado dos dispositivos da Carta Magna nem sempre são fixos, permite que ele acompanhe as alterações das circunstâncias políticas, sociais e econômicas. O que se está a salientar é que a mutação constitucional deve se ater aos limites normativos estabelecidos pela própria Constituição, o que não se vislumbra na hipótese ora analisada, em que se pretende banir do ordenamento regra de aplicação obrigatória e plenamente vigente, sem respeito ao procedimento formal de alteração constitucional (CF, art. 60)¹⁷.

É dizer, então, que à mutação constitucional não é dado agir com *caráter revogador*, de modo que *se* a realidade deixou de ser reflexo da Constituição, há que se percorrer o caminho da *reforma constitucional*, voltada propriamente à alteração da redação, e não do significado, do Texto Magno (HESSE, 1992, p. 24). E considerando-se especialmente a rigidez da Constituição de 1988 e a existência de um processo de alteração do texto constitucional por ela própria minuciosamente estabelecido, são inaceitáveis *excessos interpretativos* como o que aqui se discute, sob pena de se abrir passagem à alteração – e supressão – das mais variadas garantias constitucionais sem o mínimo de respeito aos procedimentos consagrados.

Além disso, é preciso perceber que o fato de o ato senatorial mencionado no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal não possibilitar a atribuição de eficácia vinculante às decisões do Supremo que não declaram a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo – como nas hipóteses em que se limita a fixar interpretação conforme à Constituição ou a declarar inconstitucionalidade parcial sem redução de texto –, tampouco àquelas em que reconhece a não-recepção da norma pela Carta de 1988, não tem o condão de embasar a suposta mutação

¹⁷ “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 consequências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição*” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, p. 11).

constitucional¹⁸, já que também para casos como esses, o instituto da súmula vinculante mostra-se adequado a conferir tal eficácia às respectivas decisões (TALAMINI, 2008, p. 52-55).

3.2. E a utilidade do instituto da súmula vinculante?

Além disso, a objetivação do controle incidental ora discutida cria a possibilidade de que a declaração de inconstitucionalidade de lei com efeitos contra todos e vinculante se dê de modo precoce, depois de proferida tão-só uma decisão, e pelo voto de apenas seis ministros, desprezando a importância do instituto da súmula vinculante em tal processo¹⁹. Há, assim, de se reconhecer que “*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” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, p. 9.)

¹⁸ Segundo lição de MENDES, “o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade da lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. [...] 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 à 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 natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. [...] Mencionem-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 nessas 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 de 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 lei inconstitucional não se aplica à declaração de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo” (MENDES, 2012, p. 753-754).

¹⁹ A propósito, TALAMINI indaga: “Que sentido faria a criação de um instituto, sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive quorum qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em ‘reiteradas decisões’ do STF, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia?” (TALAMINI, 2011, p. 160).

Para além disso, a criação do instituto da súmula vinculante de modo algum reforça a ideia de superação do artigo 52, inciso X, da Constituição²⁰, mas sim substancia adequado mecanismo de atribuição de efeito vinculante a decisões tomadas em sede de controle incidental de constitucionalidade, o qual tem inegavelmente convivido harmonicamente com aquela competência privativamente atribuída ao Senado Federal.

Nem se diga que o propósito da súmula vinculante é o de elucidar a *ratio decidendi* dos julgados em que ela apareça “obscura e indecifrável”, porquanto as decisões judiciais devem – ao menos em tese – expressar motivação compreensível, clara e completa, sob pena de nulidade (CPC/15, art. 489²¹), de modo que tal argumento nem de longe tem o condão de justificar a finalidade desse instituto²², em ordem a corroborar a tese de extensão dos efeitos *erga omnes* e vinculante a toda decisão proferida em controle incidental de constitucionalidade pelo Supremo.

3.3. Outras ponderações acerca da discutida objetivação do controle incidental

É necessário, ainda, consignar que o controle – discricionário e político – atribuído ao Senado por meio do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal não pode ser equiparado a mera “atividade formal, de simples ‘publicação’ do acórdão do STF. Fosse isso, não seria necessária a remessa do acórdão ao Senado, mas simples publicação da decisão do STF no órgão da imprensa

²⁰ Em sentido contrário, entende MENDES que “a adoção da súmula vinculante reforça a ideia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal” (MENDES, 2012, p. 762).

²¹ O dever de fundamentação das decisões judiciais, aliás, foi assaz reforçado pelo CPC/15, ao prever, em seu art. 489, § 1.º, que “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

²² Nessa linha, TALAMINI aduz que “essa tese não é plausível. Ela parte de uma premissa de inconstitucionalidade: motivação ‘obscura, indecifrável’. Não se concebe que decisões – venham do controle incidental ou direto, tenham ou não força vinculante – não apresentem motivação compreensível. Se não a têm (o que pode concretamente ocorrer), são nulas. Portanto, não é uma hipótese legítima; não é idônea para explicar a criação de um novo instituto constitucional. Evidentemente, a súmula vinculante não foi concebida para esse fim. Até porque a própria edição da súmula pressupõe ‘reiteradas decisões’ com fundamentos convergentes (o que implica que eles sejam, antes de tudo, compreensíveis, claros, decifráveis)” (TALAMINI, 2011, p. 161).

oficial para que a decisão de inconstitucionalidade pudesse produzir eficácia *erga omnes*” (NERY JR., 2010, p. 195).

Ademais, a redução da competência do Senado à de um órgão de imprensa malferiu o sistema de direitos e de garantias fundamentais, especialmente o devido processo legal, o contraditório e a ampla-defesa (CF, art. 5.º, incs. LIV e LV), na medida em que a concessão automática de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade “atingirá aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação” em tais processos (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, p. 6-7). Em última análise, o *princípio democrático* acaba violado, já que resta tolhida do povo a possibilidade de participação no controle difuso de constitucionalidade que lhe é assegurada pela Constituição, no mesmo passo em que se confere ao Supremo Tribunal Federal um poder não chancelado pela Carta Magna (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, p. 6-7).

Para além disso, não se pode olvidar que “nem toda solução de questão constitucional tomada pelo STF em sede de controle incidental é apta a assumir força vinculante de modo a impor-se na generalidade dos casos”, mormente porque “Há casos em que a resolução da questão constitucional envolve a específica e concreta ponderação dos valores circunstancialmente envolvidos naquele litígio” (TALAMINI, 2011, p. 163), obstando, com isso, a formulação de uma “regra geral”. Tampouco se argumente que a regra do *distinguishing* permite seja conferido aos demais casos concretos tratamento diferenciado daquele firmado no precedente, uma vez que inexistente sentido em se “atribuir força vinculante a uma solução que, antemão, sabe-se que não servirá para significativa parcela, se não maioria, dos casos análogos” (TALAMINI, 2011, p. 164).

Outrossim, não há negar que o reconhecimento de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle incidental-subjetivo alargará a via da *reclamação constitucional*, o que por óbvio implicará aumento da carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, com prováveis reflexos na qualidade das respectivas decisões e inegável prejuízo às demais atribuições daquela Corte²³, colocando igualmente em xeque a utilidade de uma *estrutura judiciária escalonada*²⁴.

²³ “O primeiro, relacionado com a questão da carga de trabalho, refere-se à *qualidade* do trabalho. Se o Tribunal passa a se dedicar primordialmente a cuidar, nas reclamações, do adequado cumprimento de suas decisões vinculantes, sobram-lhe pouco tempo e escassos recursos materiais e humanos para desincumbir-se de suas outras

3.4. Os artigos 927 e 988 do CPC de 2015

Interessa, ainda, destacar que todo o exposto não denota, nem de longe, desprezo pelo dever de os juízes e Tribunais respeitarem os precedentes – mormente quando estatuídos pela mais alta Corte do Judiciário pátrio –, que se tem pretendido instituir, sobretudo, desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, enquanto mecanismo necessário para se alcançar igualdade, estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, promovendo segurança jurídica, que é indissociável do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, compartilhamos da preocupação de que casos similares sejam tratados com similaridade, em respeito ao direito do jurisdicionado de não ser surpreendido com decisões nunca antes imagináveis. Afinal, “o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado”, tendo deveres para com o Poder de que fazem parte e para com o cidadão. Possuem “o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário” (MARINONI, 2009, p. 206-207).

O que defendemos, a despeito disso, é que essa compreensão não autoriza uma interpretação ampliativa do cabimento da reclamação constitucional para as hipóteses de inobservância também das decisões proferidas em controle incidental realizado pelo Supremo, em absoluto descompasso com o texto legal. Não se pode desprezar o fato de que o Código de Processo Civil de 2015 deixou de prever, em seu artigo 927, a obrigatoriedade de os juízes e tribunais observarem as decisões proferidas pelo Supremo em controle incidental de constitucionalidade, assim como não contemplou, em seu artigo 988, o cabimento de reclamação constitucional para garantir a autoridade desses julgados, estabelecendo-os apenas para as proferidas em controle concentrado (CPC, arts. 927, inc. I, e 988, inc. III).

Logo, a eficácia vinculante em sentido estrito – correspondente à “imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, [...] sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor

missões. Ora, a repercussão geral foi instituída precisamente com o escopo de eliminar esse problema – e o problema mereceria” (TALAMINI, 2011, p. 163).

²⁴ “Mas há ainda um segundo aspecto: a subversão gerada pela pretensa universalização da força vinculante afetaria não só a qualidade da atuação interna do STF, mas a própria dinâmica do sistema processual. A generalização do acesso direto ao órgão de cúpula – de fato, indispensável para a configuração de uma eficácia vinculante propriamente dita – põe em cheque a utilidade de uma estrutura judiciária escalonada. Por isso, a atribuição da força vinculante deve ser usada com parcimônia e cercada de cautelas (como o é, por exemplo, no mecanismo da súmula vinculante)” (TALAMINI, 2011, p. 163).

daquela decisão” e caracterização do cabimento de reclamação (TALAMINI, 2011, p. 144-147) –, apenas reveste as decisões proferidas em controle direto de constitucionalidade, não se estendendo para as prolatadas em controle incidental, ainda que pelo Supremo Tribunal Federal.

4. CONCLUSÕES

As súmulas vinculantes conformam a melhor alternativa para que o Supremo atribua às decisões proferidas em sede de controle incidental-concreto os efeitos *erga omnes* e vinculante de que gozam aquelas tomadas no âmbito do controle direto-abstrato, apresentando-se como o *único* mecanismo para se assegurar observância à interpretação dada pela Corte Suprema a respeito de questões constitucionais, sem qualquer prejuízo à regra disposta no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

É necessário reconhecer que tendo a Constituição Federal previsto um mecanismo para se atribuir efeito vinculante às decisões exaradas em sede de controle concreto de constitucionalidade – a ser aplicado tanto na hipótese de declaração de inconstitucionalidade como na de constitucionalidade de lei ou ato normativo –, não há como se possa admitir que o Supremo simplesmente despreze tal procedimento, entendendo como vinculante (em sentido estrito) qualquer pronunciamento – por mais prematuro ou inconsistente – que venha a exarar.

Demais disso, a norma contida no artigo 103-A da Constituição Federal, exigindo aprovação de súmula mediante quórum qualificado (dois terços) e depois de reiteradas decisões sobre a mesma questão constitucional para que se possa falar em efeito vinculante, impede a invocação da tese da transcendência dos motivos determinantes como amparo à concessão de efeito vinculante a toda e qualquer decisão tomada no âmbito do controle concreto de constitucionalidade.

Com isso, não se está a negar a importância e a racionalidade do respeito aos pronunciamentos já exarados pelos órgãos componentes da estrutura judiciária, especialmente àqueles manifestados pela mais alta Corte, responsável pela interpretação e resolução final das controvérsias constitucionais. O que se está a afirmar é que não há como se possa aceitar, de acordo com a atual arquitetura constitucional, que toda decisão tomada pelo Supremo assumira efeito vinculante em sentido estrito, de possibilitar a utilização da estreita via da reclamação constitucional.

Em última análise, o êxito da tese segundo a qual também os pronunciamentos manifestados pelo Supremo em sede de controle incidental-subjetivo de constitucionalidade assumem efeitos *erga omnes* e vinculante depende incontornavelmente de uma reforma constitucional, que retoque os artigos 52, inciso X, e 103-A da Constituição Federal, bem como de uma alteração legislativa da clara redação dos artigos 927 e 988 do CPC do Código de Processo Civil, não havendo, sob qualquer pretexto, como se admitir o absoluto desprezo às normas estatuídas em tais dispositivos.

5. BIBLIOGRAFIA

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARBOSA, Rui. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo”. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

BELAUNDE, Domingo García. “O precedente vinculante e sua revogação pelo Tribunal Constitucional (análise do caso Provías Nacional, Proc. N° 3.909-2007-PA/TC)”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 35-42, jul.-set./2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857. Disponível em: <<http://zip.net/bpmdXW>>. Acesso em: 22 de ago. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

DIDIER JR., Fredie. “Transformações do recurso extraordinário”. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2005.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. (Trad. Pedro Cruz Villalon). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOBO, Arthur Mendes. “Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante”. *Constituição e processo*. Salvador: Juspodivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____. “Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 35, n. 184. jun./2010.

_____. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009, p. 175-232.

_____. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. v. 41, n. 162, p. 149-168, abr.-jun./2004. Disponível em: <<http://zip.net/bdmhDZ>>. Acesso em: 22 de ago. 2016.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAIS, Dalton Santos. “A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do *amicus curiae* em seu processo”. *Revista de Processo*. v. 33, n. 164, p. 196-210, out./2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JR., Nelson. “O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52, X”. *Revista de Informação Legislativa*. v. 47, p. 193-200, 2010. Disponível em: <<http://zip.net/bdmj1C>>. Acesso em: 22 de ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; 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://zip.net/bxmjwm>>. Acesso em: 22 de ago. 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*. Tese de livre-docência, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

_____. “Objetivação do controle incidental e força vinculante ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins* (coord. N. Nery Jr. e T. Wambier). São Paulo: RT, 2011.

_____. “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”. CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: RT, 2014, p. 669-705.

TAVARES, André Ramos. “Perfil constitucional do recurso extraordinário”. TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. “Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e proposta”. *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “A ‘Repercussão Geral’ como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. v. 848, ano 95, jun./2006.