

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Público

Marcelo Mendes Tavares

Limites Objetivos do Efeito Vinculante no
Controle Concentrado de
Constitucionalidade no Brasil

Brasília-DF, 2008

Marcelo Mendes Tavares

**Limites Objetivos do Efeito Vinculante no
Controle Concentrado de
Constitucionalidade no Brasil**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Público do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* em Direito Público do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientadora: Prof.^a MsC. Christine Oliveira
Peter da Silva

Brasília-DF

2008

Marcelo Mendes Tavares

Limites Objetivos do Efeito Vinculante no Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Público do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* em Direito Público do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____)

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente trabalho é ligado à área do direito constitucional, no capítulo do controle de constitucionalidade, e aborda os limites objetivos do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Existem duas teses sobre o efeito vinculante, a tese restritiva que determina abrangência da parte dispositiva e a tese ampliativa que possibilita o alcance dos fundamentos determinantes. A escolha de uma delas é relevante para se saber o que os demais Tribunais e a administração pública estão obrigados a respeitar e o âmbito do objeto da Reclamação. Será investigada a doutrina sobre o efeito vinculante, analisando suas diferenças com os demais efeitos da decisão do controle concentrado de constitucionalidade e de que forma poderia potencializar as decisões proferidas neste modelo de controle de constitucionalidade, visando alcançar um conceito útil ao controle concentrado de constitucionalidade sobre os limites objetivos do instituto. Utilizar-se-á o tipo de pesquisa dogmática-instrumental, com a técnica de revisão bibliográfica e o procedimento monográfico. O efeito vinculante é um efeito adicional aos conhecidos efeitos da decisão do controle concentrado e obriga que se siga a decisão, tornando-a um precedente obrigatório em que os fundamentos determinantes devem ser seguidos. Ele não é um típico efeito da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, não se restringindo aos limites objetivos da coisa julgada, como ocorre, por razões inversas, com o efeito *erga omnes*. Embora a decisão da parte dispositiva indique a conclusão de todos os julgadores, ao chegarem a um juízo comum, sendo, portanto, a parte mais legítima e justa, é inegável que os fundamentos determinantes terão relevância por indicarem os limites da decisão e de sua vinculação e a sobrevivência e o manejo do controle difuso.

Palavras-Chave: Efeito Vinculante. Controle concentrado de constitucionalidade. Efeitos da decisão do controle de constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS EFEITOS DE SUA DECISÃO NO BRASIL.....	10
1.1 o controle de constitucionalidade de normas	10
1.1.1 sua origem.....	10
1.1.2 controle difuso e concentrado.....	12
1.1.3 a opção do Estado Brasileiro	15
1.2 as decisões no controle concentrado de normas no Brasil	17
1.2.1 a decisão e as técnicas de decisão	17
1.2.2 os efeitos da decisão.....	23
2 EFEITO VINCULANTE	32
2.1 origem, criação e recepção pelo direito brasileiro	32
2.1.1 ORIGEM DO EFEITO VINCULANTE	32
2.1.2. criação e recepção legislativa do instituto do efeito vinculante	35
2.1.3 recepção do instituto pelo Poder Legislativo	41
2.2 concepções sobre o conceito de efeito vinculante.....	45
2.2.1 o direito estrangeiro	45
2.2.2 a busca por uma concepção sobre o efeito vinculante no Brasil	49
3 EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	55
3.1 efeito vinculante e o Supremo Tribunal Federal	55
3.2 o alcance do efeito vinculante	64
3.2.1. o alcance do efeito vinculante em relação aos outros institutos	70
3.2.2. o efeito vinculante e o sistema difuso	76
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos limites objetivos do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade, ligado a área do direito constitucional, no capítulo controle de constitucionalidade. Não se visa verificar os seus limites subjetivos ou tratar de súmula vinculante.

A previsão do efeito vinculante, diante dos já conhecidos efeitos da decisão do controle concentrado de constitucionalidade, nulidade e efeito *erga omnes*, demonstra, por si só, a necessidade de se estabelecer o real alcance e utilidade deste instituto que não possui qualquer outro correspondente no direito brasileiro.

O aparecimento de duas teses conflitantes, uma de que o efeito vinculante abrange apenas a parte dispositiva da decisão, enquanto a outra determina que alcance também os fundamentos determinantes, dificulta ainda mais o estabelecimento da função deste instituto.

Embora ambas as teses promovam a possibilidade de ajuizamento de reclamação para garantir as autoridades das decisões do Supremo Tribunal Federal, tal dúvida ainda assim se mostra capaz de representar problemas, ao se indagar o motivo de tais entendimentos divergentes e a sua aplicação prática.

A escolha por uma das duas teses determina precipuamente a aplicação ou não de uma regra de valor proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, a casos semelhantes, nos moldes do precedente obrigatório, e, além de determinar a semelhança ou diferença com os demais institutos deste modelo de controle de constitucionalidade, acaba, por conseqüência e reflexamente, levando a criação de uma limitação ao intérprete da Constituição em seu trabalho hermenêutico.

O alcance apenas da parte dispositiva determina a semelhança com o efeito *erga omnes* que abrange a mesma parte, em razão dos limites objetivos da coisa julgada, podendo tornar o instituto inútil ao controle concentrado.

Enquanto os fundamentos determinantes determinam a aplicação obrigatória do precedente, podendo inviabilizar interpretações divergentes.

A resposta a esta dúvida pode representar a extensão ou não do parâmetro da Reclamação, ao se possibilitar que o Supremo Tribunal Federal analise a contrariedade apenas do dispositivo da decisão ou dos fundamentos determinantes do julgado não seguido.

Neste sentido, este trabalho investigará a doutrina sobre as diversas concepções sobre o efeito vinculante, analisando em que sentido o instituto é diferenciado dos demais efeitos típicos da decisão do controle concentrado de constitucionalidade e de que maneira podem potencializar as decisões proferidas neste modelo de controle de constitucionalidade.

Com isso, tentará se obter um conceito útil ao controle concentrado de constitucionalidade sobre os limites objetivos do efeito vinculante.

Consta na Proposta de Emenda Constitucional de Roberto Campos que resultou na Emenda Constitucional nº 3/93, criadora do efeito vinculante, que o instituto “foi previsto com o objetivo de outorgar maior eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes”¹.

Esta tese ganha força ao se verificar que o objetivo de sua criação era de que o efeito vinculante, ao obrigar o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, fosse visto como um precedente obrigatório, assim como adotado em países de cultura jurídica anglo-saxão, em que o precedente obrigatório leva a se seguir as razões determinantes do julgado².

Por outro lado, embora houvesse tal intenção legislativa, persiste-se em afirmar que o efeito vinculante alcança somente a parte dispositiva, ao se verificar que não há qualquer instituto similar, no direito brasileiro, que possa estender aos fundamentos determinantes³.

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.351

² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125 e 223.

³ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

A regra, no Brasil, é de que a decisão consta apenas na parte dispositiva e, por isso, é a única parte que faz coisa julgada⁴. Tal proposta se vale da doutrina da coisa julgada que determina que, quando da preclusão de qualquer recurso contra decisão (coisa julgada formal), apenas a decisão, comando ou juízo de valor sobre determinada questão é que se tornará definitiva e imutável, coisa julgada material, não alcançando os fundamentos que, mesmo que determinantes, não se tornarão indiscutíveis⁵.

Além disso, o próprio efeito *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade, mecanismo criado para atingir a todos indistintamente e inviabilizar divergências, por o sistema jurídico europeu não contar com a regra do *stare decisis* do controle difuso americano⁶, determina como de natural conseqüência a vinculação a todos à decisão.

Daí, afirma-se, então, que o efeito vinculante decorrente deste efeito *erga omnes*,⁷ que pode ter sua origem na nulidade da lei ao se verificar que a concepção de que uma lei, cujo âmbito de incidência é geral e abstrato, declarada inconstitucional é nula ou anulável, representaria que “a lei inconstitucional não vincula ninguém”⁸.

Tais informações, embora a intenção legislativa fosse diferente, seriam suficientes para se aceitar que a concepção restritiva pudesse ser aplicada, se não fosse a afirmação de que a vinculação da parte dispositiva tornaria de todo despiciendo este instituto, por pouco a acrescentar ao instituto da coisa julgada e efeito *erga omnes*⁹.

Porém, ao se verificar a previsão do efeito vinculante e do efeito *erga omnes*, demonstra-se que são institutos diversos¹⁰ e que o efeito vinculante

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.174.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.313.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.82-83.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007, p.60.

⁸ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.806.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.546

¹⁰ FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.121.

não defluiria da natureza do sistema jurisdicional adotado, por ser previsto em diplomas legais e constitucionais para integrar os efeitos e qualidades atribuídos à decisão do controle concentrado¹¹, o que possibilita a tese da independência do efeito vinculante e de um limite objetivo próprio.

Por fim, deve-se considerar a afirmação de que se os fundamentos não fazem coisa julgada, ao menos servem para entender a decisão¹² que não se limita apenas a parte dispositiva da decisão¹³.

O presente trabalho utilizou a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, um dos precursores da introdução do efeito vinculante no Brasil, de Rui Medeiros, com sua contribuição ao alcance dos institutos da decisão de controle de constitucionalidade, e a doutrina de Luís Roberto Barroso, sem desconsiderar os trabalhos de Mauro Cappelletti, Roger Stiefelmann Leal, Marcelo Alves Dias de Souza e Olavo Alves Ferreira. Adota-se o tipo de pesquisa dogmática-instrumental, utilizando-se da técnica de revisão bibliográfica e o procedimento monográfico.

Para tanto, dividiu-se a monografia em três capítulos. O primeiro capítulo tratará da origem dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade, observando a origem do controle de constitucionalidade, sua utilização e finalidade, os efeitos da decisão e técnicas de decisão. O segundo capítulo tratará do instituto do efeito vinculante, apresentando sua concepção como instituto do *stare decisis*, a sua aceitação e crítica pela doutrina, a incorporação nos debates legislativos, sua concepção em outros países e no Brasil. O terceiro capítulo tratará do efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, verificando a sua concepção no Supremo Tribunal Federal, os pontos benéficos e os pontos maléficos de cada tese sobre o efeito vinculante, a diferenciação com os demais institutos típicos do controle concentrado de constitucionalidade de normas e o convívio com o controle difuso de constitucionalidade.

¹¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.153.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.677-678.

¹³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.125.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS EFEITOS DE SUA DECISÃO NO BRASIL

1.1 o controle de constitucionalidade de normas

1.1.1 sua origem

De uma forma geral, a Constituição seria um conjunto de regras que organizaria as instituições de um ente abstrato, denominado Estado, e delimitaria o mínimo de regras de convívio social a serem respeitadas, em um primeiro momento, por tal ente e, posteriormente, fomentadas pelo mesmo¹⁴.

A sua proteção perante tudo e todos não foi idéia concebida em sua criação, mas surgiu apenas, com a evolução social e política, da necessidade de que a Constituição fosse um instrumento normativo que, como tal, tivesse valor cogente perante qualquer coisa¹⁵.

Na Europa, a necessidade de se conter o poder absoluto do monarca e o abuso do poder propiciou o aparecimento da Constituição que assegurava a liberdade ao indivíduo e retirava a função legislativa do soberano, passando-a a um órgão determinado, denominado Parlamento, fomentando a separação de tarefas¹⁶.

A dinâmica da história europeia ligou a concepção da Constituição à vontade popular que, por ser soberana e ilimitada, não estaria submetida a própria Constituição, produto da manifestação do próprio povo que era representado pelo Parlamento que, por não encontrar limites, detinha supremacia sobre os demais poderes e instituições, podendo inclusive revogar a Constituição¹⁷.

¹⁴ CLÈVE, Clèmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.17-19.

¹⁵ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, 2.ed, p.17-18

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.175-176.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.176-179.

Preponderava a idéia de que “o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas a ela”¹⁸, comprometendo a noção deste Documento como instrumento com valor normativo e conformador da ordem jurídica e, por conseqüência, inviabilizando o controle das normas perante este por quem quer que fosse¹⁹.

Contudo, com os acontecimentos ocorridos no final do século XIX e no século XX, entre os períodos entre-guerras e totalitários, constatou-se, por conta da insegurança de sempre se poder alterar as regras, a ineficiência da idéia de supremacia do Parlamento como mecanismo de promoção e defesa de direitos humanos, razão pela qual surgiu a concepção do poder constituinte originário²⁰ que seria subordinante e condicionante aos demais poderes.

Daí, apresentou-se a idéia de rigidez constitucional que pregava a maior dificuldade de alteração da Constituição perante as demais normas, oriunda desta rigidez, diferenciando este Documento das leis ordinárias e complementares, o que explicitaria a hierarquia das leis e, mais propriamente, a supremacia formal da Constituição, embora, na época, não houvesse previsão de mecanismos que fizessem valer a Constituição, impondo sanções a uma eventual violação ao texto constitucional²¹.

Por outro lado, nos Estados Unidos, a idéia de que os dispositivos do Parlamento inglês tinham superioridade sobre os instrumentos normativos americanos, antes de ser um empecilho, foi um fator decisivo na formação da ordem jurídica deste país, por se permitir a experiência do controle de validade das leis americanas perante as leis do Parlamento inglês²².

Com a independência dos Estados Unidos da América da Inglaterra, substituíram-se os instrumentos normativos ingleses limitadores da ordem jurídica americana pelas Constituições, entendidas como leis fundamentais

¹⁸ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.107

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.181.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.179-180.

²¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.15-17.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.62.

deste país e, ao ocuparem o lugar das leis inglesas, exerceram papel de limitar os demais instrumentos normativos criados nestes Estados independentes²³.

O momento histórico pelo qual este país passava propiciou, não apenas a limitação do poder do chefe do Poder Executivo que era eleito pela população, mas o controle do poder do Legislativo, ao se conceber uma Constituição como instrumento de positivação dos direitos naturais, inatos, e oferecer a ela a garantia de proteção, como forma de afirmar a idéia de que fosse a vontade permanente do povo em contraste às leis ordinárias que seriam a vontade transitória²⁴.

Surge, por isso, o conceito de supremacia da Constituição que seria representada pela concepção material, ao se determinar valores supremos e orientadores de toda ordem jurídica, e a formal, em que acarreta, ante a maior dificuldade de alteração da Constituição perante as demais normas, oriunda da rigidez da Constituição, a diferenciação deste instrumento normativo em relação às leis ordinárias e complementares²⁵.

Desta forma, com base nas inovações americanas e diante da necessidade européia de instrumentos aptos a fazer valer a Constituição, para a defesa e fomento dos direitos humanos constantemente violados, o controle de constitucionalidade se alastrou pelo mundo todo, sendo difundido perante as Constituições modernas como mecanismo de estabilização das relações e defesa da Carta Magna em relação às divergências surgidas²⁶.

1.1.2 controle difuso e concentrado

Verifica-se que a opção por uma Constituição rígida, em que se pressupõe a supremacia formal deste documento, ao se estabelecer mecanismos mais dificultosos para sua alteração e, por conseqüência,

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.60-63.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 180-181.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007, p.45-46.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.48.

diferenciar-se dos demais instrumentos normativos, é um pressuposto essencial para a adoção do controle de constitucionalidade de normas²⁷.

Esta foi a conclusão a que se chegou, no caso *Marbury x Madison*, nos Estados Unidos, onde se iniciou o controle de constitucionalidade, em que se preferiu o modelo de Constituição flexível que, por não diferenciar a lei ordinária da constitucional, deixava esta ser revogada por aquela pelo modelo da Constituição rígida, que considera este documento como uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, levando a negação da natureza de ato legislativo ao ato que violava aos comandos constitucionais²⁸.

Este caso é considerado uma grande referência para o controle de constitucionalidade, ao assentar o princípio da supremacia da Constituição e originar o primeiro modelo de controle de constitucionalidade²⁹, o incidental, que se desenvolveu nos Estados Unidos, referindo-se apenas a casos concretos, vinculando apenas as partes e não interferindo em questões políticas³⁰.

A sua adoção pela Europa não causou o mesmo impacto que no território americano, pois tal modelo propiciava decisões divergentes, em países de sistema romano-germânico, o que gerava graves inconvenientes, ao contrário do Estado estadunidense, de tradição anglo-saxão, onde a cultura do precedente proporcionava a vinculação das cortes e juízes inferiores às decisões das cortes superiores³¹.

Um outro sistema de controle, concebido para vincular todos à decisão, foi a saída encontrada em grande parte destes países de tradição jurídica

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.02.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.47-48.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.10.

³⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.28-32.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.76-82.

romano-germânicas. Deu-se lugar, assim, ao controle concentrado em que se concede a um único órgão judiciário idealizado o controle normativo³².

Desta forma, há dois modelos concebidos para assegurar esta supremacia. O controle de constitucionalidade difuso ou americano que assegura a qualquer órgão judicial com a obrigação de aplicar a lei a um caso concreto o poder de afastar sua aplicação, se considerá-la incompatível com a ordem constitucional. O outro é o controle de constitucionalidade abstrato que confere a um órgão específico o dever de apreciar o ato questionado perante à Constituição, fazendo um juízo sobre a compatibilidade com o Documento Maior, sem interesses subjetivos envolvidos no processo em questão, tendo por objetivo somente a defesa da Constituição³³.

A despeito de haver diferença entre os dois modelos, optando-se por um ou por outro, conforme a peculiaridade e concepção filosófica de cada país, tendo em vista que o sistema americano apresenta forte desconfiança em relação ao legislador e o europeu possui dúvidas acerca do papel do juiz, consegue-se notar uma certa aproximação entre eles³⁴.

Observa-se que o modelo americano, para evitar a hegemonia do Parlamento, autorizou o controle de constitucionalidade por todos os juízes, o que, mediante o instrumento do *stare decisis*, tornavam aquela mera não aplicação de lei violadora da Constituição, oriunda de simples exercício de interpretação, limitada ao caso concreto, em uma verdadeira eliminação final, definitiva e vinculativa, propiciando, ao final, uma anulação da lei com efeito geral e retroativo, embora se referisse a um litígio específico³⁵.

Por outro lado, nota-se que, no modelo europeu, optou-se, com enfoque na nítida separação de poderes, em afastar o controle de constitucionalidade de juízes comuns, limitados e vinculados apenas às leis³⁶, e

³² LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.48.

³³ CLÈVE, Clèmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.60-62.

³⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.25

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed., Reimpresso, 1999, p.82.

³⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.62.

em criar um órgão específico – um tribunal constitucional – que operava este juízo de constitucionalidade não como órgão judicial, mas como “órgão de natureza legislativa (negativa) e, em certo grau, abstrato”, o que permitiria ter uma “decisão de inconstitucionalidade ‘com força de lei’ e evidentemente erga omnes”, sendo a decisão constitutiva com valor de revogação da lei³⁷.

Certo é que cada um apresenta as suas peculiaridades. No difuso, o controle, por haver ampla legitimidade, ocorre apenas se houver violação a direito subjetivo, preterindo a defesa da ordem jurídica como um todo, e gera só efeitos *inter partes*, permitindo que a lei inconstitucional continue em vigor. Enquanto, no concentrado, o controle, com restrito rol de legitimados, apenas ocorrerá para atender aos interesses dos legitimados, deixando os direitos individuais sem meios para se proteger ante os abusos perpetrados contra a Constituição, embora tenha efeitos gerais³⁸.

1.1.3 a opção do Estado Brasileiro

No Brasil, a influência do direito norte-americano parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso na Constituição de 1891, como a primeira forma de controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal a rever as decisões, em última instância, realizando-se apenas uma aplicação hermenêutica ao caso concreto, sem juízo em abstrato³⁹.

Com o passar dos anos e com a elaboração de novas Constituições, passou-se a prever instrumentos que realizassem juízos abstratos de constitucionalidade e se adotaram fórmulas que reconhecessem a inaplicação do dispositivo inconstitucional a todos em geral. Dentre tais inovações, destacam-se, na Constituição de 1934, a declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal, em que a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, ficava condicionada à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e, na Emenda Constitucional nº 16 à

³⁷ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.91.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.106-114

³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.35-37

Constituição Federal de 1946, a representação do Procurador-Geral da República contra ato normativo que violasse a Constituição, perante o Supremo Tribunal Federal, com efeitos gerais⁴⁰.

Na Constituição Federal de 1988, introduziram-se vários mecanismos que demonstram a adoção do controle abstrato de constitucionalidade ao lado do modelo difuso também previsto no Documento. Notando-se, todavia, uma tendência de alargamento da jurisdição constitucional abstrata, tendo em vista a ampliação da legitimação ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja legitimação foi ampliada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴¹, valendo o comentário:

“Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.”⁴²

Sob o regime desta Constituição, amplia-se um processo objetivo, no qual não se pode falar em partes, lide e contraditório, embora haja legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e, posteriormente com a ampliação pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, da ação declaratória de constitucionalidade. O procedimento consiste no ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade em razão e contra uma lei, com a *causa petendi* aberta, isto é, sem necessidade de se ater somente à tese alegada, e não em face de alguém ou determinado órgão, não servindo para defesa de interesses subjetivos⁴³.

A previsão do *animus curiae* enseja a possibilidade de se verificar, ao menos, a defesa de direitos de classes ou categorias diretamente envolvidas no âmbito de aplicação da lei, no controle abstrato. Esta providência é um instrumento de informação da Corte, na medida em que proporciona a

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.987-993.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.66-67.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1003

⁴³ CLÈVE, Clêmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.119.

participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda sociedade, subsidiando com novos argumentos e diferentes concepções na interpretação da Constituição⁴⁴, exaltando a utilidade do mecanismo abstrato na resolução de controvérsias constitucionais.

O modelo difuso brasileiro, concebido inicialmente à defesa dos direitos subjetivos, com a liberdade de convencimento dos juízes, começa a ter certas alterações. A principal e mais marcante é o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário que, tendo em vista a “forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente”, almeja-se a concentração de esforços em temas fundamentais à Ordem Constitucional, para produzir julgamentos mais cuidadosos e com maior visibilidade, fomentando o debate democrático⁴⁵.

Por fim, parece que as alterações observadas tentam não só corrigir as imperfeições dos modelos difuso e concentrado, ao se estabelecerem, em ambos, novos instrumentos que tentam mitigar a defesa essencialmente de direitos subjetivos, no caso do modelo difuso, e a defesa essencialmente da ordem constitucional, no modelo abstrato, mas servem para sustentar que há a preponderância “do controle concentrado em detrimento do difuso.”⁴⁶

1.2 as decisões no controle concentrado de normas no Brasil

1.2.1 a decisão e as técnicas de decisão

De uma forma geral, o controle de constitucionalidade visa extirpar ou tirar de aplicação uma regra que fira a Constituição, seja por desatendimento a preceitos formais, ao se violar regras de cunho procedimentais, de elaboração das normas infraconstitucionais, seja por desatendimento a preceitos materiais, ao se violar princípios e regras que garantem prerrogativas, direitos ou deveres⁴⁷. Assim, torna-se pressuposto de uma Constituição, que possua o

⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.281-283.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.99-100.

⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.93.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.25-26.

controle de constitucionalidade, a sanção a um comportamento contrário aos seus comandos normativos⁴⁸.

Neste sentido, a concepção americana, desenvolvida pelo sistema difuso, é de que toda lei que contraria a Constituição é nula, sendo a concepção mais tradicional ao sustentar que a lei inconstitucional, por ser “contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional”⁴⁹.

No entanto, esta não é a única concepção presente nos diversos sistemas de controle de constitucionalidade, sendo desenvolvida a orientação de que a declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, leva a anulabilidade tão-somente, em razão de que “a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional.”⁵⁰

No controle abstrato adotado no Brasil, não é indiferente à adoção de uma sanção. O sistema constitucional brasileiro impõe, segundo a doutrina majoritária a nulidade de ato que infrinja à Constituição Federal, como mecanismo de sanção. Esta orientação é herança da forte influência americana no desenvolvimento de mecanismo de defesa da Constituição que determina que a lei inconstitucional não produzirá nenhum efeito, sofrendo temperamento após a Lei nº 9.868/99⁵¹.

Este efeito, a nulidade, não representa sempre a melhor opção a ser seguida, tendo em vista as variações do sistema e dos fatos que clamam por outro tipo de solução, o que leva a criação e adaptação de novas técnicas de decisão para não causar gravames à ordem jurídica e aos indivíduos.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.974.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.115-116.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.116.

⁵¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.87

Somente a impossibilidade de salvar o texto normativo determina se a sanção será necessária, o que, no direito brasileiro, pode levar a declaração de nulidade total em que a totalidade da lei é invalidada, seja em virtude de toda a lei estar imaculada, seja por que parte da lei que está viciada contaminar, em razão da dependência ou interdependência dos dispositivos, as demais partes, ocorrendo uma declaração de inconstitucionalidade conseqüente ou por arrastamento. E, ainda, há, ante a possibilidade de que alguns dispositivos serem independentes de outros, de que se declare a inconstitucionalidade parcial da lei, com a condição de que não se crie orientação normativa diversa da pretendida pelo legislador⁵².

No entanto, há situações que, embora a lei contenha vício, ela não será tida como inconstitucional, em razão de um estado imperfeito, o que se denomina de declaração de lei ainda constitucional “em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.”⁵³

Por outro lado, o dispositivo incompleto ou a falta de dispositivo completo, violando a igualdade, ao se tratar iguais desigualmente, pode ensejar, embora haja a inconstitucionalidade por omissão, em virtude de quebra do princípio da isonomia, a opção por continuar a aplicar a lei, durante o período de transição, até a publicação de uma outra mais completa, pois a nulidade da mesma pode levar a um estado de profunda omissão⁵⁴.

A inconstitucionalidade não é só realizada no âmbito do texto normativo em si mesmo, oportunidade em que se afasta o dispositivo da lei viciado, ela pode advir das possíveis interpretações do texto normativo, em que se abre a possibilidade de que haja a nulidade de uma ou algumas hipóteses de incidência do texto controlado, preservando a literalidade dos dispositivos. Trata-se de uma técnica que, tanto no controle difuso, quanto no concentrado,

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.342-343.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.514/RS. Pacientes: Marco Aurélio Rodrigues da Cruz e Outro. Impetrante: Edson Brozoza. Coator: Tribunal de Justiça do estado Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sidney Sanches. Diário da Justiça, Brasília 27.06.1997 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.436.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1203.

propicia que uma determinada interpretação, certa leitura do dispositivo, seja considerada inconstitucional e, portanto, impossível de ser aplicada.⁵⁵ Ao se apreciar o dispositivo, este não é nulificado, apenas se declara a inconstitucionalidade sob algum aspecto, sob determinada variante, de certa interpretação, preservando a redação original⁵⁶.

Tais técnicas de decisão são feitas, tanto no controle difuso, quanto no controle concentrado. Neste último, ocorre um juízo abstrato de controle de constitucionalidade em que se acaba utilizando o mecanismo da interpretação conforme a Constituição que, fruto da concretização da interpretação sistemático-teleológica, serve, na tentativa de preservar o comando legal, para verificar a compatibilidade de todas as possibilidades de interpretação em relação ao Documento Maior, eliminando a interpretação em dissonância ou o dispositivo por completo, ao não se encontrar exegeses conforme à Carta⁵⁷.

Esta leitura do dispositivo conforme a Carta Magna, ao invés de decorrer da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos que exigiriam, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, a preferência ao sentido da norma que se adapte à Constituição Federal⁵⁸, pode ser encarada como uma técnica decisória que visa estabelecer, no limite da inconstitucionalidade, “um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.”⁵⁹

Nestes termos, possibilita-se que a interpretação conforme à Constituição, além de representar uma declaração de constitucionalidade da norma, ao lê-la em conformidade com a Constituição, seja tida também como

⁵⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Incidente de Arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e aos arts.480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p.94-95.

⁵⁶ VELOSO, Zenó. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, 2.ed, p.165.

⁵⁷ AMANDO JÚNIOR, José. *A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Interpretação Conforme a Constituição em Relação aos Órgãos do Poder Judiciário*. Jurídica:Administração Municipal, n.1, ano VII, Janeiro/2002, p.44.

⁵⁸ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.274.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editor, 2.ed., 1988, tomo II *Apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Incidente de Arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e aos arts.480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p.94-95.

uma declaração de inconstitucionalidade⁶⁰, conforme destacado pelo Ministro Moreira Alves:

“O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme a Constituição*, declara constitucional uma lei com interpretação que a compatibiliza com a carta Magna, pois, nessa hipótese, há u'a modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)*, o que implica dizer que o tribunal constitucional elimina – e, atua, portanto, como *legislador negativo* – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.”⁶¹

Tal pensamento acaba por afirmar que a interpretação conforme à Constituição, no controle abstrato, corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade, sendo tratada como uma modalidade de decisão do controle de normas, levando a sua equiparação, por se declarar a constitucionalidade de certa interpretação e, por conseqüência, a inconstitucionalidade das demais interpretações, à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que se declara a inconstitucionalidade de determinada interpretação⁶².

Esta semelhança levou Alexandre de Moraes afirmar:

“Apesar de a doutrina apontar as diferenças entre a interpretação conforme a Constituição – que consiste em técnica interpretativa – e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – que configura técnica de decisão judicial -, entender-se que ambas as hipóteses se completam, de forma que, diversas vezes, para atingir uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete deverá declarar a inconstitucionalidade de algumas interpretações possíveis do texto legal, sem contudo alterá-lo gramaticalmente.”⁶³

É inegável que ambas levam a resultados práticos semelhantes, sendo a diferença entre as duas tênue. Na interpretação conforme a Constituição, tendo em vista que, no controle concentrado, há presunção de que se verificam todas as interpretações aos dispositivos constitucionais, por envolver apreciação em abstrato das normas infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal toma uma decisão que determina que uma única leitura do dispositivo

⁶⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.414.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.417\DF. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 15.04.1988 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.376.

⁶² CLÈVE, Clêmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.176.

⁶³ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.275.

pode ser feita, conforme a Constituição, resultando, implicitamente e por conseqüência, na inconstitucionalidade de todas as demais. Enquanto, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto se declara certa interpretação inconstitucional e, por conseqüência, a admissibilidade de outras interpretações⁶⁴.

No entanto, deve-se verificar que devem, apesar da semelhança, ser separadas, pois a técnica da inconstitucionalidade sem redução de texto mostra-se mais clara e segura do que a interpretação conforme a Constituição, em razão de, em seu dispositivo, vir expressamente a interpretação banida, enquanto no método de interpretação conforme a Constituição a declaração da inconstitucionalidade implícita de todas as outras interpretações possíveis torna-se impossível materialmente, conforme exposto por Gilmar Ferreira Mendes:

“A constatação de que uma lei determinada é compatível com a Lei Fundamental não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, pois a Corte Constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, pode desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição. A declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida.”⁶⁵

Desta forma, seria conveniente que se utilizasse a técnica de decisão ou o método de interpretação, conforme a necessidade da situação. Se for necessário o juízo de desvalor de alguma norma subjacente ou de interpretação do dispositivo legal posto em julgamento, a interpretação conforme à Constituição não terá lugar, devendo, então, o julgador realizar uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto⁶⁶.

É certo que se deve verificar que a interpretação conforme à Constituição é um método conformador da lei à Constituição, em que o intérprete faz uma leitura do dispositivo em consonância com a Constituição,

⁶⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.188-190.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.294.

⁶⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Incidente de Arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e aos arts.480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p.103.

desde que dentro dos limites da expressão literal do texto, já que ao Supremo Tribunal Federal é vedado legislar⁶⁷.

Resta observar que a eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinado sentido normativo tem o condão, quase sempre, de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo do texto confeccionado pelo legislador, levando a se transformar em uma decisão modificativa do sentido do texto, conforme observa Gilmar Ferreira Mendes, sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que: “a Corte não atenta aos limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador”, levando, ao acrescentar sentido ao texto, a violar o dogma do legislador negativo, e, por consequência, determinando uma nova técnica de decisão⁶⁸.

1.2.2 os efeitos da decisão

No Brasil, houve a incorporação, embora sem se precisar as causas, os motivos ou fundamentos, da teoria da nulidade americana que, conforme a teoria da nulidade civil, defende que a lei inconstitucional é nula de pleno direito, limitando-se a decisão a reconhecer algo pré-existente, o que serve para constatar o caráter declaratório da decisão que reconhece tal vício contra a Constituição⁶⁹. Aqui, a doutrina americana sustenta que o juiz afasta a regra inconstitucional, como se fosse inválida e, portanto, não a aplica, julgando com outra norma o caso concreto.

Por outro lado, a criação de um meio de impugnação específico, originando o controle concentrado, para extirpar ato contrário à Constituição levou a adoção da teoria da anulabilidade, em que se declararia, por meio de uma decisão constitutiva, a invalidade da norma, a partir de já, e não com efeitos passados. Neste caso, “o controle não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como

⁶⁷ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, 2.ed, p.173-174

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1193.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.12-16.

atividade legislativa negativa”⁷⁰, proferindo-se um juízo de cassação da norma inconstitucional. A lei aqui produziria efeitos, posto que é constitucional, deixando de sê-la apenas após o juízo de reprovação do órgão incumbido do controle de constitucionalidade⁷¹.

Estas duas concepções propiciavam distorções no sistema. De um lado, o sistema concentrado que consagrava a idéia do pronunciamento ser *ex nunc* propiciava grave disparidade entre os cidadãos, ao não alcançar, mesmo diante de situações semelhantes, as causas do passado normatizadas por uma lei considerada inconstitucional. De outro, o sistema americana que fixava a idéia do pronunciamento ser *ex tunc* originava a insegurança jurídica, já que uma lei inconstitucional, embora assim reconhecida, poderia incutir na sociedade a aceitação de certo comportamento, em razão de sua reiteração. Tal quadro, por estas razões, propiciou a atenuação do rigor teórico de ambas, para, se não corrigir, ao menos atenuar os inconvenientes proporcionados⁷².

O direito brasileiro, ao optar pela teoria americana que defende a nulidade da norma inconstitucional, não desconsiderou o problema acima relatado e, com o artigo 27, da Lei n 9.868\99, que prevê a atenuação deste rigor de não considerar nenhum efeito à norma declarada inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal pôde, sendo que antes não o fazia expressamente, fazer um juízo de ponderação em que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, fará “prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante sob a forma de interesse social relevante”⁷³.

A recepção da doutrina americana da nulidade para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não serviu para explicar os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade e os efeitos retroativos, pois apenas se repetia que a lei inconstitucional é nula e, portanto, não geraria nenhum

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed.,4ª tiragem, 2007, p.19.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.121.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.121-124.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1204-1206.

efeito⁷⁴. Porém, a concepção de que a mera declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato bastaria para extirpar a lei do mundo jurídico não é unânime, já que se sustenta que, neste tipo de provimento, a eliminação só ocorreria por uma sentença que deveria não só declarar a lei inconstitucional, mas também constituir a situação de retirada da lei do ordenamento jurídico, ou seja, deveria haver uma execução da decisão, para operar mudanças na realidade⁷⁵.

De qualquer forma, a doutrina consagrou a teoria da nulidade que, com a introdução do controle concentrado, no ordenamento jurídico brasileiro, foi aplicada a este mecanismo de fiscalização. Sustentou-se, então, que, por a lei ser abstrata e geral, a declaração de nulidade desta acabava por gerar efeitos gerais, justamente em razão do caráter generalizante da própria lei, “a eficácia geral alcança os sujeitos que compõe o âmbito de vigência subjetivo da norma impugnada no processo objetivo”⁷⁶.

Por razões contrárias, há quem sustente:

“A lei é abstrata, geral e imperativa. A ação *direta* atinge *diretamente* a sua validade. Então, as decisões nestes processos que têm por objeto a constitucionalidade da lei, fatalmente serão gerais e imperativas. Neste sentido, os efeitos *erga omnes* não estão no dispositivo (ou conteúdo) da decisão, mas no seu objeto. Então, seus efeitos se farão sentir por todos, mas em virtude da natureza do seu objeto (a lei) e, assim, só são *erga omnes* de maneira indireta e imprópria.”⁷⁷

Deve-se notar, no entanto, que a introdução da ação declaratória de constitucionalidade inegavelmente serviu, embora a jurisprudência já admitisse a declaração de constitucionalidade da lei, ao se julgar a ação direta de inconstitucionalidade improcedente, para se confirmar a possibilidade de que há a pronúncia da declaração de constitucionalidade do ato normativo com efeito *erga omnes*. Por tal razão, seria coerente se falar que a eficácia geral “parece ser um atributo das decisões de mérito de determinados processos – especialmente dos chamados processos objetivos – e não

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.318.

⁷⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ed., 2004, p.255.

⁷⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.127.

⁷⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; VARGAS, Aléxis Gallás de Souza. *O Efeito Vinculante e a Eficácia Erga Omnes no Controle Abstrato da Constitucionalidade*. IN: NIEMEYER, Sérgio; CONRADO, Paulo César. *Temas Controvertidos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.246.

qualidade apenas de determinada decisão (decisão de acolhimento)” de inconstitucionalidade do dispositivo normativo⁷⁸.

Por outro lado, sustenta-se que, embora pareça esquecer que o processo objetivo não possui partes, mas legitimados em número limitado por razões políticas, para não banalizá-lo, o caráter *erga omnes* se explica pela substituição processual ali existente. Os legitimados teriam legitimidade extraordinária para suscitar o controle abstrato de normas, sendo que a decisão definitiva servirá para os substituídos processuais que são todos os membros da sociedade⁷⁹.

Certo é que a eficácia geral e perante todos é uma característica do mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade que representa a obrigatoriedade de que todos cumpram a decisão. Tal idéia poderia repercutir, na esfera processual, ao ser um obstáculo a “que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal”, o que leva a afirmar que, em razão da eficácia *erga omnes*, seria, além de impossível o descumprimento pelas pessoas, impossível que os órgãos judiciários proferissem nova decisão⁸⁰.

No entanto, ao se deparar com os provimentos interlocutórios que, embora dotados de efeito *erga omnes*, podem ser revistos pelos Tribunais a qualquer momento, nota-se que “não é por causa do efeito *erga omnes* que o tribunal e os demais sujeitos processuais estão impedidos de renovar a discussão das questões já apreciadas, mas em razão do sistema de preclusões processuais, cujo maior exemplo é a coisa julgada”⁸¹.

A coisa julgada, presente no controle de constitucionalidade, é um instituto que, em nosso ordenamento jurídico, é previsto para processos subjetivos tendo definição pelo artigo 467, do Código de Processo Civil: “a

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.358.

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.13.

⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.532.

⁸¹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.360.

eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. Ela se caracteriza por tornar imutável uma decisão de mérito ao ser inviável sua impugnação por recursos, marcando, “inconfundivelmente o ato jurisdicional, visto que faz neste se concentrar, em sua plenitude, o comando imperativo que promana do julgamento, que se torna estável, graças à imutabilidade que adquire dentro e fora do processo”⁸², não servindo para sua alteração a indicação de novos argumentos, por se presumir que já deveriam ter sido alegados.

Nos processos subjetivos, a decisão é proferida dentro do pedido pelas partes, tornando-se imodificável após o esgotamento dos recursos ou preclusão do prazo recursal, o que enseja a denominada coisa julgada formal, ante a impossibilidade de modificação do juízo proferido. A partir disto, a imutabilidade, e desde que haja solução de mérito da causa, surge a coisa julgada material, em que o juízo definitivo proferido pelo julgador valerá como lei entre as partes litigantes⁸³. Este juízo definitivo, diz a doutrina, é encontrado na exposição do ponto de vista do julgador, onde ele soluciona definitivamente a lide, onde há o posicionamento do julgador, sendo encontrado precipuamente na parte dispositiva da decisão, servindo as demais partes da sentença, motivos e relatório, para apenas entender as razões do dispositivo, vinculando apenas as partes que litigaram⁸⁴.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta defende a necessidade de se encontrar um conceito de coisa julgada próprio ao controle concentrado que abrangeria os motivos determinantes da decisão, sustentando para tanto:

“Neste processo objetivo, a *res judicata* busca evitar reiterados questionamentos sobre a invalidade das normas infraconstitucionais, os quais podem comprometer a presunção relativa de constitucionalidade, estimulando o descumprimento das leis. Tal desiderato só poderá ser obtido se for admitido que o motivo da decisão de constitucionalidade também é coberto pelo manto da coisa julgada, impedindo, destarte, novas arguições

⁸² MARQUES, José Frederico. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 1978, volume III, p.221

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 24.ed., 2000, Volume I, p.463.

⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.13. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.9.

com base nos mesmos fundamentos não acolhidos pelo Pretório Excelso em controle concentrado.”⁸⁵

De qualquer forma, nota-se que, para que se obtenha pacificação da questão constitucional, deve-se imunizar a decisão proferida no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, o que é feito pelo instituto da coisa julgada. Tal instituto impede novas discussões e decisões acerca daquilo que integra o conteúdo da decisão que tenha apreciado o mérito⁸⁶.

A eficácia subjetiva deste instituto se restringe, no processo subjetivo, às partes litigantes, em razão da imutabilidade alcançar o direito subjetivo discutido pelas partes do processo⁸⁷. Em relação ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, afirma-se que todos seriam abrangidos e não só os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal, pois ocorreria uma substituição processual da sociedade por estes legitimados, o que explicaria o caráter *erga omnes* do provimento⁸⁸.

É bom lembrar que, no processo do controle concentrado, não há propriamente um processo com partes, lide e defesa de direitos, inclusive não se exige a demonstração de interesse jurídico específico pelo proponente para instauração da fiscalização abstrata, pois ocorre a defesa da ordem jurídica e não de direitos individuais. Afirma-se “a natureza política do processo”, sendo o processo judicial considerado simples forma de seu exercício⁸⁹.

Além disso, este instituto, coisa julgada, no processo subjetivo, “não é propriamente um efeito da sentença, mas uma qualidade posterior desta que se une aos seus efeitos, para torná-lo imutável”, “sendo que a própria eficácia declaratória pode ser concebida como anterior ao trânsito em julgado da

⁸⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.129.

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.13. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.6.

⁸⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.125.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.179.

⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.139-142.

sentença⁹⁰. Trata-se, portanto, de um instituto que reforça os efeitos substanciais da sentença, pois, a partir de sua instituição, os respectivos beneficiários disporiam de múltiplos mecanismos jurídicos para fazer cumprir a decisão e implementar sanções institucionalizadas, caso a sentença não seja observada⁹¹.

Neste sentido, transportando a concepção de que a coisa julgada serve apenas para exaltar ou tornar definitivo os efeitos da decisão para o controle abstrato, ganha força a idéia de que, com a impossibilidade de impugnação da decisão, esta se encontraria suficientemente apta a produzir seus próprios efeitos e, por isto, sustentar-se-ia que o efeito *erga omnes* seria típico efeito do pronunciamento no processo objetivo, em que se faz um juízo abstrato sobre a constitucionalidade da lei⁹², e não por causa de uma substituição processual. O processo objetivo foi criado exatamente para verificar a constitucionalidade da própria lei, e não para adoção facultativa por alguns, caso contrário qual seria a razão para sua criação?

Outro efeito que o procedimento objetivo causaria seriam os efeitos temporais da decisão que se ligam a natureza jurídica do pronunciamento feito pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade de normas. A sentença declaratória considera que apenas se está declarando a nulidade, declara algo que já existe, enquanto a constitutiva leva em conta que está constituindo, modificando o que era antes valido, a invalidade da norma⁹³.

O processo objetivo, desenvolvido na Europa, especificamente na Áustria, coloca que o órgão competente, para desempenhar o papel de juiz da constitucionalidade da norma, atua como legislador negativo, na medida em que apenas deve retirar a lei viciada do ordenamento jurídico, sem fazer outra norma possível, proferindo um juízo de cassação da norma, anulando a norma.

⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 4.ed., 2003, p.80

⁹¹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.358-359.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.357-359.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.117.

Ocorre, neste caso, a produção de um estado jurídico que anteriormente não existia, já que a lei vigorava para todos, sendo apenas considerada inconstitucional pela decisão do Supremo tribunal Federal que traz esta inovação na ordem jurídica, diversamente da declaratória que apenas declaram algo pré-existente⁹⁴.

Embora esta possa ser a melhor opinião sobre a decisão no controle abstrato, o Brasil adota a teoria da nulidade em que a lei inconstitucional é nula desde seu início, tendo efeitos retroativos e não *pro futuro*. Porém, a adoção desta teoria não representa maiores problemas, tendo em vista que as doutrinas da nulidade e anulabilidade, em razão de apresentarem certas distorções, no decorrer da história, sofreram correções do rigor teórico de seus métodos, o que levou a terem efeitos temporais mitigados⁹⁵. Não sendo indiferente, o Brasil colocou um dispositivo que autoriza a fixação dos efeitos passados ou futuros da decisão de inconstitucionalidade, mesmo que pudesse fazer isto veladamente⁹⁶.

Por fim, o pronunciamento solicitado, em uma ação direta de inconstitucionalidade, é de inconstitucionalidade da norma, já, na ação declaratória de constitucionalidade, é de constitucionalidade da norma. Com a rejeição delas, acaba-se por proporcionar uma declaração negativa à pretensão e inversa do solicitado, levando a inconstitucionalidade nesta e a constitucionalidade naquela, em razão do autor não ter provado sua pretensão⁹⁷.

A impossibilidade de rediscussão da causa, por conta da força preclusiva da coisa julgada, nestas ações do processo objetivo, pode representar a elevação da norma, antes possuía a presunção de constitucionalidade da lei, a uma presunção absoluta de constitucionalidade⁹⁸.

⁹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ed., 2004, p.168-171.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.122-123.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.333-340.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed.,4ª tiragem, 2007, p.174.

⁹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.533-535.

Sem dúvida, não se poderá com a coisa julgada se alegar que haja outros argumentos passíveis de impugnação da norma, razão pela qual o pronunciamento de constitucionalidade, antes de se pensar o inverso, deve contar com maior zelo pelo interprete supremo da Constituição. Porém, a própria limitação do interprete, que é humano, em interpretar possibilita a mudança jurisprudencial, não tirando o conselho.

Portanto, os efeitos típicos do pronunciamento do controle concentrado e os efeitos advindos da coisa julgada poderiam se complementar. Os efeitos do pronunciamento abrangeriam a todos desde a concepção da norma, enquanto a coisa julgada vedaria a rediscussão da causa, impedindo que os legitimados questionassem a decisão final. Porém, a coisa julgada, no controle concentrado, não permitiria que se articulasse “mecanismos de sanção em face daqueles que não respeitarem os efeitos substanciais da decisão de mérito transitada em julgado” do controle abstrato. Daí, a utilidade do efeito vinculante⁹⁹, criado pela Emenda Constitucional nº3/93 e previsto na Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁹⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.358-360.

2 EFEITO VINCULANTE

2.1 ORIGEM, CRIAÇÃO E RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

2.1.1 ORIGEM DO EFEITO VINCULANTE

O efeito vinculante previsto na Constituição Federal de 1988 adveio do direito germânico¹⁰⁰, sendo integrado ao nosso controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/93 e recepcionado definitivamente pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao colocar: “As decisões 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.”

É comum, ao se examinar tal instituto, compará-lo com a regra do *stare decisis* desenvolvido no sistema anglo-saxão¹⁰¹, sustentando, para tanto, que, assim como no referido sistema, a regra precedente vincula o juiz que deve segui-lo, em cada caso concreto semelhante¹⁰², observando a *ratio decidendi* do precedente¹⁰³.

Tal afirmação é reforçada, diante do apego a lei e da falta de prestígio do precedente ao sistema jurídico adotado pelo Brasil, em que este é visto apenas como interpretação ou esclarecimento, meramente persuasivo, do direito em vigor em comparação ao sistema anglo-saxão em que é de observância quase obrigatória¹⁰⁴.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1218.

¹⁰¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.127.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.15.

¹⁰³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125.

¹⁰⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.17-18.

Neste sentido, a criação do efeito vinculante representaria a adoção, no direito brasileiro, oriundo da família romano-germânico, da regra daquele sistema que conheceu diferentes fases de evolução, ao ter, no princípio, o impacto do precedente persuasivo, não obrigatório ao juiz que poderia superá-lo por razões convincentes, passando para o precedente vinculativo ou obrigatório, no século XVII¹⁰⁵, que opera efeitos vinculativos unicamente em relação aos motivos pelos quais o caso foi decidido como foi, denominado *ratio decidendi*¹⁰⁶, excluindo os demais argumentos ou motivos, mesmo que tenham “ligação muito tênue com a matéria do caso”¹⁰⁷.

É verdade que o efeito vinculante pode ser tratado como “um precedente judicial *lato sensu*”¹⁰⁸, ao possibilitar que um caso sentenciado forneça um exemplo ao caso concreto similar ou idêntico¹⁰⁹, o que levar a afirmar que este instituto demonstra que o Brasil, ao contrário do que se pensa, não permanece, como não permaneceu no curso de sua história, estranho à influência do precedente¹¹⁰, tema esquecido por nossa cultura jurídica¹¹¹, possibilitando até que alguns afirmem que a divisão entre o sistema anglo-saxão e o sistema da *civil law* esteja desatualizada¹¹².

No entanto, deve-se notar que a força vinculante do precedente vinculativo se caracteriza pelo fato da decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores no sistema anglo-saxão¹¹³ e provém do caso paradigma, sabendo-se que a Suprema Corte é o ponto mais

¹⁰⁵ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n.105, janeiro-março 2002, p.67-68.

¹⁰⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125.

¹⁰⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.140.

¹⁰⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.177.

¹⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.41.

¹¹⁰ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n.105, janeiro-março 2002, p.77.

¹¹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.16

¹¹² SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.166.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.914-915.

alto do sistema¹¹⁴, enquanto o efeito vinculante foi criado para o controle concentrado de constitucionalidade, para impedir a reiteração material da inconstitucionalidade¹¹⁵, tendo características de ser um instituto processual, conforme lição de Marcelo Alves Dias de Souza, “específico que gera efeito vinculante ao seu modo”¹¹⁶.

De qualquer forma, o que se verifica é que o Brasil importou mais um instituto legislativo estrangeiro, desta vez oriundo da Alemanha, conforme a justificativa desenvolvida na proposta que se resultou na Emenda Constitucional nº 3/93¹¹⁷, o que facilita a tarefa de análise de transposição jurídica, já que os dois países possuem naturezas semelhantes, embora a Alemanha tenha desenvolvimento mais sólido¹¹⁸.

Neste país, garantido pela Lei Fundamental de Bonn que órgãos da Federação e das províncias e todos os tribunais e autoridades se vinculassem às decisões do Tribunal Constitucional¹¹⁹ capazes de transitar em julgado¹²⁰, construiu-se o entendimento de que a eficácia vinculante abrangeria, além da parte dispositiva, “a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos jurídicos em torno dos quais se orienta precipuamente a decisão.”¹²¹

Assim, sua incorporação trouxe inovação ao sistema jurídico brasileiro, conforme ilustra Celso Ribeiro Bastos com o seguinte comentário:

O nosso sistema judiciário, em regra, não envolve decisões com efeito vinculante, já que cada juiz ou tribunal é soberano para decidir segundo os seus próprios critérios. Mas, na ação declaratória de constitucionalidade, introduziu-se uma exceção a essa liberdade, criando-se uma vinculação decorrente de um laço obrigacional que passa a existir entre o órgão emissor da decisão, o Supremo

¹¹⁴ BUSSI, Nilton. *Emenda Constitucional para o Poder Judiciário*. Gênese – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 4, janeiro-abril de 1997, p.92.

¹¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.127.

¹¹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.177.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1218.

¹¹⁸ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.210-211.

¹¹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*. Revista de Processo, São Paulo, n.105, janeiro-março 2002, p.73.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1219

¹²¹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.213.

Tribunal Federal, e os demais juízes, tribunais e, mesmo, os órgãos do Poder Executivo, que não podem deixar de cumprir o decidido nesse tipo de Ação.¹²²

2.1.2. criação e recepção legislativa do instituto do efeito vinculante

Embora a expressão efeito vinculante não seja de uso comum entre nós¹²³, há notícias de que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, acatando orientação do Ministro Moreira Alves no Processo Administrativo n.4477/72¹²⁴, estabeleceu que a decisão proferida na representação interventiva, introduzida pela Emenda Constitucional n. 7/77, seria dotada de efeito vinculante¹²⁵.

Tal instituto surgiu por conta da reforma do judiciário sugerida pelo general Ernesto Geisel¹²⁶ e serviu para que o Supremo Tribunal Federal pudesse impor, em processo de natureza abstrata, interpretação a ser adotada em face de determinado texto normativo com força vinculante para todos os efeitos¹²⁷.

Este instituto, como parte da herança de período autoritário, foi sepultado pela Constituição Federal de 1988 em que se criou uma outra Corte, para absorver parte da competência do Supremo, e se instituiu a ação direta de inconstitucionalidade¹²⁸ que conta com ampla legitimação de proponentes¹²⁹ e possui eficácia *erga omnes*, dispensada a comunicação ao Senado Federal, como se fazia no controle incidental, em razão da natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas¹³⁰.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 16.ed., 1995, p.345.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1217.

¹²⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A Arcaica Súmula Vinculante*. Revista Latino-america de Estudos Constitucionais, n.5, janeiro/junho 2005, p.491-492.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1217.

¹²⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A Arcaica Súmula Vinculante*. Revista Latino-america de Estudos Constitucionais, n.5, janeiro/junho 2005, p.490-492.

¹²⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.136.

¹²⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A Arcaica Súmula Vinculante*. Revista Latino-america de Estudos Constitucionais, n.5, janeiro/junho 2005, p.492-493.

¹²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.137-138

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva, p.255-256.

Este sistema judiciário brasileiro proposto, após a Constituição Federal de 1988, deparou-se com uma avalanche de processos, em virtude de sucessivos planos econômicos heterodoxos e legislação fiscal que violava os princípios constitucionais¹³¹, acarretando, por conta do exercício do controle difuso de constitucionalidade, que defende os direitos fundamentais do indivíduo, interpretações diferentes¹³².

Neste contexto, o Governo da época resolveu propor alterações na Constituição, sugerindo o resgate da advocatária, sob um regime mais agressivo que o existente nos tempos de regime de exceção e afastado pela Constituição Federal de 1988, com intuito de levar ao Supremo Tribunal Federal questão a ser analisada por causa de sua relevância e grave lesão às instituições¹³³.

O jurista Ives Gandra Martins, “para evitar mal maior”¹³⁴, propôs uma minuta de texto constitucional, sugerindo certa figura que, posteriormente adaptada por Gilmar Ferreira Mendes, tendo em vista sua formação germânica¹³⁵, previa, seguindo a evolução do direito alemão, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma pela justiça, com legitimidade dos mesmos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade¹³⁶, assim apresentada:

“Art. 1º Suprima-se o inciso X do art.52, renumerando-se os demais.
Art.2º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:
‘Art.102.

¹³¹ WALD, Arnaldo. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.18

¹³² SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A Trajetória Brasileira em Busca do Efeito Vinculante no Controle de Constitucionalidade*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Gomes Júnior, Luiz Manoel; Ferreira, William Santos. *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio sobre a EC n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.232.

¹³³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, introdução - p.XVII-XVIII.

¹³⁴ WALD, Arnaldo. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.20

¹³⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, introdução - p.XIX.

¹³⁶ WALD, Arnaldo. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.20

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.

§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia erga omnes e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia erga omnes, bem como dispor sobre efeito vinculante dessas decisões para órgãos e agentes públicos’.

‘Art. 103.

§

§

§

§ 4º os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigo podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito.¹³⁷

Dentre as justificativas apresentadas pelo defensor da proposta, Deputado Roberto Campos, sustentou-se que o Senado detinha competência de suspender lei inconstitucional, por razões apenas históricas, e a introdução do efeito vinculante, instituto do direito processual alemão, era necessária para se alcançar a celeridade e economia processual, tendo em vista este assegurar força vinculante aos motivos determinantes e obrigar o legislador a observar estritamente a interpretação do Tribunal¹³⁸.

Daí, surgiu, pela Emenda Constitucional nº. 3/93, a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante, sob a perspectiva de que fosse capaz de ser um mecanismo eficaz na articulação do sistema de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, harmonizando a jurisprudência constitucional, cabendo ao efeito vinculante o papel de uniformizar os entendimentos judiciais, preservando a hierarquia entre as instâncias do Poder Judiciário¹³⁹.

No entanto, diante de alterações sugeridas ao longo do processo legislativo, deu-se nova redação à proposição, atribuindo a um seleto grupo, Presidente da República, Procurador-Geral da República, Mesa da Câmara dos

¹³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.346

¹³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.348-352

¹³⁹ SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A Trajetória Brasileira em Busca do Efeito Vinculante no Controle de Constitucionalidade*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Gomes Júnior, Luiz Manoel; Ferreira, William Santos. Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio sobre a EC n.45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.232.

Deputados e Mesa do Senado Federal, a legitimidade de propositura do novo instrumento, o que possibilitou apenas a estes se anteciparem à declaração de inconstitucionalidade incidental, que visa a defesa de direitos subjetivos, e se neutralizou os efeitos da conquista pela Constituição de 1988 da introdução da ação direta de inconstitucionalidade com ampla legitimidade¹⁴⁰.

Tal fato ensejou repulsa por Ives Gandra, um dos percussores da proposta, que classificou tal ação de violadora dos poderes constituídos e dos direitos do cidadão¹⁴¹, acabando por macular, para alguns, o efeito vinculante como instituto atentatório ao sistema de controle de constitucionalidade conquistado em 1988, com a agravante de ser de origem alemã e sem correspondência e definição no direito brasileiro¹⁴².

Não se nega, no entanto, que a introdução do efeito vinculante, no ordenamento jurídico brasileiro, pela ação declaratória de constitucionalidade, oriundo da Emenda Constitucional nº 3/93, permitiu que se reabrisse a discussão acerca de tal instituto no âmbito do controle de constitucionalidade e criou condições favoráveis à adoção dele como regra geral, propiciando a inserção de uma cultura jurisprudencial de uniformidade de decisões judiciais¹⁴³.

O caráter dúplice da ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista produzir, embora de natureza declaratória, ao ser julgada improcedente, efeitos constitutivos negativos, semelhantes aos de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, o que se concluía ser uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado¹⁴⁴, acabou por ascender o

¹⁴⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

¹⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.121

¹⁴² MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

¹⁴³ AMANDO JÚNIOR, José. *A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Interpretação Conforme a Constituição em Relação aos Órgãos do Poder Judiciário*. *Jurídica:Administração Municipal*, n.1, ano VII, Janeiro/2002, p.39-40.

¹⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.111-112

debate acerca da extensão da força vinculante também à Ação Direta de Inconstitucionalidade, independentemente de norma expressa a respeito¹⁴⁵.

Neste sentido, a lei 9868/99, criada para colmatar a lacuna deixada por leis obsoletas que tratavam do controle de constitucionalidade e consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria¹⁴⁶, acabou por declarar o, já reconhecido, efeito vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência do papel político-institucional desempenhado pela Corte de zelar pela observância estrita da Constituição, também à ação direta de inconstitucionalidade¹⁴⁷, dando um passo, segundo Gilmar Ferreira Mendes, significativo no rumo da modernização e racionalização da atividade jurisdicional entre nós¹⁴⁸.

Além disso, no mesmo diploma legal, o legislador resolveu incluir o efeito vinculante às técnicas de decisão de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, o que foi apenas explicitado, em razão de tal efeito decorrer da própria produção de efeitos gerais do controle abstrato de constitucionalidade que advém da eficácia *erga omnes* da lei¹⁴⁹.

A previsão de efeito vinculante a tais técnicas de decisão conduziu a doutrina a perquirir como benéfico ao controle de constitucionalidade e ao Judiciário o fato do Parlamento reconhecer ao Judiciário, além da atividade de legislador negativo, uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos¹⁵⁰ e como maléfico por gerar à interpretação dada

¹⁴⁵ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *O Efeito Vinculante nas Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Revista de Processo n.129, ano 30, novembro/2005, p.84.

¹⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99*. IN: SARMENTO, Daniel(Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001, p.156.

¹⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.113-114

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1222.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; VARGAS, Aléxis Gallás de Souza. *O Efeito Vinculante e a Eficácia Erga Omnes no Controle Abstrato da Constitucionalidade*. IN: NIEMEYER, Sérgio; CONRADO, Paulo César. *Temas Controvertidos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.257-259.

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.444.

uma presunção *jure et de jure* que inviabilizaria a apreciação do caso concreto por outros argumentos¹⁵¹.

A própria essência dos tipos de decisão colocados nesta lei não permitiria, assim como ocorre com a declaração de não-inconstitucionalidade ou com a declaração de constitucionalidade, a vinculação, já que se pode utilizar do processo interpretativo, seja pela lei não ter sido extirpada do mundo jurídico¹⁵², seja por haver apenas acréscimo de sentido, no caso dos dois tipos de decisão elencados pela lei, não inviabilizando outras maneiras de aplicação do texto¹⁵³, seja por se atribuir, ao se propor uma interpretação como obrigatória, função legislativa ao STF que enseja a interpretação da decisão¹⁵⁴.

Nesta mesma época, surgiu a lei 9882/99 que regulamentou o instituto da Arguição de Preceito Fundamental cujo objeto é solver controvérsias sobre a constitucionalidade do direito federal, estadual e municipal, inclusive anteriores à Constituição, previu o efeito vinculante para suas decisões¹⁵⁵, tendo eficácia, segundo a lei, sobre os demais órgãos do Poder Público, excluindo, segundo Gilmar Ferreira Mendes, o Poder Legislativo e o próprio Supremo Tribunal Federal¹⁵⁶.

Por fim, veio a Emenda Constitucional nº 45/2004 que pôs fim a celeuma sobre a possibilidade de extensão do efeito vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁷, estendeu a vinculação à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, indo além da esfera federal e alcançando a todo país¹⁵⁸.

¹⁵¹ AMANDO JÚNIOR, José. *A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Interpretação Conforme a Constituição em Relação aos Órgãos do Poder Judiciário*. Jurídica:Administração Municipal, n.1, ano VII, Janeiro/2002, p.45-47.

¹⁵² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.491

¹⁵³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.489

¹⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.503

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva, p.56

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva, p.197

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1227-1228.

¹⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A Trajetória Brasileira em Busca do Efeito Vinculante no Controle de Constitucionalidade*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Gomes Júnior, Luiz Manoel; Ferreira, William Santos. *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio sobre a EC n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.238-239.

Porém, esta Emenda deixou fora do seu círculo a hipótese da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que indicaria a falta de resistência, em razão de nova dinâmica, e sobrevivência da previsão contida no § 3º, artigo 10, da lei nº 9.882/99, que prevê o efeito vinculante¹⁵⁹, se não fosse a idéia de que o instituto decorreria do papel político institucional do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰.

2.1.3 recepção do instituto pelo Poder Legislativo

A consagração do efeito vinculativo em sede constitucional adotado pela reforma do judiciário, na Emenda Constitucional nº 45/2004, feita diante da crescente demanda judicial pela qual o país passava, visava que o instituto se tornasse um poderoso instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional devida pelo Estado¹⁶¹.

Na sua introdução pela Emenda Constitucional nº3/93, nota-se que havia uma necessidade de se propiciar uma diminuição de demandas e celeridade processual¹⁶², o que resultou na Proposta de Emenda Constitucional nº 130, de 1992, que deu origem à referida Emenda.

Na Proposta de Emenda Constitucional nº54, de 1995, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, que acabou prejudicada pela aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 16, de 1992¹⁶³, e teve as idéias incorporadas à Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁶⁴, consta a justificativa das medidas propostas, para a celeridade processual, dentre as quais a extensão do efeito vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade:

¹⁵⁹ CAGGIANO, Mônica Herman. Emenda Constitucional N.45/2004. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.5, janeiro/junho de 2005, p.193.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva, p.177

¹⁶¹ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *O Efeito Vinculante nas Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Revista de Processo n.129, ano 30, novembro/2005, p.90.

¹⁶² WALD, Arnaldo. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.18

¹⁶³ Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=862> Acessado em 15/01/2008

¹⁶⁴ Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44577> Acessado em 15/01/2008.

“A medida pretende dar um sentido uniforme à prestação jurisdicional no País consoante as decisões da mais alta Corte de Justiça do País são de obediência compulsória pelos aplicadores da lei no Poder Executivo e pelos demais órgãos da Magistratura nacional, seja em grau singular ou tribunal. Também é do sentido da emenda que o efeito vinculante, em sendo adotado, evitará decisões diferentes sobre demandas idênticas já decididas no STF em grau definitivo.”¹⁶⁵

Com o mesmo intuito o Senador Jefferson Peres, em Parecer de Plenário, ao expôs: “A rigor, o que se quer é retirar mais rapidamente do mundo processual as demandas protelatórias, cujo resultado, considerado o caso concreto, é insofismavelmente idêntico a outros tantos já reiteradamente decididos.”¹⁶⁶

O mesmo Senador, em Parecer de Plenário, concluiu:

“A ampliação do efeito vinculante constitui uma das mais polêmicas questões discutidas no âmbito da reforma do Poder Judiciário. Por isso, é importante que se ressalte, até em resposta aos críticos do efeito vinculante, que o seu objetivo principal não é obrigar o juiz à decisão uniforme, mas evitar a multiplicidade de processos ociosos principalmente em relação às decisões de controle abstrato.”¹⁶⁷

Embora houvesse a intenção de diminuir a demanda existente no Judiciário, foi apresentado pelo Senador José Eduardo Dutra, em voto separado, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com base em estudos realizados nos Estados Unidos da América, a opinião de que o instituto não conseguiria diminuir as demandas:

“A Suprema Corte, não obstante a eficácia contra todos e efeito vinculante, segundo aquele pesquisador, teve, nos últimos 35 anos, um aumento de quatro vezes no número de processos que lhe são apresentados. As evidências indicam, portanto, que o remédio proposto é, pelo menos, insuficiente, mero emplastro, incapaz de sanar, por completo, os males identificados pelo Autor e reiterados pelo Relator da matéria.”¹⁶⁸

Ao final, no entanto, o próprio Senador admitiu que se devesse propor uma solução: “Porém, é preciso fazer algo, enquanto não se pode propor uma solução definitiva para o congestionamento do Judiciário(...)”, o que foi destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence que, em audiência pública realizada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, sustentou ser o efeito vinculante uma medida necessária, diante da falta de alternativas viáveis:

“(...)o efeito vinculante implicaria uma redução, quando não eliminação, da independência jurídica do juiz e levaria à paralisia da jurisprudência.

¹⁶⁵ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.19.

¹⁶⁶ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.52.

¹⁶⁷ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.62.

¹⁶⁸ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.75.

Não nego seriedade a essa crítica nem riscos de sua procedência se a redisciplina e prática do efeito vinculante não forem cercados de cuidados. Mas, ante a gravidade da iminência da quebra do sistema, da falência do sistema judiciário, não basta apontar inconveniência, é preciso que se traga alternativa viável. E, com todas as vênias, essas alternativas não vieram até agora ao proscênio da discussão. As que tenho lido, na sua maioria, desconhecem o fracasso de soluções já existentes, com o mínimo de alcance de medidas e de instrumentos há muito existentes.”¹⁶⁹

Assim, privilegiou-se com o efeito vinculante, nas palavras proferidas pelo Senador Pedro Simon, em audiência pública, a possibilidade de que houvesse “um pouco mais de racionalidade e menos anarquia”¹⁷⁰, privilegiando o princípio da igualdade, segundo o Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro¹⁷¹, o que prejudicaria o objetivo sustentado pelo Senador Roberto Freire de que, com base em que houvesse uma tendência na “Constituinte de descentralização” para propiciar maior autonomia aos estados federados, o instituto violava esta tendência, ao centralizar as decisões¹⁷².

A incorporação do instituto acrescentava algo ao controle de constitucionalidade, o que demonstrava a distinção entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante¹⁷³, conforme enfatizado na justificativa da Proposta que originou a Emenda Constitucional nº3/93: “Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de *efeito vinculante(...)*”¹⁷⁴ e confirmado na passagem:

“Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia, seja *inter partes* ou *erga omnes*.”¹⁷⁵

Além disso, sua previsão na Ação Declaratória de Constitucionalidade facilitou a sua extensão à Ação Direta de Inconstitucionalidade, já que a força vinculante da Ação Declaratória proporcionava a ampliação da força da decisão

¹⁶⁹ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.162.

¹⁷⁰ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.223.

¹⁷¹ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.222

¹⁷² LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.221

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1218.

¹⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.351.

¹⁷⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.351-352.

da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista serem ações de sinal trocado¹⁷⁶, conforme defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em audiência pública no Senado Federal:

“Parece-me claro, então, que esse efeito vinculante em relação ao controle abstrato já é do sistema. Nada justifica que fique ele reservado às ações declaratórias de constitucionalidade. Se a ação declaratória de constitucionalidade pode resultar na declaração contrária de constitucionalidade e vice-e-versa, se ação declaratória direta de inconstitucionalidade igualmente pode resultar na declaração de constitucionalidade.

Então, ao menos no que toca à lei federal, creio que o efeito vinculante no controle abstrato já existe por qualquer interpretação sistemática que não se deixe enredar por um formalismo delirante(...)¹⁷⁷

O que se pretendia com a recepção do efeito vinculante, conforme justificativa da Proposta de Emenda Constitucional nº 130, de 1992, era de “outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (*tragende Gründe*)”¹⁷⁸, visando a enquadrar, ao haver desrespeito à decisão, em hipóteses “que pelo processo absolutamente sumário da reclamação possam ser coibidas imediatamente.”¹⁷⁹

Durante os trabalhos legislativos, chamou-se a atenção de que, na Alemanha, “o *efeito vinculante*, que deflui dos *fundamentos determinantes* (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição”¹⁸⁰, em razão de lá existir o apelo ao legislador que propiciava “tornar mais expedita a participação do Judiciário no processo de formação de leis.”¹⁸¹

Por conta de tal choque cultural, optou-se por uma adaptação, pelo menos sob o aspecto de seus limites subjetivos, mesmo sabendo-se que havia influencia da jurisprudência sob o legislador, ao se declarar:

¹⁷⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.114

¹⁷⁷ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.166.

¹⁷⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.351.

¹⁷⁹ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.171.

¹⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.351.

¹⁸¹ LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.166.

“Ao compelir apenas os Poderes Executivo e Judiciário para a obediência, a emenda propõe-se a limitar ações dos órgãos executor e fiscalizador das leis, respectivamente. Deixa-se o Poder Legislativo fora de alcance do eleito decisório porque lhe compete precipuamente a elaboração de leis que alteram todo o universo jurídico, incluindo a *mens legis* influenciada pelas próprias decisões judiciais.”¹⁸²

Portanto, a incorporação do efeito vinculante, conforme justificativa da Proposta de Emenda, não só reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, mas também contribuiu para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da *eficácia ‘erga omnes’* e do *efeito vinculante*, propiciou-se a solução de questões semelhantes ou idênticas, com o uso da reclamação.¹⁸³

2.2 concepções sobre o conceito de efeito vinculante

2.2.1 o direito estrangeiro

No direito alemão, de onde o Brasil incorporou o efeito vinculante, as decisões, no controle de constitucionalidade, do *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material, sendo que o §31, n.1, da Lei deste Tribunal prevê que suas decisões “vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os tribunais e autoridades”¹⁸⁴.

É deste dispositivo que se retira o efeito vinculante, embora apenas a eficácia de força de lei esteja expressamente contemplada no texto da Lei Fundamental, não haveria, segundo os germânicos, relação de incompatibilidade entre o texto da Lei Fundamental e o preceito legal, acima mencionado¹⁸⁵.

Em relação à coisa julgada e à força de lei, não há dúvidas de que se limitam à parte dispositiva da decisão, restando saber a amplitude do efeito vinculante que poderia se referir apenas ao dispositivo da decisão ou à *ratio decidendi*, caso em que os fundamentos jurídicos e a interpretação das normas dadas pelo Tribunal vinculariam as demais autoridades e até se abrangeriam

¹⁸² LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999, p.93

¹⁸³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.351-352

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005, p.20.

¹⁸⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.119.

as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*¹⁸⁶.

A doutrina majoritária sustenta ser o efeito vinculante extensível aos fundamentos determinantes da decisão¹⁸⁷, o que significa, segundo Gilmar Ferreira Mendes, que a eficácia da decisão “transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.”¹⁸⁸

Por outro lado, há quem sustente, realçando a qualidade judicial do pronunciamento do Tribunal, que “limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante.”¹⁸⁹

Gilmar Ferreira Mendes esclarece a tentativa que a doutrina passa para conciliar os dois pensamentos:

“Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a ‘norma decisória concreta’. A norma decisória concreta seria aquela ‘idéia jurídica subjacente à fórmula contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes’. Por outro lado, sustenta Kriele que a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os Tribunais, é reforçada no direito alemão pelo dispositivo no §31, I, da Lei do *Tribunal Constitucional alemão*. A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do *Tribunal Constitucional alemão* consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas.”¹⁹⁰

O próprio tribunal Constitucional Federal alemão, segundo sustenta Alexandre de Moraes, com base em precedente e citação de Peter Häberle, entende que o efeito vinculante recai também sobre os fundamentos jurídicos, uma vez que o Tribunal exerce função de intérprete e guardião da Lei

¹⁸⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.544.

¹⁸⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.198.

¹⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.544-545.

¹⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.545.

¹⁹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.545-546.

Fundamental¹⁹¹, destinando-se aos demais órgãos e poderes do Estado, incluindo o Poder Legislativo, com exceção do próprio Tribunal¹⁹².

Por fim, não só as decisões do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade de uma lei possuem efeito vinculante, mas também as decisões que declaram a constitucionalidade da norma e as chamadas sentenças interpretativas¹⁹³, desde que as decisões tenham transitado em julgado, valendo o efeito vinculante, portanto, dali por diante¹⁹⁴, com a possibilidade de que altere suas decisões, desde que fixe o momento dessa mudança¹⁹⁵, não violando a qualidade de coisa julgada, porquanto se atende a mudança de situações e a evolução das demandas sociais e da realidade constitucional¹⁹⁶.

Em relação ao sistema de controle de constitucionalidade português, sustenta-se que, com fundamento no artigo 282º-1 da Constituição da República, têm eficácia vinculante as sentenças declarativas de inconstitucionalidade prolatada pelo Tribunal Constitucional Português nos processos de controle tanto preventivo como repressivo, tanto abstrato como concreto¹⁹⁷.

Esta informação se choca com a doutrina de Rui Medeiros que cita:

“É na verdade ponto quase incontroverso no nosso actual Direito Constitucional que a regra assim enunciada no nº 1 do artigo 282º da Constituição não vale, nem para as decisões emitidas em processo de fiscalização concreta, nem para as decisões em que o Tribunal Constitucional, no campo do controle abstrato sucessivo, recusa declarar a inconstitucionalidade da norma questionada”¹⁹⁸

Tal divergência se deve ao fato que, em Portugal, há um processo de generalização em que se permite que os efeitos *inter partes* do controle difuso

¹⁹¹ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.176.

¹⁹² LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.119-120.

¹⁹³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.198.

¹⁹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.544.

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.176.

¹⁹⁶ CAGGIANO, Mônica Herman. Emenda Constitucional N.45/2004. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.5, janeiro/junho de 2005, p.190-191.

¹⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.201.

¹⁹⁸ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.769.

adquiram eficácia *erga omnes*, por meio da ação autônoma no controle concentrado, após três decisões de inconstitucionalidade no caso concreto¹⁹⁹, convivendo com um processo de controle de constitucionalidade repressivo objetivo²⁰⁰.

De qualquer forma, o que se deve entender é que o efeito vinculante apenas viria, quando houvesse a declaração de inconstitucionalidade²⁰¹, sendo oriundo da força obrigatória geral que se desdobra, além do efeito vinculante, em força de lei²⁰², conforme ensina Canotilho:

“vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas de inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam – mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* – todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; força de lei, porque as sentenças *têm valor normativo* (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectados nos seus direitos e obrigações pela norma inconstitucional”²⁰³

Quanto ao problema da definição do efeito vinculante, em Portugal, este assunto não tem tido tanta relevância, considerando que, segundo Rui Medeiros: “a maioria da doutrina portuguesa ignora a questão ou considera que a vinculação dos tribunais vale ‘apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes’”²⁰⁴.

Contudo, há os que entendam que os efeitos vinculantes se apliquem ao próprio Tribunal que deve decidir, nos termos de sua decisão, e ao legislador que não poderá editar normas de conteúdo idêntico ao daquela declarada inconstitucional²⁰⁵, tendo em vista, segundo Vitolino Canas, que, por conta das características da função do Tribunal Constitucional, haveria situação

¹⁹⁹ ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p.95

²⁰⁰ ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p.10-11

²⁰¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.202.

²⁰² MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.205.

²⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2.ed.,1998. *Apud* MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.205.

²⁰⁴ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.812.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.205.

que as entidades se vinculariam não só ao dispositivo, mas também aos motivos determinantes²⁰⁶, conforme a passagem:

“nas decisões de provimento do TC haverá situações em que as características da função prosseguida por aquele órgão exigirão que a vinculação das entidades a elas submetidas ocorra não apenas em relação ao dispositivo da decisão (onde se declara uma norma inconstitucional ou ilegal e se fixam seus efeitos), mas também em relação aos motivos que determinaram tal pronúncia”²⁰⁷

Esta, porém, não é a opinião de Rui Medeiros que sustenta que, interpretando as normas constitucionais da Constituição de Portugal, não haveria, no ordenamento jurídico português, “qualquer fundamento para admitir uma vinculação dos tribunais aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.”²⁰⁸

Contudo, embora este autor negue o fundamento autônomo ao efeito vinculante, ele acredita que, independentemente da vinculação aos motivos determinantes dos acórdãos com força obrigatória geral, nada impede que, quando o dispositivo não for suficientemente claro, recorra-se aos motivos determinantes da decisão, afirmando ser inegável que a jurisprudência constitucional tem valor persuasivo e que a prática da aplicação do direito é influenciada pelo precedente, mesmo sem se poder falar em vinculação²⁰⁹.

2.2.2 a busca por uma concepção sobre o efeito vinculante no Brasil

O efeito vinculante legitima o manejo da reclamação, prevista na Constituição, contra atos judiciais e administrativos contrários à orientação do Supremo Tribunal Federal advindas do processo objetivo de controle de constitucionalidade²¹⁰, não se tratando de um mero precedente, mas de um dever do juiz e de os Tribunais fazê-lo²¹¹.

²⁰⁶ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.812.

²⁰⁷ CANAS, Vitalino. Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ed., 1994 *Apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.^{2ª} tiragem, 2007, p.219.

²⁰⁸ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.812.

²⁰⁹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.811.

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1231.

²¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, 4 v, Tomo III, p.238.

O desencadeamento desta força vinculante, por uma leitura dos dispositivos Constitucionais, tanto da Emenda Constitucional nº 3/93, quanto da Emenda Constitucional nº 45/2004, estaria restrita a decisões definitivas de mérito em que haja julgamento de mérito, não comportem mais recursos e sejam proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²¹², sendo vinculante, nos termos do direito alemão, as transitadas em julgado²¹³, facilitando a obtenção de uma sentença definitiva, nos termos do decidido pelo Supremo Tribunal Federal e ignorada pelas instâncias inferiores, sem ter que trilhar os diversos escalões do Judiciário²¹⁴.

Contudo, embora se admita a real utilidade deste instituto, evidencia-se que há a indagação, como na Alemanha, de que ele alcança apenas a parte dispositiva da sentença, realçando sua qualidade judicial, ou abranja, não só a parte dispositiva, mas os fundamentos determinantes, o que representa profundas conseqüências práticas na jurisdição constitucional²¹⁵.

Pela primeira corrente, ante a falta de previsão normativa sobre a abrangência do efeito vinculante, afasta-se a tese alemã dos fundamentos determinantes, tendo em vista que, por interpretação lógica do que dispõe a Emenda Constitucional nº 3/93 cuja redação é repetida similarmente na Emenda Constitucional nº 45/2004, o instituto alcança apenas a decisão definitiva de mérito²¹⁶, “restringindo exclusivamente à sua (dela: decisão) parte dispositiva”²¹⁷.

²¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, 4 v, Tomo III, p.238.

²¹³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.544.

²¹⁴ RAMOS, Saulo. Conferência proferida no XIV Congresso Brasileiro de Magistrados *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, 4 v, Tomo III, p.241.

²¹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.544.

²¹⁶ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *O Efeito Vinculante nas Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Revista de Processo n.129, ano 30, novembro/2005, p.89.

²¹⁷ CLÉVE, Clêmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.207.

Assim, diante do fato de haver “influências do processo subjetivo no controle concentrado”²¹⁸, como acontece ao se conferir, pelo regime praticado antes da Emenda Constitucional nº 3/93 que introduziu o efeito vinculante, às decisões emitidas em controle principal de constitucionalidade a aptidão de fazer coisa julgada material, nos termos do Código de Processo Civil²¹⁹, observa-se que a decisão só é alcançada pela conclusão do julgador, onde este demonstra o juízo de mérito da causa²²⁰.

Daí, verifica-se, com base no Código de Processo Civil, que a fundamentação, fatores apresentados para formarem o convencimento do julgador e resolver questões, não é atividade precípua da função jurisdicional, ao não ser alcançada pela autoridade da coisa julgada, a qual abrange apenas a parte dispositiva que julga o mérito da causa²²¹.

A conclusão do tema, ao se tornar indiscutível, faz coisa julgada²²², o que levado para o controle de constitucionalidade, enseja a se afirmar que o efeito vinculante, para os demais órgãos judiciários e da administração pública, alcança apenas a parte dispositiva da decisão, pois é a única parte da decisão o Supremo Tribunal Federal cumpre seu ofício jurisdicional, sendo proferido o comando que se torna imutável e inviabiliza que qualquer órgão jurisdicional, em processo posterior, volte a examinar a questão e sobre ele profira decisão.

Esta concepção poderia levar a conclusão de que o instituto, ao conferir força vinculante ao dispositivo da decisão, acaba abrangendo a parte que faz coisa julgada e, por conseqüência, vinculando o próprio Supremo Tribunal Federal, ao impedi-lo de rever o seu posicionamento, por ser questão

²¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.312.

²¹⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.146-147.

²²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.10

²²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.9-10

²²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.06-15.

já decidida²²³, o que enseja críticas ao instituto que seria prejudicial ao direito, por levar à estagnação da jurisprudência.

Por outro lado, esta concepção restritiva do efeito vinculante, que abrange apenas a parte dispositiva e vincula apenas alguns órgãos e autoridades, levaria a se questionar a utilidade do instituto, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da natureza do seu objeto que é uma lei abstrata, geral e imperativa, já faria abranger a todos indistintamente²²⁴, ao alcançar o requerente e quaisquer autoridades, tribunais ou órgãos constitucionais da União e dos Estados, como para quaisquer terceiros, incluindo os particulares²²⁵.

Desta forma, confundir-se-ia o efeito *erga omnes* com o efeito vinculante²²⁶, sustentado já haver, no controle de constitucionalidade, um efeito vinculante com maior abrangência do que o previsto no dispositivo constitucional, em razão da eficácia geral, conforme as palavras do Ministro Moreira Alves: “A eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial”²²⁷, encontrando, nesta subclassificação da concepção restritiva, embasamento para se afirmar que o efeito vinculante decorreria, naturalmente, dos próprios efeitos gerais²²⁸.

Diante deste quadro, surge e ganha força a concepção ampliativa do efeito vinculante que pretende alcançar os fundamentos determinantes da decisão, sustentando de início que a limitação da força vinculativa “à parte

²²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007, p.60-61.

²²⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; VARGAS, Aléxis Gallás de Souza. *O Efeito Vinculante e a Eficácia Erga Omnes no Controle Abstrato da Constitucionalidade*. IN: NIEMEYER, Sérgio; CONRADO, Paulo César. *Temas Controvertidos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.246-247.

²²⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

²²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.51-52.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.265.

²²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.53.

dispositiva tornaria dispiciendo esse instituto, uma vez que pouco acrescentaria aos institutos” da coisa julgada e da eficácia contra todos²²⁹.

Para tanto, ante a falta de uma efetiva concepção de coisa julgada própria ao controle objetivo que poderia abranger os motivos determinantes, descartando a concepção oriunda do processo subjetivo, o que se propõe é que haja uma leitura do efeito vinculante, já que não se pode vincular à parte dispositiva, unicamente por este ser extraído da qualidade de coisa julgada²³⁰.

Assim, exige-se “um esforço doutrinário de compreensão e conciliação dos fenômenos” da coisa julgada e do efeito vinculante, sendo necessário que se entenda que este obriga à tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal e não impede que órgão prolator possa reapreciar a matéria, enquanto aquela impede novo pronunciamento sobre a mesma matéria e preclui a possibilidade de o próprio órgão julgador rever a mesma matéria²³¹.

Enquanto em relação ao efeito *erga omnes*, a distinção consistiria em que este geraria efeitos processuais, impedindo nova discussão sobre o ato cuja incompatibilidade com a Constituição Federal já foi objeto de juízo definitivo, e o efeito vinculante criaria uma relação de subordinação, obrigando os demais órgãos a aplicarem e seguirem a orientação do tribunal.²³²

Por outro lado poderia se admitir que a eficácia *erga omnes* viria da nulidade ou validade da norma, havendo efeitos gerais em decorrência da abstração da norma²³³, enquanto o efeito vinculante alcançaria apenas alguns órgãos e autoridades.

O regime independente do efeito vinculante fica evidente ao se verificar o seu termo inicial, pois, enquanto a nulidade ou validade da norma, no controle abstrato, induz efeitos gerais e passados, o efeito vinculante da

²²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.546.

²³⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.149-150.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.180

²³² FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.123.

²³³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed. 2ª tiragem, 2007, p.229.

declaração judicial de validade ou nulidade da norma tem por termo inicial a sentença e não o início de vigência da norma²³⁴.

Assim, diante da afirmação de que o efeito vinculante é algo diverso de coisa julgada e da eficácia *erga omnes*²³⁵, ele deve ser compreendido como instituto voltado a tornar obrigatória a *ratio decidendi*, parte da decisão diversa da dispositiva, tornando-se um instituto útil a prestação jurisdicional²³⁶.

Esta *ratio decidendi* estaria relacionada aos motivos determinantes para a solução do caso, o que envolveria os fundamentos determinantes sobre a interpretação Constitucional²³⁷, abrangeria a proposição jurídica derivada do precedente.

Contudo, como visto, este entendimento não é pacífico e, ante a notícia de que o instituto é aplicável também em sede cautelar de controle concentrado, por ser medida processual útil a resguardar a competência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade de normas²³⁸, parece que sua aplicação não se restringe apenas às decisões definitivas de mérito, ao contrário do que é previsto na Constituição, o que reforça a necessidade de se encontrar o limite objetivo do efeito vinculante útil ao controle concentrado de constitucionalidade.

²³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.54-55.

²³⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.221.

²³⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.149-151.

²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.1219.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 3.ed, 3ª tiragem, 2007, p.324-326

3 EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

3.1 efeito vinculante e o Supremo Tribunal Federal

O efeito vinculante não foi definitivamente conceituado pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo havendo várias manifestações. A primeira manifestação sobre o efeito vinculante foi proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-DF, cujo relator era o Ministro Moreira Alves que sustentou:

“De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e – note-se – é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

- a) se os demais órgão do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e
- b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidas como constitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo”²³⁹

Por esta manifestação, percebe-se que a eficácia *erga omnes* não só alcança o próprio Supremo Tribunal Federal como veda que este reaprecie a matéria já decidida. Com o efeito vinculante, cria-se a oportunidade de manejo da Reclamação para que se faça cumprir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, um efeito que propicia meios de fazer cumprir a decisão do controle abstrato de constitucionalidade.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.271-272.

Por fim, observa-se que Tribunal tratou o efeito vinculante tanto abrangendo apenas a parte dispositiva, quanto abrangendo os motivos determinantes, já que se o ato normativo não foi objeto da ação de controle abstrato, “não pode estar ele no dispositivo da decisão; conseqüentemente, as razões de ser ele também alcançado somente podem estar na fundamentação.”²⁴⁰, ou seja, “eventual identidade de atos, quanto ao suposto vício de inconstitucionalidade apontado, somente pode ser detectada a partir da *ratio decidendi* que fundamenta a decisão.”²⁴¹

Na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, entendeu-se oportuno adotar o efeito vinculante para obrigar o cumprimento de decisão de Tribunal Superior, como valor de precedente, conforme o Ministro Paulo Grossard:

“Quanto ao efeito, senhor Presidente, efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade, que o legislador entendeu oportuno adotar. É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo dissenso.”²⁴²

O Ministro Néri da Silveira enfatizou a utilidade do instituto com uma forma de que o cidadão buscasse, de uma forma mais ágil, a prestação jurisdicional, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo ante a impossibilidade de acabar a liberdade dos juízes:

“Se já existente a decisão definitiva do STF, na ação direta de constitucionalidade, com eficácia erga omnes e caráter vinculante aos demais órgãos do Judiciário, não ficarão, como é óbvio, sujeitos a qualquer sanção disciplinar os magistrados que entenderem decidir diferentemente. Julgarão a causa que pende de seu decisum, como indicar sua consciência. Certo é que o caráter prático do ofício de julgar não estaria a aconselhar decisão judicial em sentido diferente do pronunciamento definitivo do Alto Pretório. É que, se isso ocorrer, caracterizado estará o desrespeito à decisão do STF, com eficácia erga omnes e vinculante aos demais órgãos do Judiciário, abrindo-se, então ensejo ao interessado para o ajuizamento, nesta Corte, de Reclamação em ordem a ver resguardada a eficácia do

²⁴⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.220.

²⁴¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.151.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.296

decisum e garantida a autoridade do julgado do STF, na ação direta de constitucionalidade”²⁴³

Em relação à abrangência do efeito vinculante, pode-se citar a Reclamação 1987, em que se alegava, embora houvesse alteração de paradigma constitucional pela Emenda Constitucional nº 30/2001, que o ato administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região de seqüestro de verbas em razão de não pagamento de verbas alimentares desrespeitou o julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1662, em que se firmou o entendimento de que a única hipótese para autorizar o seqüestro de verbas seria em caso de preterição da ordem. Neste caso, durante os debates, o Ministro Sepúlveda Pertence fez a seguinte chamada: “O que se quer - o Ministro Gilmar assume com todos as letras, coerente com suas obras doutrinárias – é estender os efeitos vinculantes aos motivos determinantes”²⁴⁴.

Em seguida o Ministro Nelson Jobim propôs: “Temos de discutir exatamente se os motivos determinantes de nossa decisão, que tem efeito vinculante, também se estendem a todos os outros casos.”²⁴⁵

Fixada tal proposta, o Ministro Marco Aurélio percebeu a inconveniência da extensão a que se pretendia dar ao efeito vinculante:

“Mas, Senhor Presidente, há mais na hipótese: verificamos que o fator cronológico é contrário à admissibilidade, como já ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, desta reclamação. Por quê? Porque a ADI nº 1.662 – se não me falha a memória, cujo acórdão se diz descumprido – fulminamos um ato de 1997, e a base da decisão proferida pela louvável justiça do trabalho, é um diploma posterior, é a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Mas, parte-se para o princípio da transcendência – e, aí, vislumbra-se a coisa julgada quanto aos fundamentos da decisão da Corte-. Nem mesmo no campo Civil temos coisa julgada de fundamentos. A coisa julgada diz respeito, de início – como está no artigo 469 do Código de Processo Civil – à parte dispositiva do julgado.

Não posso, Senhor Presidente, caminhar nesse sentido, potencializando, a mais não poder, o aspecto prático; potencializando a autoridade dos

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000,p.301-302.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

julgados desta Corte e até mesmo, e já foi ressaltado, engessando o próprio Direito no que vindo à balha novos atos normativos, como foi o caso quanto à Emenda nº 30, se terá sempre o caminho aberto para se chegar per salto ao Supremo Tribunal Federal, com a reclamação, a partir da premissa de que o ato prejudicado desrespeitou fundamento de um julgado da Corte. Não sei onde vamos para em termos de inviabilização de próprio Supremo Tribunal Federal”²⁴⁶

Nota-se que, além de se preocupar com a extensão dos fundamentos determinantes ao efeito vinculante, desrespeitando a coisa julgada regulamentada no Código de Processo Civil, o Ministro Marco Aurélio suscitou a questão dos limites deste instituto que não poderia abranger os fundamentos, por inviabilizar interpretação de novos dispositivos constitucionais pela Corte:

“Volto ao tema. Não podemos, sob pena até mesmo de inviabilizar os trabalhos da Corte – e o exemplo está aí quanto à ADC nº 4 -, entender que o ato atacado mediante esta reclamação, alicerçado na Emenda nº 30, emenda posterior ao ato do Tribunal Superior do Trabalho, fulminado na ADI nº 1.662, cujo acórdão se diz colocado em segundo plano, desrespeitou a decisão desta Corte, sob pena de partirmos, sem uma norma explícita a respeito, para o agasalho do princípio da transcendência”²⁴⁷

Sem dúvida, neste caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio acabou levantando, tendo em vista haver uma mudança clara de dispositivos normativos, o problema da eficácia temporal deste efeito vinculante que, ao se vincular inapropriadamente os fundamentos, pode impedir inovações legislativas, devendo sofrer limitações. Por isto, afirma-se a limitação à coisa julgada e a impropriedade de vinculação aos fundamentos determinantes, o que foi enfatizado pelo Ministro Carlos Velloso:

“Não me oponho, Sr. Presidente, a esse efeito vinculante, que considero inerente à natureza da decisão proferida na ação direta. Quando esse efeito vinculante ficou expresso, na Constituição, com a EC 03/93 – C.F., art. 103, § 2º - relativamente à ADC, afirmei que a EC 03/93 apenas explicitou algo já existente, implicitamente. Esse entendimento, mais recentemente, veio a predominar nesta Corte. Deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos. Esclareça-se, também, que a reclamação não é via adequada para discutir se houve, ou não, alteração relevante mediante norma posterior à declaração de inconstitucionalidade, emenda constitucional, por exemplo.”²⁴⁸

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

Contudo, embora as manifestações contrárias ao efeito vinculante, até mesmo ante a natureza específica do caso, o Ministro Gilmar Mendes, seguindo suas opiniões doutrinárias, afirmou a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes, acrescentando a suas opiniões já conhecidas e nos termos da Reclamação nº 2363:

“Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipótese semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais.

Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em lei de outros municípios.

Tendo em vista o disposto no *caput* e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame”²⁴⁹

Tal manifestação enfatiza que ao se aplicar o artigo 557 do Código de Processo Civil, o magistrado deve verificar justamente os fundamentos determinantes da decisão para julgar a questão monocraticamente, o que valeria dizer que haveria aplicação dos efeitos transcendentais ao efeito vinculante, conforme conclui o Ministro: “Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pela Corte constitucional.”²⁵⁰

Ao final, o Ministro sustentou a diferença entre eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, enfatizando a sua finalidade de contribuir para a jurisdição:

“Gostaria de deixar claro que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão -, tornaria de todo despiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força da lei ou da eficácia **erga omnes**. Como já foi observado, tal redução diminuiria significativamente a contribuição que o tribunal pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional”²⁵¹

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

Neste sentido, ficou fixado que o efeito vinculante abrange os motivos determinantes, conforme consta no informativo nº 379:

“ADI - Transcendência dos Motivos Determinantes - Reclamação (Rcl 2986 MC/SE) (Transcrições)

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade”²⁵²

Porém, o Supremo Tribunal Federal conta com outros precedentes em que se alega que o efeito vinculante apenas abrange a parte dispositiva do julgado:

“Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade” (RCL 2475 – AgR – j.2.8.07).”²⁵³

No Agravo Regimental na Reclamação nº 2475, alegava-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de que a Lei Complementar nº 70/91 não poderia ser revogada por lei ordinária, em razão do princípio de hierarquia das leis, desrespeitou a decisão do Supremo Tribunal Federal proferido na ADC nº1, que considerou certos dispositivos da Lei Complementar nº70/91 constitucionais, fixando-se o entendimento de que tal diploma é formalmente lei complementar e materialmente lei ordinária, podendo ser revogada por lei ordinária, o que seria abrangido pelo efeito vinculante.

Neste caso, embora tenha sido estabelecido que o efeito vinculante abranja apenas a parte dispositiva, nota-se tal posicionamento não foi obtido de forma unânime e sem debates, conforme consta no informativo nº 474 do Supremo Tribunal Federal:

“Reportando-se à parte dispositiva e à ementa do acórdão proferido na referida ação declaratória, entendeu-se que o Tribunal, no julgamento da ADC 1/DF, não decidira no sentido de que a LC 70/91 seria materialmente lei ordinária ou apenas formalmente complementar, e que a afirmação de que a mencionada lei complementar seria materialmente ordinária, constante dos votos do relator e do Min. Carlos Velloso, proferidos naquele julgado, caracterizara-se como obiter dictum, que não integra o dispositivo

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 379. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em 25.01.2008

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2990-5. Agravante: Estado do rio Grande do Norte. Agravada: Juiz de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Natal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília-DF, 16 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

da decisão, nem se sujeita ao efeito vinculante. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello que, salientando que a referida afirmação constituía premissa essencial que conduzia à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão naquele julgamento, proviam o recurso, por entender que o alcance do efeito vinculante da decisão não está limitado a sua parte dispositiva, devendo abranger, também, os chamados “fundamentos determinantes”. Rcl 2475 AgR/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 2.8.2007. (Rcl-2475)”²⁵⁴

A tese de que o efeito vinculante se baseia na parte dispositiva leva em consideração a idéia de que o instituto alcança apenas o dispositivo da decisão, por ser onde se pode ter a certeza que a matéria foi discutida e aprovada ou rejeitada pela Corte, conforme defendido pelo Ministro Carlos Velloso, relator do processo:

“O efeito vinculante, evidentemente, é para o que foi decidido pela Corte. E o que foi decidido está no dispositivo do voto do Relator, fielmente resumido na ementa do acórdão acima transcrita. Ali não se lê que decidira o Tribunal no sentido de que a Lei Complementar 70/91 é lei complementar simplesmente sob o ponto de vista formal; também ali não está escrito que citada Lei Complementar 70/91 é materialmente lei ordinária.”²⁵⁵

Firmou-se tal entendimento, considerando que a tese de que a Lei Complementar 70/91 é lei materialmente ordinária e formalmente complementar não pode ser alcançada pelo efeito vinculante, em razão de, no julgamento, não haver solicitação para decidir com base nela e não haver a necessidade de acolher esta tese para considerar a lei constitucional, conforme o voto do mesmo julgador.

“E não está escrito, no dispositivo da decisão, porque o Tribunal isso não decidiu; e não decidiu, primeiro, porque não foi pedido; segundo, porque para decidir pela constitucionalidade da Lei Complementar 70/91 não seria necessário decidir ser esta lei complementar simplesmente formal. O que deve ser ressaltado, entretanto, é que, por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a Lei Complementar 70/91 seria materialmente lei ordinária, não poderia o tribunal isso decidir, sob pena de decidir **extra petita**.”²⁵⁶

Este entendimento considerou que só as questões decididas, em que houve um debate e se chegou a uma decisão a respeito do assunto debatido, presentes apenas na parte dispositiva, diante do apego à formalidade que

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 474. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em 25.01.2008

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

defende que a decisão só estará presente na parte dispositiva²⁵⁷, é que podem ser abrangidas pelo efeito vinculante.

Fez-se presente, ainda, neste caso, a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes: “Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’”²⁵⁸.

A determinação de qual seja a abrangência dos motivos determinantes é uma questão tormentosa e fundamental para a fixação desta concepção sobre o instituto. A mesma parte pode ser considerada motivo determinante por um julgador e *obter dictum* por outro. Foi o que ocorreu, no caso em apreço, em que o Ministro Carlos Velloso, embora admita que o relator da ADC nº 1 tenha adotado como fundamentação a tese de que a Lei Complementar 70/91 é lei materialmente ordinária e formalmente complementar, reconhece a mesma tese como simples *obter dictum*:

“É verdade que, no voto do Ministro Relator, foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que ‘essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação -, é materialmente ordinária, (...)’ (RTJ 156/745). Também no meu voto isso afirmei (RTJ 156/752).

Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, **obter dictum**. De um modo ou de outro – fundamento ou **obter dictum** – não integram o dispositivo da decisão.

(...)

Reconheci haver, no meu voto, esse **obter dictum**. E parece-me certo que a Constituição realmente não exige lei complementar nesse caso. Mas o Supremo Tribunal Federal não decidiu, na mencionada ação declaratória, que essa lei é materialmente lei ordinária. Isso não foi objeto da decisão na ADC nº 1.”²⁵⁹

Enquanto, o Ministro Gilmar considerou a mesma tese como motivo determinante:

“Dessa forma, não se pode deixar de admitir que a decisão proferida na ADC nº1/DF foi enfática ao reconhecer, como um de seus fundamentos determinantes, que não se exige lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional, de forma que, por razões lógicas, a Lei

²⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.10.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

Complementar nº 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária, muito embora seja, à evidência, lei formalmente complementar.

E não prevalece o argumento de que tal assertiva não constitui fundamento determinante, mas apenas complementação (ou obter dictum) ao fundamento principal (que segundo se alega seria a existência de previsões constitucionais distintas para COFINS e o PIS), pois resta claro do voto do Ministro Moreira Alves que esta é premissa essencial, a qual conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão, (...)”²⁶⁰

A possibilidade de encontro de um conceito de efeito vinculante conciliador das duas correntes, ampliando a sua abrangência, sem retirar a formalidade, como ocorre na Alemanha²⁶¹, poderia ser possível, ao considerar que o dispositivo, por ser toda manifestação que o juiz faz sobre algo controvertido, não se identifica, necessariamente, com a parte final da sentença, levando a fundamentação, ao contar com este tipo de posicionamento, seria alcançada pela coisa julgada²⁶².

Daí, observa-se que o Ministro Gilmar Mendes defendeu que a tese da natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91 foi levada a debate, no julgamento da ADC nº 1, em razão de alguns julgadores, naquele julgamento, terem tratado expressamente a questão que restou aprovado por todos, por conta da anuência tácita dos demais julgadores:

“Portanto, atenta leitura do acórdão na ADC nº 1/DF permite afirmar que a questão da natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91 foi expressamente tratada nos votos dos Ministros Moreira Alves (Relator), Ministro Carlos Velloso (fls. 140-141) e Ministro Sydney Sanches (fl. 149). Os demais ministros não enfrentaram expressamente a questão, silenciando-se a seu respeito, mas, genericamente, acompanharam o voto do Relator.”²⁶³

Contudo, parece não ter sido esta a concepção majoritária que considerou a falta de decisão sobre o assunto, conforme se observa no voto do Ministro Marco Aurélio:

“Senhor Presidente, apenas ressalto que não se faz em jogo, quando julgamos a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, a natureza da lei que teria disciplinado a COFINS.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

²⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005, p.545-546.

²⁶² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.125.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

Como salientado pelo relator, consideramos a anterioridade, o princípio da não-cumulatividade e não adentramos essa seara. O relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 aludiu ao fato de que não haveria sequer necessidade de lei complementar para a criação do tributo, da contribuição. Evidentemente, todavia, se inexistiu celeuma em torno dessa matéria, não chegamos à decisão a respeito.

Por isso acompanho o relator.²⁶⁴

Ao que tudo indica, o Tribunal resiste à concepção de extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes, não só por apego a concepção formal de que a decisão somente se encontra na parte dispositiva ou pela falta de critérios claros para se estabelecer tais fundamentos determinantes, mas principalmente para não enrijecer o sistema judicial, impedindo a evolução jurisprudencial e a análise oportuna dos casos concretos, conforme se posiciona o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Sr. Presidente, quero deixar claro que, em princípio, não estendo o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação; isso me basta. Para mim, só desrespeitaria a nossa decisão na ADC 1, se se tivesse julgado inconstitucional dispositivo da Lei Complementar 70, então questionada, e então afirmados constitucionais. Não quero prejudicar a decisão que, eventualmente, venha a ser tomada no controle difuso, porque se declarou inconstitucional – ou, embora, a meu ver, pretextando que ficara no plano infraconstitucional, na verdade, deixou-se de aplicar a lei revogatória da isenção, e isso poderá, eventualmente, suscitar, em recurso extraordinário, problemas cuja solução não quero antecipar.”²⁶⁵

Portanto, ainda que se encontre jurisprudência no Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação dos motivos determinantes ao efeito vinculante, nota-se que tal matéria não se encontra pacificada dentro desta Corte Suprema, havendo resistência em se admitir a extensão do instituto aos fundamentos da decisão.

3.2 o alcance do efeito vinculante

O Efeito Vinculante surgiu sob a concepção de se tratar de um instituto autoritário. A origem germânica e a incorporação ao direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3/93, que criou a Ação Declaratória de

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

Constitucionalidade com rol restrito de legitimados, serviram para fomentar resistências ao novo instituto²⁶⁶.

A sua definição, no direito de alemão, ao abranger os motivos determinantes²⁶⁷, fez que o comparasse com a regra do *stare decisis* desenvolvido no sistema anglo-saxão²⁶⁸, que também prega a vinculação dos precedentes²⁶⁹, e, por conseqüência, fosse taxado de mecanismo que impediria a atuação dos juízes no caso concreto, atentado ao sistema de controle de constitucionalidade conquistado em 1988²⁷⁰.

Deve-se observar que este instituto foi criado, em um momento de crescentes demandas repetitivas com entendimentos diversificados e excludentes que traziam profunda insegurança jurídica²⁷¹. Este quadro propiciou a incorporação do efeito vinculante, no direito Brasileiro, com intuito de trazer racionalidade, uniformizando os entendimentos e garantindo a hierarquia no Poder Judiciário²⁷².

Tal fato, ante a intenção de alcançar uniformidade de entendimentos e a vinculação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, órgão de maior hierarquia do Poder Judiciário, propicia a afirmação de que o instituto, embora transportado do direito germânico, teria a mesma natureza da regra do *stare decisis* anglo-saxão²⁷³. Esta regra impõe, como ocorre com o efeito vinculante em relação ao Supremo Tribunal Federal, a observação obrigatória do que foi

²⁶⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

²⁶⁷ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.213.

²⁶⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.127.

²⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125.

²⁷⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

²⁷¹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.219-220.

²⁷² SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A Trajetória Brasileira em Busca do Efeito Vinculante no Controle de Constitucionalidade*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Gomes Júnior, Luiz Manoel; Ferreira, William Santos. *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio sobre a EC n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.232.

²⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.15.

julgado necessário para decidir certa causa, motivos determinantes, conforme a hierarquia do órgão prolator da decisão, tendo em vista que quanto maior a hierarquia do órgão prolator maior o número de órgãos judiciais submissos à sua decisão²⁷⁴.

É de se notar que o sistema romano-germânico e o sistema anglo-saxão encontram o precedente como fonte de direito, variando apenas a atribuição de valores a ele. Enquanto o sistema anglo-saxão concede ao precedente caráter vinculativo, de observância obrigatória, como característica do próprio sistema, o sistema romano-germânico o coloca como elemento persuasivo à comprovação do direito da parte²⁷⁵.

Assim, a instituição do efeito vinculante às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal inegavelmente pretendeu trazer ao Brasil a regra do precedente obrigatório, que impõe a obrigatoriedade das cortes seguirem a *ratio decidendi*²⁷⁶, assim como já ocorre nos países que adotam o *stare decisis*. Ao se pretender solucionar o problema da falta de uniformidade de entendimentos e da celeridade processual, comparou-se a força dos precedentes dos países de tradição anglo-saxão com os de tradição romano-germânica, verificando-se que naqueles países havia uniformidade justamente pela adoção do precedente obrigatório, o que, ante o sucesso, já vinha sendo incorporado pelos países de tradição romano-germânica.²⁷⁷

No entanto, a simples adoção da obrigatoriedade de seguir o precedente e o simples fato de se subsidiar das experiências de países de tradição anglo-saxão, para adoção do efeito vinculante, não significa que se incorporou a doutrina do *stare decisis*. Além da tão conhecida notícia de que o efeito vinculante é de origem germânica, é de se notar que a adoção do instituto pretendeu justamente dar um valor obrigatório a um precedente que,

²⁷⁴ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n.105, janeiro-março 2002, p.70.

²⁷⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.175-176.

²⁷⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125.

²⁷⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.350-351.

no Brasil, tradicionalmente não precisa ser seguido, por não ser obrigatório. Trata-se, portanto, de um instituto processual específico que possui, a seu modo, o efeito de vincular certo precedente²⁷⁸.

É inegável que há diferença entre o *stare decisis* e o efeito vinculante. Aquele pretende manter a coerência entre as decisões judiciais, visando a coerência do próprio sistema, tendo mecanismos de superação dos entendimentos fixados, já o efeito vinculante se refere especificamente às decisões do controle concentrado de constitucionalidade, não servindo para resolução de problema concreto²⁷⁹.

O instituto veio, na tentativa de corrigir as distorções surgidas no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil que adota tanto o modelo de fiscalização abstrata quanto o modelo de fiscalização concreta. Se o controle concreto enseja decisões divergentes, tal fato se agrava ao se verificar que há decisões diferentes até das decisões do controle abstrato que possui efeito *erga omnes*, efeitos gerais²⁸⁰.

Desta forma, o efeito vinculante veio a acrescentar efeitos aos já conhecidos efeitos próprios do controle abstrato de constitucionalidade, efeito *erga omnes*, nulidade da lei e retroatividade. Isto se coaduna com a afirmação de que: “o efeito vinculante é um *plus* em relação à ação direta de inconstitucionalidade.”²⁸¹

Trata-se, na verdade, de um instituto que tenta potencializar mais ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas que já possui uma eficácia geral. Daí, deve-se achar um conceito próprio para o efeito vinculante que garanta a ele um papel autônomo no controle abstrato de normas, tendo em vista a intenção, na sua criação, de potencializar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de

²⁷⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.176-177.

²⁷⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.127-128.

²⁸⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.208-209.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 IN: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.271.

constitucionalidade de normas e a necessidade de diferenciá-lo do efeito *erga omnes* que determina a submissão de todos à decisão.

Uma das teorias que tenta explicar este efeito vinculante é a dos motivos determinantes. Esta teoria tem a virtude, além de diferenciar do instituto da eficácia *erga omnes*, de potencializar as decisões do Supremo Tribunal Federal. A amplitude do efeito vinculante não se limitaria apenas à parte dispositiva, mas englobaria os fundamentos jurídicos invocados e a interpretação das normas dadas pelo Tribunal²⁸², englobaria “os princípios contidos nas razões determinantes da decisão”²⁸³.

A determinação pelo que se entende fundamento determinante é a principal questão a ser encontrada pela teoria dos motivos determinantes²⁸⁴. Adotam-se vários métodos para se atingir os motivos determinantes, a teoria de Wambaugh afirma que eles são “a premissa maior de um silogismo necessário, cuja premissa menor são os fatos do caso, e a conclusão, a decisão em si”; teoria de Oliphant que considera a combinação fatos/decisão como o motivo determinante, a resposta a certo fato; e a teoria de Goodhart que, na determinação dos motivos determinantes, deve-se levar em conta que os fatos considerados, na ótica do juiz do precedente, como fundamentais e a decisão deste juiz baseada nestes fatos²⁸⁵.

Talvez seja esta a razão pela qual, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2475, houvesse julgadores que considerassem a tese de que a Lei Complementar nº 70/91 fosse lei formalmente complementar e materialmente ordinária, Ministro Gilmar Mendes, como fundamento determinante, enquanto outro julgador, Ministro Carlos Velloso, tratava-a como mero *obiter dictum*²⁸⁶. Por esta teoria, portanto não há segurança na definição do alcance exato dos motivos determinantes.

²⁸² MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p.277.

²⁸³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.371.

²⁸⁴ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.817-818.

²⁸⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.126-130.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos

Ao contrário desta teoria, a teoria restritiva que determina que o efeito vinculante alcançaria apenas a parte dispositiva, tendo a virtude de se encontrar de forma clara, no dispositivo, a matéria decidida e sedimentada pelos julgadores do Supremo Tribunal Federal²⁸⁷. A parte dispositiva é a parte da decisão onde se encontra a matéria que foi discutida e aprovada pela Corte, estando claramente ao alcance de todos, facilitando entendimento do precedente.

Contudo, tal teoria, além de não acrescentar algo ao controle abstrato de constitucionalidade, por abranger apenas a parte dispositiva que já é alcançada pela coisa julgada e pelo efeito *erga omnes*²⁸⁸, preocupa-se demasiadamente com a coisa julgada e seus limites objetivos, na medida em que propõe que os limites objetivos do efeito vinculante devem coincidir com os da coisa julgada²⁸⁹, sendo que a parte dispositiva não impede novas demandas, pois sua razão principal é a de propiciar o convívio de decisões divergentes:

“Ainda que nada dispusesse a lei de modo explícito, o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto a à sua finalidade de evitar conflitos práticos de julgados, não meros conflitos teóricos (Liebman). Se uma sentença pronunciasse a separação judicial de determinados cônjuges e outra declarasse que o tutor não tem direito à separação, como ficariam eles: casados ou separados? Se uma sentença me condenasse a cumprir determinada cláusula contratual e outra declarasse que nada devo em virtude dela, qual seria a conduta a observar em cumprimento a elas: cumprir ou não cumprir? Tais conflitos seriam manifestamente práticos, porque capazes de criar incertezas na vida comum das pessoas. Mas dificuldades dessa ordem inexistem quando uma sentença declara que o réu tem a obrigação de cumprir determinada cláusula, pelo fundamento de ser nulo o contrato, e outra o condena a cumprir outra cláusula do mesmo contrato, afirmando a validade deste – puro conflito teórico, que não impede o cumprimento prático de nenhuma dessas decisões. Os indesejáveis conflitos teóricos são evitados ou removidos mediante outras técnicas processuais, não pela coisa julgada.”²⁹⁰

Por isto, tendo em vista que o efeito vinculante veio para potencializar as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, que

Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

²⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.207.

²⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.546.

²⁸⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.223.

²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.313.

adota a causa petendi aberta e considerando que a parte dispositiva da decisão, assim como a coisa julgada, possibilita a coexistência de situações e teses divergentes, torna-se inconveniente a adoção da tese restritiva do efeito vinculante. O que leva a afirmar a necessidade de se adotar a tese ampliativa que atende às intenções legislativas e práticas.

3.2.1. o alcance do efeito vinculante em relação aos outros institutos

O efeito vinculante convive com os demais efeitos e qualidades da decisão de controle concentrado de constitucionalidade de leis, já que diferentemente dos demais, para integrar os efeitos e qualidades atribuídos ao pronunciamento em tal mecanismo de controle de constitucionalidade, foi necessária sua expressa previsão no direito brasileiro²⁹¹.

A coisa julgada é um destes institutos, ao lado do efeito *erga omnes* e a nulidade ou anulabilidade da lei. Ante a conhecida informação de que este instituto processual é oriundo do princípio da segurança jurídica, determinando inicialmente a preclusão processual de se questionar o direito, coisa julgada formal, nascendo, por conseqüência, a coisa julgada material²⁹², sustenta-se sua aplicação ao controle concentrado de constitucionalidade²⁹³, pois a paz jurídica necessita que haja um pronunciamento definitivo sobre a matéria, impedindo sentenças contraditórias e repetitivas sobre o mesmo objeto²⁹⁴.

A coisa julgada, que alcança apenas o dispositivo, onde foi proferida a decisão, o juízo valorativo sobre a discussão²⁹⁵, apenas torna definitivo o pronunciamento, tornando-o imutável, realçando os já efeitos naturais da sentença, ao unir a ela “qualidade posterior que ao efeito se ajunta, para torná-

²⁹¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.153.

²⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007, p.436.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.172.

²⁹⁴ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.791-795.

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.315.

lo imutável²⁹⁶, razão pela qual se constata que a coisa julgada não é propriamente um efeito da decisão, mas apenas uma qualidade desta²⁹⁷.

Um destes efeitos naturais da decisão do controle de constitucionalidade realçado pela coisa julgada é a nulidade da lei considerada inconstitucional, entendimento adotado no Brasil, por incorporar a doutrina americana que defende que reconhecer qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão da Constituição²⁹⁸. O outro seria o efeito *erga omnes* que, segundo Gilmar Mendes, alcançaria a todos e seria empecilho, sob o prisma processual, que a questão fosse submetida novamente ao juízo do Supremo Tribunal Federal²⁹⁹.

Se por um lado a existência do efeito *erga omnes* não comporta razão de ser em impedir a reapreciação da causa, pois é, pela preclusão processual, não havendo meios de impugnação da decisão proferida no controle concentrado e de nova ação originária em abstrato, que as partes legitimadas, pelos limites subjetivos da coisa julgada, estariam vinculadas à decisão³⁰⁰. Por outro lado, não é a invalidade da norma que, ao determinar que a lei não produzirá nenhum efeito, explicará os efeitos gerais ou *erga omnes*, pois, como a teoria da nulidade defende que a lei contrária a constituição não é lei, não produz efeitos, isto significa que ninguém será ou foi abrangido pelo dispositivo normativo inconstitucional, o que negaria, ante a desnecessidade, a existência dos efeitos gerais³⁰¹.

Na verdade, o efeito *erga omnes* é um efeito autônomo do controle concentrado de constitucionalidade, sendo uma consequência do objeto da declaração: a norma. Advém do âmbito de abrangência da norma, embora a

²⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 4.ed., 2003, p.80.

²⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 4.ed., 2003, p.74.

²⁹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.466.

²⁹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.532-536.

³⁰⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.360.

³⁰¹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.806-807.

decisão não ocupe posição na estrutura normativa³⁰². Isto, além de ampliar os abrangidos pela coisa julgada e alcançar as liminares³⁰³, seria coerente com a natureza do mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade que substitui vários pronunciamentos por apenas um para manter a coerência do sistema³⁰⁴.

Diferentemente da eficácia *erga omnes* e da nulidade ou anulabilidade da lei, o efeito vinculante não é um efeito próprio, que deflui, do controle concentrado de constitucionalidade. Embora o efeito *erga omnes* abranja a todos indistintamente, propiciando a vinculação de todos à decisão, tendo em vista o próprio objeto do controle concentrado que é uma lei abstrata e geral³⁰⁵, o efeito vinculante é um instituto processual que deve vincular a sua maneira e diversamente da vinculação sugerida pelo efeito *erga omnes*. “Ambos os instrumentos foram concebidos como categorias diversas, prestando-se para distintas funções”³⁰⁶..

A previsão dos dois, na lei 9.868/99 e 9882/99, reforça que são vocábulos distintos para tratar de institutos diversos³⁰⁷. Enquanto o efeito *erga omnes*, típico efeito do controle concentrado de constitucionalidade, representa a atribuição ao juízo da mesma natureza geral de seu objeto³⁰⁸, o efeito vinculante, como já colocado, foi criado, em razão do aumento de demandas e por decisões diferentes sobre a mesma matéria, na tentativa de potencializar os julgados do Supremo Tribunal Federal cuja eficácia até então, embora

³⁰² MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.800-801.

³⁰³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.360.

³⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.119.

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007, p.60.

³⁰⁶ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.212.

³⁰⁷ FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.121.

³⁰⁸ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.801.

criasse óbice à renovação da discussão judicial³⁰⁹, não estava impedindo tal quadro.

Como o processo objetivo visa à defesa da ordem jurídico constitucional³¹⁰, não defendendo direito subjetivo e não tendo eficácia executiva ou mandamental *lato sensu*³¹¹, suas decisões poderiam, como vinha acontecendo, ser desrespeitadas, pois não havia possibilidade de adoção de mecanismos executivos, garantidores da eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal³¹², mesmo diante da impossibilidade de renovação das causas, oriundo do instituto da coisa julgada, e o alcance de todos, pela eficácia *erga omnes*³¹³.

Neste sentido, o efeito vinculante visou determinar que a decisão agora não só alcançará a todos, mas será obrigatoriamente observada e cumprida por aqueles que a ela estejam vinculados, no caso os demais magistrados e administração pública³¹⁴.

Cientes disto e de que o efeito vinculante não é um efeito próprio do controle concentrado de constitucionalidade e, por esta razão, não é realçado pela coisa julgada³¹⁵, incidente sobre os efeitos que a sentença produz, sobre a parte apta a produzir efeitos³¹⁶, tendo como limite objetivo a matéria decidida, que está na parte dispositiva³¹⁷, torna-se necessário encontrar os limites objetivos do efeito vinculante que, além de diferenciá-lo dos demais institutos, potencialize os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado.

³⁰⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.359.

³¹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ed., 2004, p.221.

³¹¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.233-234

³¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.55.

³¹³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ed., 2004, p.231.

³¹⁴ FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.121.

³¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.153.

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.301-305.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 4ª tiragem, 2007, p.174.

A teoria dos motivos determinantes, além de atender estes requisitos, não torna despidendo o instituto do efeito vinculante, ao contrário da teoria restritiva, que propugna pela abrangência apenas do dispositivo³¹⁸. Sustenta-se a previsão desta teoria, ao se notar o artigo 10, da Lei 9.882/99: “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, estaria determinando a possibilidade do Tribunal fixar expressamente as condições e o modo de interpretação do preceito fundamental³¹⁹, o que pressupõe sejam vinculantes as rationes decidendi³²⁰.

Contudo, o estabelecimento de quais são os motivos determinantes enseja dificuldades que contrastam com o objetivo de uma prestação jurisdicional alcance da paz jurídico-social e segurança³²¹, ainda mais tendo em vista que se deve diferenciar os motivos determinantes dos *obiter dictum* que são meros comentários laterais, sem relevância³²².

Isto abriria espaço para a teoria restritiva que determina a abrangência apenas da parte dispositiva, em razão dos limites objetivos da coisa julgada³²³. No entanto, ante a verificação de que o efeito vinculante, pelo menos o expresso nas Emendas Constitucionais nº 3/93 e 45/2004, não é típico efeito da decisão no controle concentrado de constitucionalidade³²⁴, nota-se a falta de embasamento para sustentar a abrangência apenas do dispositivo, em razão

³¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.546.

³¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva, p.173.

³²⁰ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.377.

³²¹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.817-818.

³²² FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005, p.140-141.

³²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.545.

³²⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.153.

da coisa julgada que apenas realça os efeitos típicos da decisão, estes efeitos teriam seu limite material ligado aos limites da coisa julgada³²⁵.

Porém, encontra sentido, conforme voto do Ministro Carlos Velloso no Agravo Regimental na Reclamação 2475, a afirmação de que vincularão o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal³²⁶, não em razão da coisa julgada, mas por questões de segurança e legitimidade, ao se possibilitar que os julgadores envolvidos conheçam o que será discutido e decidam. A aceitação desta tese, além de representar a desconsideração da tese dos motivos determinantes, pode representar ao efeito vinculante, por razões diversas que não por ser efeito próprio da decisão, a mesma abrangência da coisa julgada

Isto acabaria anulando a pretensão de se adicionar eficácia às decisões do controle abstrato, se não se verificasse que o efeito vinculante representa, de uma forma ou de outra, o “reconhecimento de que todos passam a deter o direito subjetivo de anular atos judiciais ou administrativos que descumpram o julgado vinculante”³²⁷.

Esta teoria, contudo, ganha outro sentido ao se verificar que a parte decidida não está adstrita somente à parte dispositiva, mas pode estar difundido pelas demais partes da decisão³²⁸, representando ampliação do que a Corte decidiu para além do local tradicional das disposições, além de se notar o papel que os motivos determinantes tem frente à coisa julgada³²⁹.

Atualmente, concebe-se que, para evitar dúvida ou contradição, verifiquem-se os motivos determinantes, visando sanar eventuais irregularidades, encontrando o verdadeiro alcance a que se pretende na

³²⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.358-360.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

³²⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.376-377.

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III, p.315.

³²⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.377.

decisão do controle concentrado de constitucionalidade³³⁰. Tais argumentos tornam-se importantes, ao se notar que, no julgamento do controle concentrado, faz-se uma análise para, antes de saber se uma lei é inconstitucional, “saber se uma determinada regulamentação, tal como ela ganhou expressão na lei impugnada, é conforme com a Constituição”³³¹, tentando saber qual princípio foi violado ou sob qual condição a lei deve ser considerada constitucional ou inconstitucional.

Torna-se, ainda, imperioso a verificação dos motivos determinantes, ao se notar que o efeito vinculante é um instituto processual que faz com que a decisão no controle abstrato de constitucionalidade ganhe força de precedente judicial que não pode ser desatendido³³², o que significa que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente³³³, encontrando como e em que medida estão vinculados .

Por fim, resta esclarecer que o efeito vinculante só terá eficácia a partir da decisão, irradiando efeitos a partir de já, ao contrário dos efeitos inerentes à decisão que tem efeitos retroativos, em razão da adoção da teoria da nulidade pelo direito brasileiro³³⁴. Este efeito vinculante não deve resistir a uma alteração da realidade constitucional ou a uma modificação de entendimento³³⁵.

3.2.2. o efeito vinculante e o sistema difuso

O modelo difuso originário contava com a cultura do precedente obrigatório para uniformizar os entendimentos, ao obrigar que se seguissem os entendimentos das cortes superiores. Isto não era considerado propriamente um defeito ou limitação do modelo difuso, pois o precedente obrigatório era um

³³⁰ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.811.

³³¹ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.778-779.

³³² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.223.

³³³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125.

³³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.54-55.

³³⁵ MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.779-780.

mecanismo típico do sistema jurídico adotado nos Estados Unidos, visando manter a coerência do sistema³³⁶.

Na Europa, tendo em vista a falta do precedente obrigatório, tornava-se inútil a adoção do modelo difuso, pois haveria diversos entendimentos acerca da Constituição, o que acabava proporcionando a perda de poder deste Documento. Por esta razão, optou-se em adotar o modelo concentrado de constitucionalidade que, visando um alcance amplo, abrangia a todos e garantia o valor da Constituição, por impedir divergência e garantir unidade³³⁷.

Nosso país de tradição romano-germânica, seguindo a tendência dos países europeus, deixou o modelo eminentemente difuso, originário dos Estados Unidos³³⁸, país de tradição do sistema jurídico anglo-saxão, para adotar um modelo misto de controle de constitucionalidade, enfatizando o modelo concentrado para corrigir o sistema geral incidente³³⁹.

Ocorre que o mecanismo generalizador não vinha obtendo as conseqüências desejáveis, razão pela qual se instituiu o efeito vinculante que nada mais é que uma resposta a estes constantes entendimentos divergentes das decisões, mesmo em controle concentrado de constitucionalidade, do Supremo Tribunal Federal³⁴⁰.

Por estas razões, não se pode conceber que o efeito vinculante, por vir potencializar uma decisão que já deveria ser atendida por todos, limite a liberdade dos magistrados, como se afirma³⁴¹.

Aceita a tese de que o efeito vinculante determina que a decisão no controle concentrado tem valor de precedente obrigatório³⁴², antes de ser um

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.80-82.

³³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999, p.83-88.

³³⁸ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001, p.145-148.

³³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.76.

³⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2007, p.351

³⁴¹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.374.

argumento desfavorável ao efeito vinculante, a garantia de liberdade aos magistrados deve ser vista como um argumento favorável à extensão da abrangência do efeito vinculante aos motivos determinantes. Trata-se de um argumento importante, na medida em que a análise os motivos determinantes, no precedente obrigatório³⁴³, estabelece os limites da vinculação do juiz àquele precedente, o que representa, antes de podar a atuação do juiz, limites à aplicação do precedente ao caso concreto.

Luís Roberto Barroso apresenta uma situação em que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional, em controle concentrado, uma lei que vedava a concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, o que não vedou, embora a parte dispositiva tenha efeito vinculante, que uma pessoa obtivesse antecipação de tutela para que o Estado fornecesse medicamento para sua sobrevivência, citando ao final: “embora a norma tivesse sido considerada constitucional em jurisdição aberta, ela era inconstitucional na conseqüência que produzia *in concreto*: a morte de uma pessoa, que dependia de providência imediata e satisfativa.”³⁴⁴

Assim, a leitura dos motivos determinantes inegavelmente é fundamental para estabelecer o alcance da decisão. Isto tem uma conseqüência prática, na medida em que se pode esclarecer e limitar o sentido da decisão que adotou a técnica de interpretação conforme a Constituição que, com o efeito vinculante, pode implicar a obrigatoriedade de exclusão de todas as demais interpretações possíveis³⁴⁵.

Contudo, mesmo com a possibilidade de se verificar o real alcance da decisão que adotou a técnica da interpretação conforme a Constituição, seria conveniente que tal técnica fosse evitada, para não excluir as demais interpretações possíveis, optando-se pela a declaração de nulidade sem redução de texto em que é explícita a interpretação inconstitucional.

³⁴² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.223.

³⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007, p.125-126.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed.,4ª tiragem, 2007, p.218.

³⁴⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Incidente de Arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e aos arts.480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p.102.

CONCLUSÃO

O efeito vinculante é um instituto originário do direito alemão em que se pregava a obrigatoriedade de se analisar os fundamentos determinantes da decisão proferida no controle de constitucionalidade.

O Brasil, diante do grande volume de processos, adotou este instituto para resolver tal situação e garantir a celeridade na prestação jurisdicional, na Emenda Constitucional nº 3/93, sendo incorporado definitivamente ao controle de constitucionalidade no modelo concentrado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Sua previsão na Constituição trouxe uma série de críticas, em razão de sua origem e da desnecessidade de previsão de um instituto que obrigava apenas a administração pública e os demais órgãos do Poder Judiciário a seguirem a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, sendo que já havia a previsão do efeito *erga omnes* que, por si só, vinculava a todos, e, por consequência, englobava o efeito vinculante.

Este instituto, no entanto, diferenciava-se dos demais institutos utilizados no controle concentrado. Sua intenção de garantir a obrigatoriedade de respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade era visível ao se verificar que os institutos próprios desta modalidade de controle de constitucionalidade, coisa julgada e efeito *erga omnes*, não estavam proporcionando a homogeneidade definitiva de entendimento quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, haja vista o grande número de decisões divergentes das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, visualiza-se o efeito vinculante como um instituto que tenta potencializar as decisões do Supremo Tribunal Federal, concedendo às decisões proferidas em controle concentrado uma eficácia maior do que a eficácia propiciada pela coisa julgada, efeito *erga omnes* e nulidade da lei.

Na tentativa de se encontrar os limites objetivos deste instituto, já que os limites subjetivos vêm expressamente definidos no texto constitucional, tenta-se verificar a sua natureza jurídica.

A comparação com o *stare decisis* não se mostra conveniente, pois, embora seja inegável que o efeito vinculante promova a adoção do precedente obrigatório, este determina a obrigatoriedade ao seu modo e limitado ao controle concentrado, enquanto o *stare decisis* determina a força do precedente em casos concretos.

Por outro lado, é equivocado falar-se que se trata de um instituto típico do controle concentrado, advindo do efeito *erga omnes* e limitado à coisa julgada. O efeito vinculante veio para ser um *plus* em relação aos efeitos e qualidades típicos das decisões de controle concentrado que não estavam promovendo a uniformidade pretendida por tal modelo de controle de constitucionalidade, oriundo de países de tradição romano-germânica que preferiram o modelo difuso justamente por ensejar decisões divergentes e impossíveis de serem uniformizadas, ante a falta do precedente obrigatório.

Desta forma, sendo inegável que o efeito vinculante seja um instituto que proporciona a obrigatoriedade de seguir o precedente à sua maneira, qual seja a obrigatoriedade de se seguir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, parece acertado dizer que o Brasil passou a adotar para estas decisões o precedente obrigatório que determina que os fundamentos determinantes é que vinculam os demais.

Porém, o Supremo Tribunal Federal conta com uma concepção de que a vinculação à decisão possibilita a afirmação de que ocorre a vinculação apenas sobre a parte do pronunciamento judicial em que há propriamente a decisão final, parte dispositiva, e não sobre os motivos determinantes.

Tal teoria, embora vincule a mesma parte dispositiva alcançada pela coisa julgada, não se sustenta com a aplicação dos limites deste instituto, mas somente em razão de nesta parte da decisão, parte dispositiva, haver uma pronuncia definitiva dos juízes sobre certo assunto, em que se pressupõe que após uma discussão chegaram àquela determinada decisão.

A favor desta teoria tem o fato de garantir que a parte da decisão que será obrigatória contará com legitimidade e justiça. Por todos estarem obrigados a decidir, saber-se-á que a decisão será feita por todos os

juízes, contendo, ao menos, com a opinião média dos juízes que necessariamente contribuíram com suas idéias.

Isto possibilitaria que se estenda a decisão para além da parte dispositiva. Caso algum juiz sustente que certo argumento deve ser verificado como fundamental ao julgado e suscite que a Corte tome um posicionamento, haverá uma discussão sobre o ponto e decisão sobre a possibilidade de serem ou não determinantes, o que propiciará a abrangência deste argumento.

De qualquer modo, a consideração do efeito vinculante como precedente obrigatório determina que se vejam os motivos determinantes para a decisão, já que os fundamentos determinantes é que vão determinar a abrangência da vinculação, os limites da vinculação, como e em que sentido os demais juízes estão vinculados.

Esta concepção é reforçada na medida em que se verifica que independentemente do instituto alcançar apenas a parte dispositiva ou só o que foi decidido expressamente, os motivos determinantes servem para entender a decisão, até aonde ela se estende, até onde a decisão determina certa providência ou interpretação. Uma lei pode ser constitucional e resultar em uma medida inconstitucional, como ocorreu na declaração de constitucionalidade de lei que vedava a concessão de antecipação de tutela contra o poder Público, sendo que uma pessoa solicitava uma medida de tal natureza para conseguir o remédio para sua sobrevivência.

A abrangência dos motivos determinantes, antes de inviabilizar o convívio com o controle difuso, proporciona a sobrevivência deste modelo que atualmente, no Brasil, exerce uma função de adequação dos pronunciamentos jurisdicionais em sede controle de constitucionalidade, tendo em vista a série de limitações existentes (incidente de arguição de inconstitucionalidade).

Por fim, embora a adoção da teoria dos motivos determinantes ou apenas a verificação deles para se saber a amplitude da vinculação ao precedente possibilite a ciência dos limites da vinculação, seria conveniente a adoção da técnica de interpretação de nulidade sem redução de texto, ao invés da interpretação conforme, em razão de segurança jurídica, já que esta veda demais exegeses possíveis, enquanto aquela expressamente veda uma interpretação específica.

REFERÊNCIAS

AMANDO JÚNIOR, José. *A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Interpretação Conforme a Constituição em Relação aos Órgãos do Poder Judiciário*. Jurídica:Administração Municipal, n.1, ano VII, Janeiro/2002, p.38-49.

AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Incidente de Argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e aos arts.480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed.,4ª tiragem, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 16.ed., 1995.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, 4 v, Tomo III.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?* IN: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2.ed., 2008, p.355-382.

BINENBOJM, Gustavo. *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99*. IN: SARMENTO, Daniel(Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001, p.139-164.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº.1-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Moreira Alves.Diário da Justiça, Brasília 16.06.1995 Disponível em <
<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2990-5. Agravante: Estado do Rio Grande do Norte. Agravada: Juiz de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Natal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília-DF, 16 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação nº 2475-0. Agravante: União. Agravada: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Ministro Carlos Velloso. Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 21.05.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.514/RS. Pacientes: Marco Aurélio Rodrigues da Cruz e Outro. Impetrante: Edson Brozoza. Coator: Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Sidney Sanches. Diário da Justiça, Brasília 27.06.1997. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 379. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em 25.01.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 474. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em 25.01.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo 4.477-72. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília 16.05.1977. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p.203-208.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamada: presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª região. Relator: Ministro: Maurício Corrêa. Brasília-DF, 1º de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.417/DF. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília

- 15.04.1988. Disponível em <
<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 25.01.2008.
- BUSSI, Nilton. *Emenda Constitucional para o Poder Judiciário*. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 4, janeiro-abril de 1997, p.91-95.
- CAGGIANO, Mônica Herman. Emenda Constitucional N.45/2004. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.5, janeiro/junho de 2005, p.185-204.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Coisa Julgada no Controle de Constitucionalidade* in: SARMENTO, Daniel (org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.03-20.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.ed, Reimpresso, 1999.
- CLÈVE, Clêmeson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *A Arcaica Súmula Vinculante*. Revista Latino-america de Estudos Constitucionais, n.5, janeiro/junho 2005, p.475-499.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros, 4.ed., 2004, volume III.
- DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *A Recepção do Instituto de Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 10, n.39., Abril-junho de 2002, p.209-224.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5.ed., 2004.
- FERREIRA, Olavo A.V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2005.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; VARGAS, Aléxis Gallás de Souza. *O Efeito Vinculante e a Eficácia Erga Omnes no Controle Abstrato da Constitucionalidade*. IN: NIEMEYER, Sérgio; CONRADO, Paulo César. *Temas Controvertidos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.237-259.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LIMA, Senador Ronaldo Cunha. *Efeito Vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 1978, volume III.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.121-136.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2ª tiragem, 2007.

_____. *Controle Concentrado de Constitucionalidade comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2.ed., 2005.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.769.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à lei 9882, de 3-12-1999*. São Paulo; Editora Saraiva.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 3.ed, 3ª tiragem, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 5.ed, 3ª tiragem, 2005.

_____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000,p.351-378.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado em homenagem a Goffredo da Silva Telles Junior. Disponível em: < <http://www.goffredotellesjr.com.br/revista.htm> >. Acesso em: 21.nov.2007.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *O Efeito Vinculante nas Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Revista de Processo n.129, ano 30, novembro/2005, p.81-91.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O Direito Processual Brasileiro e o Efeito Vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n.105, janeiro-março 2002, p.64-95.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de constitucionalidade*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 4, julho-2003, p.122-129.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A Trajetória Brasileira em Busca do Efeito Vinculante no Controle de Constitucionalidade*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; Gomes Júnior, Luiz Manoel; Ferreira, William Santos. *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios sobre a EC n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.225-242.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 28.ed., 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 4.ed., 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 1.ed.2ª tiragem, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 24.ed., 2000, Volume I.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, 2.ed.

WALD, Arnaldo. *Alguns Aspectos da Ação Declaratória de Constitucionalidade* in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação*

Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo; Editora Saraiva, 1.ed., 2ª tiragem, 1995, p.15-34

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