

NELSON NERY JUNIOR
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
Coordenação

ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DOS RECURSOS CÍVEIS

E ASSUNTOS AFINS

12

Arlete Inês Aurelli • Bruno Garcia Redondo • Carlos Eduardo Stefen Elias
• Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa • Eduardo Talamini • Fabiano
Carvalho • Fernando Sacco Neto • Guilherme Beux Nassif Azem • Joaquim
Henrique Gatto • Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior • Márcio Carvalho
Faria • Marcus Vinícius Motter Borges • Paulo Afonso de Souza Sant'Anna
• Pedro Miranda de Oliveira • Rodrigo Barioni • Rodrigo da Cunha Lima
Freire • Rodrigo Mazzei • Rogerio Licastro Torres de Mello

Edwards Talamini
GBa-1, 09.11.11.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins
/ coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier.
– São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Série Aspectos
polêmicos e atuais dos recursos v. 12)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-4163-6

1. Recursos cíveis - Brasil 2. Recursos cíveis - Brasil - Leis e
legislação I. Nery Junior, Nelson. II. Wambier, Teresa Arruda Alvim.
III. Série.

11-09542

CDU-347.955(81)(094))

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis : Recursos cíveis : Direito
347.955(81)(094) 2. Recursos cíveis : Leis : Brasil : Direito 347.955(81)(094)

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE (OU "DEVAGAR COM O ANDOR QUE O SANTO É DE BARRO")

EDUARDO TALAMINI

Livre-docente, Doutor e Mestre pela USP. Professor UFPR. Advogado.

RESUMO: O texto examina criticamente a tese de que a tendência de objetivação do recurso extraordinário e dos outros meios de controle incidental de constitucionalidade empregados pelo Supremo Tribunal Federal faria com que as decisões no controle incidental passassem também a ter força vinculante. Para tanto, procura-se antes identificar a natureza da força vinculante de que se revestem as decisões de controle direto e concentrado de constitucionalidade do STF, bem com as várias acepções, nem todas apropriadas, em que o termo "vinculação" tem sido utilizado.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade – recurso extraordinário – objetivação – Supremo Tribunal Federal (STF) – força vinculante – súmula vinculante – recursos repetitivos – julgamento por amostragem.

SUMMARY: This text makes a critical examination of the thesis that the tendency towards the objectivization of the extraordinary appeal and the other means of incidental control of constitutionality employed by the Federal Supreme Court could result in decisions relating to incidental control also being binding. To this end, we seek above all to identify the nature of the binding force attributed to the Supreme Court's direct and concentrated decisions on the control of constitutionality, as well as the various meanings, not all of which are appropriate, used in relation to the term "binding".

KEYWORDS: Control of constitutionality – extraordinary appeal – objectivization – Federal Supreme Court – binding force – binding ruling – repeated appeals – judgement by sampling.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O significado e a natureza da força vinculante (em sentido estrito): 2.1 A força vinculante inerente a toda decisão – A força vinculante *ultra partes* como categoria relevante; 2.2 O princípio geral da extensão ampla dos efeitos das decisões judiciais; 2.3 Força vinculante e coisa julgada; 2.4 Conjugação de fatores e força vinculante como eficácia anexa; 2.5 A possível presença da coisa julgada; 2.6 Síntese do tópico – 3. Diferentes acepções de "força vinculante" (vinculação "fraca", "média" e "forte"): 3.1 Mera persuasão; 3.2 Regras de dispensa (autorizações

de simplificação); 3.3 Força vinculante propriamente dita (vinculação "forte") – 4. A concepção tradicional a respeito da eficácia das decisões no controle incidental de constitucionalidade – 5. A tendência de objetivação do recurso extraordinário e das demais sedes de controle incidental de constitucionalidade no STF – 6. A tese de que as decisões do STF em controle incidental também teriam automática força vinculante e eficácia *erga omnes* – Sua improcedência: 6.1 Objetivação não implica automática assunção de força vinculante; 6.2 Normas constitucionais no sentido oposto à tese ora criticada (arts. 52, X, e 103-A, da CF/1988); 6.3 Ausência de mutação do sentido do art. 52, X, da CF/1988 – 7. A inconveniência de uma futura extensão automática da força vinculante às decisões no controle incidental – A súmula vinculante.

1. INTRODUÇÃO

Tornou-se comum a afirmação de que, na atual ordem jurídica brasileira, a resolução incidental de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir recursos extraordinários e outras medidas alheias ao controle concentrado de constitucionalidade, teria passado a ter força vinculante e eficácia *erga omnes*.

Mas em que consiste a força vinculante? O termo é utilizado sempre em uma mesma e única acepção por aqueles que se dedicam ao tema? Existe suporte na ordem constitucional brasileira vigente para a tese acima referida? E, em caso negativo, é recomendável uma alteração constitucional para que se passe a ter aquele resultado?

Essas são as questões que aqui se pretende enfrentar.¹

2. O SIGNIFICADO E A NATUREZA DA FORÇA VINCULANTE (EM SENTIDO ESTRITO)

A noção de força vinculante é intuída na prática processual e constitucional. Em seu sentido estrito,² concerne à imposição de que uma dada decisão judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas – sob pena de afronta à autoridade e competência daquele órgão que emitiu a decisão. É eficácia inequivocamente presente nos pronunciamentos finais de mérito e nas decisões concessivas de liminares nas ações de controle direto e concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de

1. Esse artigo inclui passagens de tese inédita, com a qual o autor obteve a aprovação em concurso de livre-docência em direito processual, na Universidade de São Paulo, em 2008.
2. O termo tem sido usado em diferentes acepções, que se referem a diferentes graus de impositividade, como se vê adiante.

descumprimento de preceito fundamental...). Mas não existem formulações conceituais precisas acerca do fenômeno, de modo a enquadrá-lo nas categorias jurídicas atinentes às decisões judiciais.

O breve exame que segue toma em conta a força vinculante tal como consagrada no direito positivo brasileiro. Ou seja, reconhece-a como uma categoria "jurídico-positiva", mas procurará explicá-la à luz das categorias "lógico-jurídicas". Considerar-se-á o mecanismo conforme delineado no âmbito das ações de controle direto de constitucionalidade.

2.1 A força vinculante inerente a toda decisão – A força vinculante ultra partes como categoria relevante

Por um lado, pondere-se que a força vinculante assume uma relevância autônoma, merecedora de consideração específica, apenas quando impositivo em face daqueles que são terceiros em relação ao processo. É que, em regra, toda decisão é vinculante no que tange às próprias partes do processo. As partes ficam vinculadas aos comandos que ali lhe são dirigidos e, sendo de mérito a decisão, as funções positiva e negativa da coisa julgada implicam, respectivamente, (a) a proibição de que outro juiz torne a examinar o mesmo objeto processual entre as mesmas partes, devendo negar novo julgamento de mérito (art. 267, V, do CPC) e (b) a imposição de que qualquer juiz siga obrigatoriamente o comando sentencial anterior, ao julgar outro processo entre as mesmas partes cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve a coisa julgada material ou, ainda, ao promover a execução das decisões daquele próprio processo. Quando se fala em força ou efeito vinculante de uma decisão, quer-se destacar algo que vai além disso; que vai além das partes.

2.2 O princípio geral da extensão ampla dos efeitos das decisões judiciais

Por outro lado, os efeitos normais da sentença normalmente já são aptos a atingir terceiros. Como qualquer outro fato ou ato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente. Mais ainda, como ato jurídico do poder estatal, a sentença tem igual eficácia e valor de preceito perante todos os sujeitos da ordem jurídica.³ Reveste-se, como todo ato estatal, de presun-

3. Sobre a extensão ampla dos efeitos da sentença e sua distinção da coisa julgada, reporto-me a obra anterior (Eduardo Talamini. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005. n. 2.5 e ss., p. 96 e ss.). Tal distinção ampara-se sobretudo na obra de Liebman (v. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. A. Buzaid e B. Aires. Notas de atual. Ada Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Esp. n. 9, p. 41, n. 28, p. 89, n. 33-35, p. 123-127, e n. 38, p. 141). Consultem-se também as demais referências lá citadas e

ção de legitimidade – a qual independe da coisa julgada e, portanto, põe-se também para os terceiros. Trata-se da “imperatividade” (ou “eficácia natural”) do ato público. As relações jurídicas entre as várias pessoas não têm existência isolada. Elas subordinam-se, conectam-se, relacionam-se, umas com as outras, de diferentes modos e em diversos graus. Por isso, as vicissitudes a que se submete cada uma delas – inclusive as acarretadas por pronunciamentos judiciais – tendem a interferir sobre outras. Desse modo, a imperatividade da sentença, subjetivamente ilimitada, irá concretamente incidir sobre todas as relações e situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do *decisum*. Já a coisa julgada – a qualidade de *imutabilidade* que recai sobre os efeitos da sentença (ou mais precisamente, sobre o conteúdo do seu *decisum*) – põe-se, em princípio, apenas para aqueles que tiveram a oportunidade de participar do processo, na condição de partes. Trata-se de uma decorrência da garantia do contraditório (art. 5.º, LV, da CF/1988). Em síntese: os efeitos da sentença não se limitam às partes, mas o terceiro, na medida em que tais efeitos repercutam na sua esfera jurídica de modo a conferir-lhe interesse e legitimidade para agir, não fica impedido de buscar outro pronunciamento jurisdicional, em sentido diverso daquele emitido no processo de que não participou, sem que se lhe possa opor a coisa julgada. Caberá ao terceiro demonstrar sua razão – o que passará pela demonstração do desacerto da anterior sentença, no ponto em que os efeitos dela o atinjam.

Então, se os efeitos da sentença normalmente já se estendem a terceiros, vê-se que, para identificar, peculiarizar a força vinculante, não basta apresentá-la como uma extensão *ultra partes* de efeitos de um pronunciamento judicial.

2.3 Força vinculante e coisa julgada

Tendo em vista esse quadro – efeitos da sentença incidentes sobre terceiros; coisa julgada (indiscutibilidade do comando sentencial) em regra limitada às partes –, poder-se-ia, ainda, pretender que a força vinculante significasse meramente uma excepcional aplicação de coisa julgada *ultra partes*. Afinal, a força vinculante implica a indiscutibilidade *erga omnes* de determinada dicção judicial, dirigida aos demais órgãos aplicadores do direito. Mas há aspectos que geram dúvidas quanto à força vinculante identificar-se pura e simplesmente com uma coisa julgada *erga omnes*. Melhor dizendo: eles indicam que apenas este fenômeno não basta para explicar aquela força.

Em primeiro lugar, a coisa julgada, como já indicado, tem uma dupla função em nosso sistema: a negativa (imposição de negativa do mérito do processo

ainda a obra essencial de José Rogério Tucci (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. *passim*), que lhe é posterior.

em que o mesmo objeto se repita) e a positiva (aplicação do comando sentencial na solução de outras causas, cujo deslinde dependa logicamente da questão resolvida no *decisum* anterior). Mas a força vinculante não é associada àquela função negativa: ela se apresenta apenas como a imposição de o órgão julgador vinculado aplicar o comando vinculante.

Em segundo lugar, a força vinculante apresenta-se inclusive em decisões não transitadas em julgado e, portanto, ainda não revestidas da coisa julgada (p. ex., liminares em ações diretas). Então, a força vinculante não é pura e simplesmente a coisa julgada *erga omnes*. A extensão da coisa julgada até está intimamente relacionada com os fatores relevantes para a configuração da força vinculante – como se verá a seguir –, mas não é o elemento que a explica.

2.4 Conjugação de fatores e força vinculante como eficácia anexa

A rigor, o que confere identidade à força vinculante na ordem positiva brasileira não é unicamente um elemento isolado na eficácia natural da decisão investida de tal força nem a sua coisa julgada, mas a conjugação de uma série de fatores – a começar pela *conteúdo* do comando judicial decisório. A primeira e mais perceptível especialidade reside no objeto do *decisum* investido de força vinculante. Ele não versa sobre um conflito de interesses concreto, mas sobre uma *questão jurídica* em abstrato – algo que, usualmente, ficaria adstrito apenas à fundamentação do ato decisório. A decisão investida da força vinculante consiste em pronunciamento sobre a validade, eficácia ou a interpretação de ato normativo. Por isso, afirma-se que o processo destinado à produção de tal ato é *objetivo*: não há um conflito concreto de interesses; conseqüentemente, não há partes litigantes no sentido clássico. Na medida em que o ato normativo é geral e abstrato, a decisão a respeito dele também o é. Um comando judicial declarando a inconstitucionalidade de determinada norma tem a mesma extensão de incidência que a própria norma teria.

Mas, até esse ponto, não há propriamente uma peculiaridade. Por exemplo, no âmbito dos processos não objetivos, individuais, se um único sócio impugna uma deliberação assemblear de uma sociedade com milhares de sócios e obtém sucesso, a anulação do ato produz efeitos sobre todos os demais. A diferença está em que, neste exemplo, embora os efeitos da sentença anulatória incidam sobre todos os sócios, aqueles que não participaram do processo não ficam atingidos pela coisa julgada. Daí que podem, caso lhes interesse, promover nova ação pleiteando a validade daquela mesma deliberação – e os juízes desses novos

processos, tendo em vista os estritos limites subjetivos da coisa julgada, não ficarão vinculados ao quanto decidido no anterior.⁴

De todo modo, a diferença entre tais casos e os processos objetivos com decisões com força vinculante não está meramente em um alcance *erga omnes* da coisa julgada nesses últimos. Como já indicado, isso não explicaria por que, mesmo antes da coisa julgada, tais processos já são aptos a produzir decisões com força vinculante. A explicação envolve outros aspectos.

Além de o efeito estender-se à generalidade das pessoas por força do caráter geral do ato sobre o qual recai o *decisum*, há ainda os seguintes fatores a considerar:

a) a competência é concentrada em um único órgão: não há uma multiplicidade de juízes e tribunais habilitados competencialmente para examinar aquela mesma questão de direito em via direta e abstrata. Todos os órgãos jurisdicionais estão, em princípio, habilitados a decidir de modo estritamente incidental as questões jurídico-abstratas necessárias à solução da causa, inclusive as atinentes à interpretação e à compatibilidade constitucionais das normas jurídicas (e é essa competência difusa, aliás, que explica a necessidade de existir o mecanismo da força vinculante em decisões do órgão que exerce a competência de exame em via direta e abstrata). Mas, em regra, não o podem fazer de modo direto, como objeto principal e último do processo;

b) a via processual utilizável é tipicamente fechada. Ou seja, mais do que caber um instrumento especial, há um veto ao emprego das vias ordinárias de tutela;⁵ e, eis o dado mais importante;

c) a decisão ali produzida não tem mera eficácia declaratória acerca da questão de direito, mas também uma *eficácia anexa* impositiva da aplicação do comando declaratório, dirigida especificamente a outros órgãos estatais aplicadores do direito. Pode-se, inclusive, aludir a algum grau de força mandamental nessa eficácia impositiva. Lembre-se que nos pronunciamentos judiciais convive uma pluralidade de efeitos, e a intensidade de cada um deles nem sempre é a mesma. Quando aqui se indica “algum grau” de mandamentalidade, tem-se, em vista, o fato de que, se o pronunciamento revestido da força vinculante não for observado por algum dos demais órgãos estatais aos quais essa se dirige, haverá desrespeito à autoridade do tribunal emissor daquela decisão – e caberão providências diretas e específicas para eliminar essa afronta. Mas é uma carga mandamental limitada. O descumprimento da dicção com força vinculante não

4. Quanto ao tema, remeto mais uma vez a obra anterior (Eduardo Talamini, *Coisa julgada...* cit., p. 98-104).

5. Remeto ao quanto expus em *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. n. 19.1, p. 432.

implicará uma desobediência em seu grau maior, como a que se tem, por exemplo, quando a autoridade coatora não cumpre a liminar ou a sentença no mandado de segurança. Por outro lado, é uma eficácia *anexa*, porque não depende da existência de uma específica pronúncia nesse sentido no comando decisório. Não é preciso que a decisão expressamente afirme sua força vinculante para que os demais órgãos tenham de observá-la. É a própria norma constitucional que atribui essa eficácia à decisão, considerando-a como um fato jurídico.⁶

Reitere-se que essa eficácia anexa, por si só, não basta para a compreensão do efeito vinculante. Ele deriva da conjugação dos vários aspectos. Por um lado, a eficácia declaratória da questão jurídica, com alcance *erga omnes*, é o substrato da eficácia anexa. Por outro, a exclusividade da competência e a tipicidade da via é que conferem operacionalidade ao mecanismo da vinculação (propriamente dita), em nosso sistema. Não é hipoteticamente inviável que uma multiplicidade de órgãos, por uma variedade de vias, estejam habilitados à emissão de pronúncias sobre a mesma questão que tenham caráter obrigatório para outros órgãos. Porém, em uma tal hipótese tem-se um verdadeiro sistema de precedentes – dentro do qual cada órgão julgador passa a ter de tomar em conta uma pluralidade de julgados anteriores, tendo de definir pelos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierarquia, especialidade, temporalidade) a quais pronunciamentos anteriores deve vincular-se.⁷ O modelo brasileiro – de mera atribuição de força vinculante a determinadas decisões de controle jurisdicional abstrato – permanece alheio ao sistema de precedentes.

2.5 A possível presença da coisa julgada

Descartou-se, acima, que a coisa julgada seja o mecanismo decisivo para a configuração da força vinculante. Isso não significa, contudo, negar que as decisões revestidas de força vinculante possam fazer coisa julgada material – desde que não se perca de vista o modo como um tal instituto, típico do processo

6. Sobre a sentença como fato jurídico, a gerar efeitos por força de sua simples existência nos termos previstos na lei, confira-se Calamandrei. *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*. In: M. Cappelletti (org.). *Opere giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976. *passim*. O enquadramento da força vinculante na categoria da eficácia anexa – tal como aqui sugerido – não é feito pela doutrina constitucional nem processual. No entanto, guarda consonância com a ideia – corrente no direito constitucional alemão, por exemplo – de que a força vinculante consiste em um acréscimo ou ampliação de eficácia da decisão, derivado de expressa previsão normativa (§ 31, I, BVerfGG).

7. Esse é o sistema da *common law*. Para uma exame da relação entre a hierarquia dos tribunais e o *stare decisis* nos direitos inglês e americano, vide Victoria Iturralde Sesma. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995. cap. 1, n. II.4, p. 39-67, e cap. 2, n. 3, p. 142-158.

tradicional, pode operar no processo objetivo. Essa possibilidade dependerá do específico regime de direito positivo. Não há, porém, nenhuma incompatibilidade essencial entre os dois institutos – ressaltando-se, apenas e obviamente, que a coisa julgada, tal qual a generalidade dos institutos processuais, não tem como ser configurada, nos processos objetivos, em termos exatamente idênticos àqueles em que o é no processo tradicional.

Por exemplo, se uma ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto determinada norma já foi julgada definitivamente procedente, uma posterior ação declaratória da constitucionalidade daquela mesma norma esbarrará no óbice da coisa julgada. Poder-se-ia contra-argumentar que, nesse exemplo, a impossibilidade da posterior ação declaratória seria uma mera decorrência lógica da circunstância de que, com a pronúncia direta de inconstitucionalidade, a norma inconstitucional foi retirada do ordenamento – de modo que um pronunciamento tardio sobre uma pretensa constitucionalidade dela não teria como ressuscitá-la, repriminá-la.⁸ Mas basta alterar um tanto o exemplo para evidenciar a presença da coisa julgada. Imagine-se que na primeira ação tenha havido declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto – permanecendo o dispositivo legal em vigor no ordenamento. Mesmo nessa hipótese, não caberá em princípio uma subsequente ação declaratória da constitucionalidade daquela exata interpretação normativa que já se reputou inconstitucional. Para que tal ação fosse admissível, seria indispensável uma *alteração de circunstâncias fáticas* que implicassem mudança na conformação constitucional da questão. Essa possibilidade, a rigor, não abala a “coisa julgada” na ação direta. A modificação dos fatos gera um novo panorama, de modo que o controle exercido pelo STF, na segunda ação direta, estará recaindo sobre um objeto distinto daquele anteriormente examinado. Se fosse para utilizar a dicção tradicional acerca das ações (de discutível aplicação às “ações” diretas), falaríamos em “nova causa de pedir”, de modo que o novo pronunciamento não estaria atingindo a “coisa julgada” da ação direta anterior.

A função negativa da coisa julgada normalmente não se faz notar – no exercício da força vinculante em face dos demais órgãos judiciários, mesmo quando a decisão vinculante já é definitiva – por conta da concentração da

8. STF, AR 878-SP, Pleno, j. 19.03.1980, m.v., rel. Min. Rafael Mayer, DJU 06.06.1980, pub. em RTJ 94/01. Tal decisão tratava da impossibilidade de revisão, pelo Supremo, do seu entendimento de que uma norma é inconstitucional, depois de ela já haver sido “suspensa” pelo Senado. Mas tais argumentos são aplicáveis também à hipótese em exame, pois a retirada da norma do ordenamento pelo Senado equipara-se à levada a efeito pelo próprio Supremo na ação direta. No mesmo sentido, no direito português: Paulo Otero. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. n. 22.3, p. 97.

competência para o processo objetivo em um único órgão, somada à tipicidade fechada de instrumentos processuais utilizáveis (cuja legitimação ativa, de resto, é normalmente restrita). Então, os outros órgãos judiciários não detêm jamais competência para se pronunciar, de modo direto, exatamente sobre aquele mesmo objeto já decidido (a questão jurídica atinente à validade, eficácia ou interpretação de uma norma) – hipótese em que, se fossem competentes, teriam de aplicar a coisa julgada em sua função negativa (i.e., teriam de se negar a examinar o mérito, por já haver coisa julgada). Se forem provocados a exercer uma tal tarefa (de pronunciamento em via direta e principal sobre uma questão jurídica abstrata sobre validade, eficácia ou interpretação de ato normativo), terão de recusar uma pronúncia de mérito por inadequação da via, incompetência absoluta e, no mais das vezes, também ilegitimidade ativa. Ou seja, nem poderão chegar ao ponto de aplicar eventual eficácia negativa da coisa julgada.

Já a função positiva da coisa julgada será aplicável. Quando a questão de direito já decidida definitivamente no processo objetivo for matéria de conhecimento incidental, os demais órgãos judiciários terão de seguir a solução já estabelecida naquele processo. Se não o fizerem, incidirão em afronta não apenas à força vinculante da decisão, mas à própria autoridade da coisa julgada.

Enfim, a coisa julgada não constitui a própria força vinculante. Não é indispensável para que essa se estabeleça. Nada impede, porém, que o comando judicial ao qual se imputa a força vinculante, possa ser acobertado pela coisa julgada.

2.6 Síntese do tópico

Em suma, a força vinculante (em sentido estrito), identificada em decisões proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade pelo STF, é fruto da *conjugação* da eficácia geral e abstrata do comando decisório produzido no processo objetivo (características essas derivadas do objeto, também geral e abstrato, do processo objetivo) com a imputação de uma eficácia anexa com certa carga mandamental, que impõe a outros órgãos aplicadores do direito o dever de seguir aquela solução ali adotada. Tal pronunciamento é resultante do exercício de uma via processual típica, de competência concentrada.

Portanto, a força vinculante constitui um mecanismo jurídico-positivo autônomo, *sui generis*. Mas não é ele explicável como um fenômeno jurídico *sui generis*. Enquadra-se na categoria dos efeitos das decisões judiciais.

3. DIFERENTES ACEPÇÕES DE "FORÇA VINCULANTE" (VINCULAÇÃO "FRACA", "MÉDIA" E "FORTE")

A rigor, a expressão "força vinculante" deve ser reservada para designar o fenômeno examinado no item anterior. Não se ignora, porém, uma tendência de utilização indiscriminada dos termos "vinculação", "força vinculante" ou "eficácia vinculante" em referência a hipóteses alheias àquela acima descrita.

Assim, identificam-se pelo menos três diferentes significados para o termo "vinculação", no que concerne à força de um pronunciamento judicial em face de outros órgãos julgadores. Essas três acepções correspondem a diferentes graus de impositividade que pode ser assumida por uma determinada dicção judicial.

3.1 Mera persuasão

Em um primeiro sentido, o termo "vinculação" é utilizado para designar a mera força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial.⁹ Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *civil law*. O precedente funciona, então, como mero argumento de autoridade – invocado pelas partes para influenciar a formação da convicção do órgão julgador, ou invocado pelo julgador para fundamentar sua decisão. Pode-se aludir, nessa hipótese, a uma "vinculação fraca".

3.2 Regras de dispensa (autorizações de simplificação)

Em uma segunda acepção, alude-se a "eficácia vinculante" em referência a hipóteses em que, tendo em vista a existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza aos órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo.¹⁰ Considerem-se os seguintes exemplos:

9. Nesse sentido, por exemplo, Mitidiero e Marinoni aludem a uma "vinculação persuasiva" (*Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo. Ed. RT, 2007. n. 3.2, p. 61).

10. Por exemplo, empregam o termo "efeito (ou eficácia) vinculante" para se referir a casos que se enquadram no fenômeno ora descrito: Gilmar Mendes e Samantha Pflug. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*. In: S. R. T. Renault e P. Bottini, (orgs.). *Reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005. n. 1, p. 330;

i) as regras que autorizam o relator a decidir monocraticamente recursos respaldados em súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunais Superiores (art. 38 da Lei 8.038/1990; art. 557 do CPC, na redação que lhes deram as Leis 9.139/1995 e 9.756/1998; art. 544, § 4.º do CPC, na redação que lhes deram as Leis 8.950/1994 e 12.322/2010);

ii) a regra que dispensa o órgão fracionário do tribunal de remeter a questão de constitucionalidade para o seu plenário ou órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/1988, quando já há anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF (art. 481, parágrafo único, do CPC, na redação que lhe deu a Lei 9.756/1998);

iii) a regra que autoriza o órgão *a quo* a não receber apelação que esteja em desconformidade com súmula do STJ ou do STF (art. 518, § 1.º, do CPC, renumerado pela Lei 11.276/2006);

iv) as regras que autorizam o órgão *a quo* a não conhecer do recurso extraordinário por falta de repercussão geral quando já houver um prévio pronunciamento do STF nesse sentido, em outro recurso tratando de questão constitucional idêntica (arts. 543-A, § 5.º, e 543-B, § 2.º, do CPC, acrescidos pela Lei 11.418/2006);

v) as regras que autorizam o órgão *a quo* a retratar-se em recurso extraordinário, ou julgá-lo prejudicado, quando a mesma questão constitucional ali versada já houver sido decidida no mérito pelo STF (decisão-quadro), em um recurso-amostra (art. 543-B, § 3.º, do CPC, acrescido pela Lei 11.418/2006);

vi) as regras que conferem idêntica autorização ao órgão *a quo*, relativamente ao recurso especial, em face de uma decisão-quadro do STJ (art. 543-C, § 7.º, do CPC, acrescido Lei 11.672/2008);

vii) regras que dispensam procuradores do Poder Público em juízo da propositura de ações e recursos quando a pretensão for contrária a decisões reiteradas do STF ou dos Tribunais Superiores (art. 4.º da Lei 9.469/1997) ou a "declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos Tribunais Superiores" (art. 131 da Lei 8.213/1991).

Fernando Scaff e Antonio Maués. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In: Teresa Arruda Alvim Wambier et al (orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005. n. 3.4.4, p. 238.

Nessas hipóteses, não há a obrigatoriedade da adoção de tais medidas de sumarização procedimental. As regras em questão *autorizam* tal encaminhamento. Não o impõem. Não são regras de imposição, mas, pelo contrário, de *dispensa* de determinada imposição. Portanto, também nessa hipótese o emprego do termo “vinculação” é impróprio.

Não há como equiparar essas hipóteses à força vinculante propriamente dita. O órgão que deixa de dar aplicação a tais regras não afronta a autoridade do tribunal do qual provém o precedente, a súmula ou a jurisprudência dominante (exceto, obviamente, se houver pronunciamento revestido da força vinculante em sentido estrito¹¹). Há vários indicativos nesse sentido:

a) na hipótese “i”, não cabe reclamação contra a decisão do relator que, em vez de rejeitar monocraticamente o recurso, submete-o ao colegiado;

b) ainda na hipótese “i”, nem é preciso haver precedente, súmula ou jurisprudência predominante para que o relator esteja autorizado a monocraticamente rejeitar o recurso: basta que esse seja “manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente” ou “manifestamente inadmissível”. Portanto, a autorização deriva da evidente inadmissibilidade ou improcedência – das quais a contrariedade a precedente, súmula ou jurisprudência predominante é apenas uma explicitação didática;

c) na hipótese “ii”, o órgão fracionário está dispensado da instauração do incidente de declaração de inconstitucionalidade, mas nada o impede de remeter a questão ao plenário ou ao órgão especial;¹²

d) nas hipóteses “iii” a “vi”, a admissão do recurso também não autorizará o emprego de reclamação: a questão haverá de resolver-se no julgamento do próprio recurso, perante o órgão *ad quem*;

11. Por exemplo, ao julgar, pelo procedimento de amostragem, o RE 565.714 (Pleno, j. 30.04.2008, v.u., rel. Min. Cármen Lúcia), o STF também editou a Súmula Vinculante 4, que tem por objeto a mesma questão constitucional decidida naquele recurso. Nesse caso, a solução impor-se-á de modo vinculante propriamente dito, mas por força da súmula e não das regras resumidas em “v”, acima.

12. Nesse sentido, entre outros: Nelson Nery Jr. e Rosa Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. n. 5 ao art. 481, p. 768; Sérgio G. Porto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. n. 4, vol. 6, p. 274; Rodrigo Barioni. Incidente de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais: a regra da reserva de plenário. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. n. 4, p. 930-931.

e) aliás, na hipótese de autorização da retratação em recurso especial ou extraordinário, quando a decisão recorrida estiver em desacordo com a decisão-quadro (“v” e “vi”, acima), a própria lei trata expressamente da possibilidade de o órgão *a quo* não se retratar (arts. 543-B, § 4.º, e 543-C, § 8.º do CPC);

f) a regra indicada em “ii”, acima, refletiu uma anterior jurisprudência do STF. Mas é notável que vários dos Ministros que contribuíram para essa orientação (no sentido de que, se já há pronunciamento do Plenário acerca da inconstitucionalidade da norma, é dispensável a instauração do incidente do art. 97 da Constituição) rejeitam, contudo, a tese de que a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Pleno do STF teria, por si só, força vinculante propriamente dita.¹³ Vale dizer, reputam tratar-se de fenômenos distintos, com alcances diversos.

De todo modo, pode-se falar em uma “vinculação média” nos casos ora em discurso: há, além da força persuasiva a que se aludiu antes, um regime jurídico que expressamente atribui consequências especiais ao precedente ou à orientação jurisprudencial. Além disso, a ampliação de tais hipóteses, no curso dos anos, retrata a intensificação da importância atribuída à jurisprudência em nosso sistema, em prol da economia processual e da segurança jurídica. Os valores subjacentes e os fins visados são em larga medida os mesmos da eficácia vinculante propriamente dita.

3.3 Força vinculante propriamente dita (vinculação “forte”)

A força vinculante em sentido estrito vai além dos dois fenômenos examinados nos subitens anteriores. Reitere-se: é a própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante essa tribunal, para a preservação de sua autoridade). Como antes indicado, essa é a eficácia presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (arts. 102, §§ 1.º e 2.º, e 103-A, da CF/1988; arts. 11, § 1.º, 12-F, § 1.º, 21, 28,

13. Basta cotejar, p. ex., o voto do Min. Pertence, como relator, no RE 191.898 (1.ª T., v.u., j. 27.05.1997, DJU 22.08.1997), defendendo a primeira tese, com seu voto na Rcl 4.335 (na sessão de 19.04.2007, noticiado no *Informativo STF* 463/2007).

parágrafo único, da Lei 9.868/1999; arts. 5.º, § 3.º, e 10, § 3.º, da Lei 9.882/1999; art. 2.º da Lei 11.417/2006).

Eis a força vinculante propriamente dita – fenômeno inconfundível com os dois antes descritos; o único que, a rigor, merece tal denominação. Pode-se chamá-lo de vinculação “forte” apenas para distingui-lo das hipóteses em que o termo é usado impropriamente.

Há essa exata eficácia na resolução incidental de questões constitucionais pelo STF?

4. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL A RESPEITO DA EFICÁCIA DAS DECISÕES NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Tradicionalmente se tem reconhecido que a afirmação incidental de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, ainda quando pronunciada pelo STF, não tem por si só eficácia *erga omnes* nem força vinculante. Para o caso concreto ali julgado, a constatação da inconstitucionalidade produzirá, em princípio, efeitos *ex tunc* (cabendo aqui a ressalva quanto à excepcional proteção de situações antes constituídas). Todavia, não ultrapassará o objeto do processo em que se der. Trata-se de noção de há muito estabelecida.¹⁴ Nesse ponto, o modelo brasileiro de controle incidental diferencia-se do americano, que o inspirou. É que nos Estados Unidos o poder judicial de controle *incidenter tantum* é conjugado com o princípio do *stare decisis*, pelo qual os precedentes tornam-se vinculantes, dentro de certos limites. Ou seja, a eventual eficácia sobre outros casos não é uma peculiaridade do controle de constitucionalidade, mas uma *característica geral* do direito anglo-saxão. Nesse ponto, o ordenamento brasileiro filia-se a outro modelo.

A Constituição veicula regra expressa a respeito do tema. Ao constatar a inconstitucionalidade de norma no exame de caso concreto, o Supremo precisará solicitar ao Senado Federal a retirada da regra do ordenamento. É o que prevê o art. 52, X, da CF/1988, ao atribuir ao Senado a competência privativa para “suspender

14. V., p. ex., STF MS 16.519, j. 20.06.1966, rel. Min. Luiz Galotti, DJU 09.11.1966; RE 108.873, j. 08.09.1987, rel. Min. Djaci Falcão, DJU 09.10.1987. Na doutrina, cf., entre outros: Ruy Barbosa. *As nulidades e a Justiça Federal. Atos inconstitucionais*. Campinas, Russel, 2003. n. III, p. 102; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. n. 33-35, p. 84-87; Oswaldo A. Bandeira de Mello. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980. 2.ª parte, passim; José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. parte 1, tít. I, cap. II, n. 15, p. 57.

a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF”. “Suspende”, nesse dispositivo, tem o sentido de providência definitiva e não provisória. É a própria supressão da regra do ordenamento. Pode ser retroativa (normalmente o será), não constituindo simples revogação daquele momento em diante.¹⁵ Por outro lado, o dispositivo emprega “lei” na acepção de qualquer ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal.¹⁶

Como já indicado, a figura da “suspensão” da norma pelo Senado foi introduzida pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) precisamente como forma de permitir a extensão do reconhecimento da inconstitucionalidade em via incidental a outros casos. Lembre-se que na época não existia o controle direto e abstrato de inconstitucionalidade, instituído pela Ec 16/1965. Em 1977, o Supremo firmou o entendimento de que a regra da suspensão pelo Senado, reiterada nas Constituições de 1946 e 1967/1969, só se aplicava ao controle incidental.¹⁷ O fundamento dessa conclusão estava na eficácia *erga omnes* de que já se reveste, por si só, a decisão na ação direta. Confirmou-se, assim, a eficácia *inter partes* do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade.

Prevalece o entendimento de que o poder de “suspensão” do Senado é “discricionário”, no sentido de eminentemente político. A casa legislativa não está vinculada à decisão do Supremo. Não tem prazo para apreciar a questão. Mais ainda, ao apreciá-la, pode decidir por não retirar a norma do ordenamento. Assim, já houve ocasião em que o Senado negou-se a “suspender a execução da lei” (a) por reputar que a conclusão pela inconstitucionalidade, definida no Su-

15. Respeitável parcela da doutrina sustenta a eficácia *ex nunc* do ato (v.g., Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. Maria Garcia. São Paulo: Forense Univ., 1991. cap. VI, n. 7.2, p. 432-433; Oswaldo A. Bandeira de Mello, op. cit., p. 211; José Afonso da Silva, *Curso cit.*, p. 57; Lenio Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. n. 10.2.2, p. 480-481). Mas não é esse o entendimento do Senado Federal (Parecer 154/1971, rel. Sen. Accioly Filho, RIL 48/265) nem do STF (RMS 17.976, 3.ª T., j. 13.09.1968, v.u., rel. Min. Amaral Santos, RDA 105/111). Na doutrina, no sentido do texto, vide: Gilmar F. Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990. tít. III, cap. II, p. 209-214; Clèmerson Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. n. 2.2.1.7, p. 122-124; Teori Zavascki. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2001. n. 1.4, p. 32.

16. V., por todos, Clèmerson Clève, op. cit., p. 118-120.

17. STF, Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, Sessão Adm. 19.06.1974, DJU 16.05.1977; Parecer do Min. Moreira Alves, Sessão Adm. 11.11.1975, DJU 16.05.1977; determinação do Presidente do STF, Min. Thompson Flores, de 18.04.1977 (RIL 57(305)/260); alteração do RISTF (art. 178), em 15.10.1980.

premo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma.¹⁸ E o Supremo reputa legítima essa autonomia de deliberação do Senado. O único limite reside na impossibilidade de o Senado voltar atrás e pretender revogar a resolução por meio da qual ele já retirou a norma do ordenamento.¹⁹⁻²⁰

Como decorrência do seu caráter político, a “suspensão da execução” pode ser *parcial*.²¹ Essa possibilidade está expressa no próprio art. 52, X, da CF/1988.

18. Eis os fundamentos apresentados pelo Senado, p. ex., ao recusar-se a “suspender a execução” da norma declarada inconstitucional no RE 150.764/PE.
19. MS 16.512-DF, Pleno, j. 25.05.1966, m.v., rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 38/5; Rcl 691, Pleno, j. 25.05.1966, m.v., rel. Min. Medeiros Silva, DJU 24.08.1966; MS 16.519, Pleno, j. 20.06.1966, m.v., rel. Min. Luiz Galotti, DJU 09.11.1966; Representação 1016-SF, j. 20.09.1979, voto do relator, Min. Moreira Alves, RTJ 95/993.
20. Na doutrina, há ampla gama de entendimentos sobre o assunto, que poderia ser sintetizada na seguinte escala: (a) o Senado está completamente vinculado à decisão do Supremo (era a tese defendida por Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 145, e recentemente adotada por Sérgio G. Porto e D. Ustároz. “A repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário (inovações procedimentais da Lei 11.418 e na Emenda Regimental 21 do STF)” . In: Teresa Arruda Alvim Wambier et al (orgs.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Prof. Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2008. n. 2, p. 1492); (b) o Senado pode examinar apenas a regularidade formal da comunicação que lhe foi feita (Buzaid, op. cit., p. 89; Zeno Veloso. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. n. 58, p. 57-58; Lenio Streck, op. cit., p. 483); (c) o Senado pode reexaminar o mérito do reconhecimento de inconstitucionalidade, mas em um exame que haveria de ser precipuamente jurídico e não político (Celso Bastos. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, n. 29, vol. 22, p. 106); (d) o Senado está livre para, por razões políticas, deixar de “suspender” a norma (Themistocles Cavalcanti. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. cap. XV, p. 170; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., p. 207; Michel Temer. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. parte I, cap. III, p. 44; Moreira Alves. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Sálvio Teixeira (org.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. n. 1, p. 5; Gilmar F Mendes, *Controle cit.*, p. 214-216 [que atualmente defende orientação diversa, como se vê a seguir e mais adiante, no Cap. 6]; Clèmerson Clève, op. cit., p. 121-122; Luís Roberto Barroso. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: D. Sarmento (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. n. 7, p. 250). Esse último – repita-se – é o entendimento do Senado e do Supremo, de há muito, e parece o mais compatível com a função institucional do Senado e com a própria razão de ser da regra do art. 52, X, da CF/1988.
21. Michel Temer, op. cit., p. 44; Clèmerson Clève, op. cit., p. 121.

Ao prever a possibilidade de o Senado “suspender a execução, *no todo ou em parte*”, da “lei” declarada inconstitucional, a Constituição *não* está pretendendo indicar que, se a declaração de inconstitucionalidade for parcial, apenas essa parte poderá ser “suspensa”, e não o resto, tido por constitucional. Tal previsão seria supérflua: o Senado jamais poderia “suspender” a parte do ato normativo que não é inconstitucional. Portanto, o significado da ressalva é necessariamente outro: autorizar o Senado a “suspender” apenas uma *parte* da norma que o Supremo considerou inconstitucional. Consequentemente, o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade. De resto, a expressa menção à possibilidade de retirada “em parte”, certamente abrange o aspecto temporal.

Em linhas gerais, esse é o mecanismo constitucionalmente fixado para a atribuição de eficácia *erga omnes* aos pronunciamentos de inconstitucionalidade incidentalmente proferidos pelo Supremo. Trata-se de modelo muito criticado pela doutrina atual.²² Remonta a época em que muito se temia a atribuição de poderes excessivos aos juízes. Não se coaduna com a gama de poderes atualmente conferidos ao Judiciário, inclusive no próprio campo do controle de constitucionalidade.

Por isso, de há muito se sugeria mudança na Constituição, para que, dentro de certas condições, diretamente se emprestasse à declaração incidental do Supremo, eficácia geral. Há quem considere que a EC 45/2004, ao criar a súmula vinculante, estabeleceu o mecanismo hábil para tanto.²³ Mas há também quem sustente que teria havido, nos últimos anos, um processo informal de mutação constitucional: independentemente de reforma da Constituição, o papel do Senado teria se tornado de mero publicador da decisão tomada pelo STF em sede de controle incidental, a qual teria, por si só, eficácia *erga omnes* e força vinculante.²⁴ Esses dois pontos de vista serão adiante confrontados.

22. Vide, v.g., Clèmerson Clève, op. cit., p. 124-125; Zeno Veloso, op. cit., p. 58.
23. Veja-se, por exemplo, o voto do Min. Pertence na já referida Rcl 4.335 (na sessão de 19.04.2007, noticiado no *Informativo STF* 463, 16-20.04.2007).
24. É o entendimento do Min. Gilmar Mendes, externado em sua atuação judicante no STF (v., por exemplo, o seu voto também na Rcl 4.335, na sessão de 01.02.2007, noticiado no *Informativo STF* 454/2007) e em sede doutrinária (O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa* 162/2004, passim).

5. A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DAS DEMAIS SEDES DE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Identifica-se clara tendência de objetivação do recurso extraordinário, a partir de um conjunto de inovações normativas constitucionais e infraconstitucionais e de orientações jurisprudenciais: pressuposto da repercussão geral para o recurso extraordinário (art. 102, § 3.º, da CF/1988, acrescido pela EC 45/2004); atenuação de exigências meramente formais para o recurso extraordinário;²⁵ redimensionamento da exigência de prequestionamento;²⁶ técnica de julgamento por amostragem, apta a produzir uma decisão-quadro aplicável à generalidade de recursos que versem sobre questão idêntica (art. 543-B, § 3.º, do CPC, acrescido pela Lei 11.418/2006); admissão de *amicus curiae* dada a relevância do julgamento para outros processos (art. 482, §§ 2.º e 3.º, do CPC, acrescidos pela Lei 9.868/1999; art. 543-A, § 6.º, do CPC, acrescido pela Lei 11.418/2006)... Tal tendência tem sido notada em sede doutrinária e pelo próprio STF, na fundamentação de algumas de suas decisões.²⁷

A rigor, como antes indicado, o recurso extraordinário sempre teve um caráter precipuamente objetivo, tendo em vista sua função de assegurar o cum-

25. Por exemplo, RE 298.694-SP (Pleno, j. 06.08.2003, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 23.04.2004), RE 298.695-SP (Pleno, j. 06.08.2003, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.10.2003), RE 300.020-SP (Pleno, j. 06.08.2003, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.10.2003), todos noticiados no *Informativo STF* 315/2003.

26. Vg., AI no AgRg 375.011, 2.ª T., j. 05.10.2004, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU 28.10.2004.

27. Na doutrina, v., por todos, Fredie Didier Jr. Transformações do recurso extraordinário. In: B. Freire e Silva e R. Mazzei (orgs.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006. n. 2, p. 237-243, e Didier Jr. e Leonardo da Cunha. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Podium, 2007. cap. VII, n. 17.9, vol. 3, p. 274-280. Nos julgados do STF, v. voto do Min. Gilmar Mendes no processo administrativo que aprovou a instituição do julgamento por amostragem de recursos extraordinários contra decisões dos Juizados Especiais Federais (ER 12/2003 – Processo Administrativo 318.715, citado por Wagner Madoz. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *RePro* 119/77). Ver também RE em MC 376.852, Pleno, j. 27.03.2003, m.v., rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 13.06.2003 (tratando do modo de processamento do recurso proveniente do Juizado Especial Federal, antes da ER 12/2003); MC 272-9, Pleno, j. 06.10.2004, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 25.02.2004 (cautelar em recurso especial proveniente dos Juizados Especiais Federais, sustentando os demais recursos que versavam sobre questão idêntica); e o já mencionado RE 300.020-SP, Pleno, j. 06.08.2003, m.v., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.10.2003.

primento e harmonizar as interpretações das normas constitucionais. O que ora se nota é uma intensificação dessa característica.

O contraste entre a objetivação do recurso extraordinário e a tutela da posição do recorrente (i.e., seu interesse subjetivo) não é de todo modo uma exclusividade dessa espécie recursal. Essa tensão está presente em toda a atividade jurisdicional. Basta considerar a antiga discussão acerca da finalidade da jurisdição: tutela do direito objetivo ou tutela de direitos subjetivos.²⁸ O exercício de todo e qualquer instrumento processual está sujeito também a pressupostos de ordem pública, que escapam da esfera subjetiva do seu titular. Sob esse aspecto, o que se tem no recurso extraordinário é algo apenas quantitativamente, não qualitativamente, diverso do que se passa em relação a outras medidas processuais.

Por outro lado, veja-se que não é completamente eliminável a carga subjetiva do recurso extraordinário. É impossível uma objetivação absoluta. Por mais que a Corte anteveja uma questão constitucional relevante quanto ao mérito, não tem como desconsiderar pressupostos como tempestividade, o preparo... Mais ainda, o *pressuposto do interesse processual* é também aferido no recurso extraordinário: imagine-se a hipótese (não incomum na prática) em que o Tribunal constata que, se declarar incidentalmente inconstitucional a norma tributária ora vigente, que foi atacada pelo contribuinte, recorrente e autor da ação, tornará a vigorar norma anterior que impõe alíquota ainda maior. Nesse caso, falta interesse para o recurso (e para a própria ação) – e o tribunal deve abster-se de conhecer do mérito, ainda que evidente a inconstitucionalidade da norma atual.

6. A TESE DE QUE AS DECISÕES DO STF EM CONTROLE INCIDENTAL TAMBÉM TERIAM AUTOMÁTICA FORÇA VINCULANTE E EFICÁCIA *ERGA OMNES* – SUA IMPROCEDÊNCIA

Tendo em vista tanto a tendência de objetivação do recurso extraordinário, quanto o progressivo fortalecimento do controle direto de constitucionalidade (hipótese em que o STF independe de qualquer outro órgão para produzir decisões gerais e vinculantes), autorizada doutrina tem defendido que as decisões do STF proferidas em controle incidental de constitucionalidade também já teriam, em si mesmas, força vinculante e eficácia *erga omnes*.²⁹ Teria havido um

28. Ver a respeito Bueno Vidigal. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Saraiva, 1965. n. 27-38, p. 137-143.

29. Didier Jr. (Transformações... cit., n. 2, p. 243), Didier Jr. e Leonardo da Cunha (*Curso* cit., p. 274-280); Gilmar Mendes. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade:

processo informal de mudança da Constituição, pelo qual o art. 52, X, teria sofrido uma alteração de seu significado: a intervenção do Senado não se destinaria mais a retirar (“suspender”) a norma do ordenamento, mas apenas a tornar pública a decisão do STF tomada no controle incidental – essa por si só já apta a ter eficácia *erga omnes* e força vinculante.³⁰

A objetivação do recurso extraordinário e a ampliação do controle direto são fenômenos indiscutíveis. Mas isso não autoriza afirmar que na ordem vigente as decisões do STF em controle incidental tenham automática eficácia *erga omnes* e força vinculante em sentido estrito.

6.1 Objetivação não implica automática assunção de força vinculante

Não há identidade entre os fenômenos da objetivação do recurso extraordinário e da (pretensa) força vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões sobre ele tomadas. A objetivação funda-se em outras razões e é apta a conduzir a outros resultados, que não necessariamente esse da vinculação “forte” (v. n. 2 e 3.3, acima).³¹ Há um salto lógico entre a constatação da objetivação do recurso extraordinário e a afirmação de que as decisões do STF em controle incidental têm força vinculante em sentido estrito. Uma coisa não implica necessariamente a outra. Apenas os traços acima identificados, que retratam uma indiscutível objetivação dessa espécie recursal, não permitem, por si sós, afirmar que doravante as decisões tomadas STF em controle incidental assumem força vinculante e eficácia *erga omnes*. Seria necessário identificar outros elementos para se poder chegar a essa conclusão. Mas não só esses tais outros aspectos não são identi-

quinze anos de experiência. In: J. A. L. Sampaio (org.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 207; O papel do Senado... cit., passim (v. também as referências no tópico anterior, relativas a votos de Mendes na condição de Ministro do STF). No entanto, o próprio Gilmar Mendes, em texto contemporâneo a esses outros, afirma em dada passagem a necessidade de intervenção do Senado (Passado e futuro... cit., p. 365) e cogita do emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental para conferir força vinculante à decisão no controle incidental (n. 4, p. 375).

30. Gilmar Mendes, O papel do Senado..., cit., p. 165.

31. Como escreve Cândido Dinamarco, exige-se repercussão geral “não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante” (O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: S. R. T. Renault e P. Bottini (org.). *Reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, n. XIII, p. 300-301).

ficáveis na ordem constitucional vigente, como ainda se apresentam outros no sentido oposto.

Considerem-se, um a um, os sintomas da objetivação apresentados de modo bastante perspicaz por Fredie Didier Jr.³² Nenhum deles impõe ou pressupõe – necessariamente – a vinculação “forte”. Confira-se:

a) O procedimento de julgamento do recurso extraordinário por amostragem, previsto, quando Didier escreveu, apenas para “o recurso interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais”³³ – e agora admissível em qualquer hipótese em que houver grande número de recursos sobre a mesma questão.

Resposta: como já indicado antes, não há, nessa hipótese, vinculação propriamente dita (“forte”). Não há determinação aos demais órgãos do Judiciário (e muito menos da Administração Pública) de adoção de um dado entendimento em casos ainda por julgar. Trata-se não propriamente de vinculação dos órgãos inferiores, mas de possível extensão do resultado do julgamento a outros recursos extraordinários que viriam a ser julgados *pelo próprio STF*. Tanto não há vinculação “forte” que os órgãos *a quo*, onde ficaram retidos os recursos extraordinários, podem se retratar... ou não – conforme expressamente prevê a própria lei. Ora, se não se impõe uma tal vinculação nem ao destinatário direto da norma, como supor a existência de força vinculante em sentido estrito para os demais órgãos? Há apenas vinculação “média”: uma autorização de simplificação do andamento processual.

b) A “súmula’ vinculante”.³⁴

Resposta: aqui se tem obviamente vinculação propriamente dita (“forte”). Mas não se trata de uma mera decisão tomada no controle incidental. A súmula vinculante é muito mais do que isso. É um mecanismo específico, constitucionalmente explicitado, de estabelecimento da vinculação forte, sujeito a pressupostos próprios. Como se vê adiante, a mera previsão constitucional da súmula prova justo o contrário à tese ora criticada.

c) Acórdão do STF no AI 375.011 (já aqui mencionado – v. n. 5), que “dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sobre o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional”.³⁵

32. Transformações... cit., p. 240-243; Curso... cit., p. 275-279.

33. Didier Jr., Transformações... cit., p. 240.

34. Idem, p. 241.

35. Idem, ibidem.

Resposta: trata-se de claro exemplo de intensificação da objetivação do recurso extraordinário. Não implica nem pressupõe, todavia, nenhuma força vinculante.

d) O “julgamento do RE 298.694” (também aqui mencionado no n. 5), que, (d.1) por um lado, alterou a antiga praxe do Tribunal que confundia mérito e admissibilidade recursal na hipótese do art. 102, III, a, da CF/1988 e, (d.2) por outro, manteve a decisão recorrida por fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido.

Resposta, quanto a “d.1”: houve, de fato, apenas a correção de um desvio consagrado pela prática do Tribunal. A questão não guarda necessária relação com força vinculante propriamente dita nem, a rigor, com uma maior objetivação do recurso extraordinário. Tanto nada tem a ver com força vinculante que a alteração da praxe representou declarada adesão do Tribunal à doutrina de há muito sustentada por Barbosa Moreira – o qual, todavia, rejeita a tese de que as decisões em controle incidental sejam aptas a, por si sós, ter eficácia *erga omnes* e força vinculante.³⁶

Resposta, quanto a “d.2”: a manutenção do acórdão recorrido por outro fundamento é comparada por Didier com a abertura da causa de pedir existente nas ações diretas (em que se pode declarar a inconstitucionalidade do ato normativo com base em norma constitucional diversa da invocada pelo autor da ação) – o que, quando muito, seria mais um sintoma de objetivação. Porém, nada significa em termos de ampliação de força vinculante. De resto, a possibilidade de confirmação da decisão recorrida por outros fundamentos, atenuando-se a devolução estrita característica do recurso extraordinário, pode até ser interpretada como aplicação de uma diretriz atinente à devolutividade dos recursos ordinários, não objetivos (art. 515, § 2.º do CPC). Vale dizer, talvez nem seja um exemplo adequado de objetivação, mas de atenuação dessa característica.

e) A “dispensa” de “reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF”, sumulado ou não (art. 475, § 3.º, do CPC).³⁷

Resposta: também nessa hipótese ter-se-ia, quando muito – como destaca, aliás, literalmente Didier – uma regra de “dispensa” (portanto, de vinculação “média” – n. 3.2). Mas, bem pesadas às coisas, a regra em questão apenas define a hipótese de incidência (excepcional) do reexame necessário: a norma estabelece que, nessa hipótese, vale a regra geral (de não haver reexame). Além disso,

36. Barbosa Moreira. *Comentários ao CPC*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 33, p. 44-45 (referindo-se, na nota de rodapé 24, a vários julgados recentes do STF).

37. Didier Jr., *Transformações...* cit., p. 241-242.

o art. 475, § 3.º, do CPC, refere-se também às súmulas dos tribunais superiores: apresentá-lo como prova da força vinculante (propriamente dita) das decisões do Plenário do STF, portanto, significaria sustentar também que as súmulas dos tribunais superiores são vinculantes – o que é expressamente desautorizado pela ordem constitucional (que não confere tal força nem à antiga Súmula de Jurisprudência Predominante do STF – cf. art. 8.º da EC 45/2004).

f) A admissão de reclamação ao STF “como mecanismo para garantir a obediência às decisões (...) proferidas em ADIn ou ADC”, bem como o respeito à súmula vinculante.³⁸

Resposta: eis um sintoma de força vinculante propriamente dita. Mas não diz respeito ao controle incidental de constitucionalidade. Tem-se, nesses casos, a força vinculante típica dos processos objetivos de controle direto.

g) A Resolução 21.702/2004 do TSE, “na qual [esse] adotou o posicionamento do STF” externado no julgamento do RE 197/917, acerca da fixação de número de vereadores nos Municípios.³⁹

Resposta: também aqui não se tem nenhuma força vinculante (*stricto sensu*) nem eficácia *erga omnes* na decisão do recurso extraordinário pelo STF. A eficácia *erga omnes* adveio do ato do TSE, praticado no suposto exercício da sua competência normativa-regulamentar (art. 23, IX, do Código Eleitoral). Questão outra seria dizer que o TSE teria sido *obrigado* a editar aquela resolução, por força da decisão do STF. Mas disso não se cogita nem no próprio texto ora em exame.

h) A admissão pelo STF da participação de *amici curiae* em julgamento por amostragem de recurso extraordinário oriundo dos Juizados Especiais Federais.⁴⁰

Resposta: novamente, há claro indicativo da objetivação do recurso. No mais, a aceitação do *amicus curiae* toma em conta a vinculação “média” referida em “a”, acima.

i) No julgamento do HC 82.959, o STF modulou os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade ali emitida, “ou seja, aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*”.⁴¹

Resposta: como já destacado em oportunidade anterior,⁴² a técnica da modulação dos efeitos funda-se em princípios constitucionais e até prescindiria do

38. Idem, p. 242.

39. Idem, *ibidem*.

40. Idem, *ibidem*.

41. Idem, p. 242-243.

42. Eduardo Talamini, *Coisa julgada* cit., n. 8.2.3, p. 437-440, e n. 8.2.5, p. 443-444.

art. 27 da Lei 9.868/1999 para ser utilizada. A modulação, antes de tal Lei, já havia sido em mais de uma ocasião praticada pelo STF e *precisamente no exercício do controle incidental*.⁴³ Não há dúvidas de que a modulação empreendida no julgamento do HC 82.959 refletiu uma preocupação transcendental, isso é, tinha em mira outros casos que não o ali julgado. Mais uma vez, pode-se falar em objetivação (e aqui nem se tratava de recurso extraordinário...), mas não em vinculação. A modulação foi feita não porque a Corte estivesse ali emitindo decisão com eficácia vinculante propriamente dita (o que fica claro nos debates da subsequente Rcl. 4.335, de que se trata adiante). Modularam-se os efeitos tendo-se em vista a força persuasiva da decisão ali tomada.

Portanto, nenhum desses exemplos comprova ou induz a generalização da força vinculante nos pronunciamentos do Plenário da Corte acerca de questões constitucionais.

Gilmar Mendes também apresenta exemplos similares na sua argumentação em prol da força vinculante (propriamente dita) das decisões do STF em sede de controle incidental. Invoca a tendência de ampliação do alcance e da eficácia dos processos objetivos de controle direto.⁴⁴ Com a devida *venia*, essa tendência não conduz à força vinculante do controle incidental. Aliás, e como se vê a seguir, seu mais recente capítulo – a introdução da súmula vinculante – demonstra precisamente o contrário. Gilmar Mendes alude, também, a regras que autorizam o relator a decidir recursos monocraticamente (art. 38 da Lei 8.038/1990; art. 557, § 1.º e 1.º-A, do CPC).⁴⁵ Porém, como já se apontou no n. 3.2, acima, trata-se, na hipótese, de mera vinculação “média”. Refere-se ainda à regra do art. 481, parágrafo único, do CPC, que foi antecedida da jurisprudência da Corte.⁴⁶ Mais uma vez, remete-se ao n. 3.2, acima, em que se destacou o caráter de simples vinculação “média” também dessa hipótese. Por fim, o ilustre constitucionalista e Ministro da Suprema Corte recorre ao exemplo das ações coletivas. Destaca que, dependendo do pedido e da causa de pedir nelas veiculados, o controle incidental ali desenvolvido pode conduzir a resultados tais que tornariam até dispensável a intervenção do Senado.⁴⁷ Mas, em primeiro lugar, isso ocorrerá precisamente por conta da especialidade da ação e da extensão coletiva de seu pedido e causa de pedir. Isso até pode

43. Idem, p. 435-436.

44. A eficácia das decisões... cit., p. 203-206.

45. O papel do Senado... cit., n. 4, p. 161.

46. Idem, p. 162.

47. Idem, p. 162-163.

acontecer em ações não coletivas: em 2001, as então duas únicas empresas operadoras de telefonia celular num dado Estado promoveram, em litisconsórcio ativo, uma ação em que obtiveram tutela preventiva para não serem punidas pelo não cumprimento de normas previstas em lei estadual que impunham determinadas obrigações exclusivamente a elas. Em termos práticos, a tutela antecipada concedida neutralizou a eficácia de tais normas, sem que elas nem sequer fossem declaradas inconstitucionais ou retiradas do ordenamento. Mas não se trata – seja nesse exemplo, seja no das ações coletivas – de decisão com força vinculante *erga omnes*. O que se tem é mera decorrência do fato de a tutela pleiteada haver sustado providências concretas em face dos únicos destinatários possíveis da norma.⁴⁸

6.2 Normas constitucionais no sentido oposto à tese ora criticada (arts. 52, X, e 103-A, da CF/1988)

A intervenção do Senado, *ex vi* do art. 52, X, da CF/1988, permanece sendo reconhecida como necessária para a eficácia *erga omnes* tanto por doutrina recente,⁴⁹ quanto por julgados atuais do STF.⁵⁰

48. E há sempre uma diferença fundamental em relação ao processo de controle direto: seja a ação individual, seja a ação coletiva, ela tem de mirar providências concretas, em relação às quais o controle de constitucionalidade é mero instrumento. A ação coletiva jamais pode ser utilizada puramente para o controle de constitucionalidade. V., entre outros, Arruda Alvim. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *RePro* 81, *passim*.

49. Além de autores já citados no n. 4, ver também, entre outros: Barbosa Moreira, *Comentários cit.*, p. 44-45, esp. nota 24; José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. n. 4 ao art. 103-A, p. 562; Araken de Assis. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. n. 87.2.2.1, p. 752-753; Marcia Cadore. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. n. 6.2.2.1, p. 136; André R. Tavares. *Nova lei da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. n. III.1, p. 103-104; Glauco Leite. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 3.6, p. 89-90 (rejeita expressamente a tese do Min. Gilmar Mendes: “ter-se-ia uma mutação inconstitucional” – p. 90); Célio Janczeski. Da eficácia transcendente da decisão do Plenário do STF e a resolução do Senado Federal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, vol. 52, p. 69-70 (também examinando especificamente a tese do Min. Gilmar Mendes).

50. Ver, por exemplo (além daqueles citados pela doutrina referida na nota anterior): Rcl no AgRg, Pleno, v.u., j. 22.11.2006, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE* 06.12.2007; Rcl no AgRg 3.051, Pleno, j. 02.08.2006, v.u., rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 15.09.2006; Rcl no AgRg 3.847, Pleno, j. 13.09.2006, v.u., rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 20.10.2006.

O argumento definitivo, de todo modo, é dado pela instituição da súmula vinculante na ordem constitucional brasileira (art. 103-A da CF/1988, acrescido pela EC 45/2004). Que sentido faria a criação de um instituto, sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive quórum qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em “reiteradas decisões” do STF, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia? Nos debates do julgamento da Rcl. 4.335, opondo-se à tese do Min. Gilmar Mendes, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa destacaram que a súmula vinculante presta-se precisamente a viabilizar a atribuição de eficácia vinculante a entendimentos sobre matéria constitucional assentes na Corte em sede de controle incidental. Até por isso, não é possível cogitar de uma mutação constitucional.⁵¹

Para justificar, em face da súmula vinculante, a tese de que quaisquer decisões do Plenário do Supremo têm força incidental, Didier Jr. e Leonardo da Cunha argumentam que a diferença estaria no grau de estabilidade dos pronunciamentos. As orientações consagradas em decisões proferidas em controle incidental pelo Plenário teriam eficácia *ultra partes* e efeito vinculante, mas poderiam ser revistas pelo Plenário, por maioria simples. Já as súmulas vinculantes teriam também eficácia *erga omnes* e força vinculante, mas apenas poderiam ser alteradas “de acordo com os pressupostos previstos no § 2.º do art. 103-A da CF/1988”.⁵² Mas, não bastassem todas as críticas antes opostas à tese da força vinculante do controle incidental, essa explicação é também problemática em si mesma. O pressuposto peculiar para *cancelamento* da súmula vinculante, que diferenciaria essa hipótese daquela da mera revisão do entendimento adotada em processo no controle incidental, seria apenas o quórum de dois terços dos membros.⁵³ Todavia, essa não é uma distinção posta pela Constituição. O quórum de dois terços, nessa hipótese,

51. Rcl 4335, Pleno, em *Informativo STF* 463/2007. Conforme o *Informativo*, o Ministro Pertence observou que “o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de ‘projeto de decreto de mutação constitucional’, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (art. 103-A da CF/1988)”. O julgamento esteve suspenso com pedido de vista do Min. Lewandowski – e agora se aguarda o retorno do recurso a plenário.

52. *Curso...* cit., p. 280.

53. O cancelamento da súmula não depende de haver controvérsia atual nem reiteradas decisões sobre o tema. A revisão o exige, mas apenas no ponto em que implica a criação de uma nova súmula.

é estabelecido apenas *pela lei* (art. 2.º, § 3.º, da Lei 11.417/2006). Se a lei tivesse estabelecido outro quórum, de maioria simples, p. ex. – e poderia tê-lo feito – cairia por terra até mesmo essa pretensa distinção.

Também Mitidiero e Marinoni sustentam que a força vinculante (propriamente dita) estaria presente em qualquer decisão tomada pelo STF mesmo no controle incidental. Para justificar sua posição, em face do instituto da súmula vinculante, argumentam que a súmula serviria para os casos em que “embora tivesse decidido inúmeras vezes uma questão constitucional, (...) mesmo assim, a *ratio decidendi* dos julgados permanecesse, de certa forma, obscura e indecifrável”.⁵⁴ Assim, estaria explicada a utilidade da súmula vinculante mesmo em um cenário em que as decisões de controle incidental do Supremo supostamente já gerariam vinculação propriamente dita. Mas essa tese não é plausível. Ela parte de uma premissa de inconstitucionalidade: motivação “obscura, indecifrável”. Não se concebe que decisões – venham do controle incidental ou direto, tenham ou não força vinculante – não apresentem motivação compreensível. Se não a têm (o que pode concretamente ocorrer), são nulas. Portanto, não é uma hipótese legítima; não é idônea para explicar a criação de um novo instituto constitucional. Evidentemente, a súmula vinculante não foi concebida para esse fim. Até porque a própria edição da súmula pressupõe “reiteradas decisões” com fundamentos convergentes (o que implica que eles sejam, antes de tudo, compreensíveis, claros, decifráveis).

Aliás, a experiência concreta da Suprema Corte na edição de súmulas vinculantes confirma – como não poderia deixar de ser – a inviabilidade dessa tese. Em todas as questões constitucionais sumuladas até agora, as reiteradas decisões que lhes serviram de suporte apresentavam, todas elas, a *ratio decidendi* clara, compreensível.

6.3 Ausência de mutação do sentido do art. 52, X, da CF/1988

Por todas essas razões, não parece proceder a tese de que teria havido um processo informal de mudança da Constituição, no que tange ao sentido e alcance do art. 52, X, da CF/1988. As decisões tomadas pelo STF, ainda que em Plenário, no exercício do controle incidental de constitucionalidade não têm, por si sós, eficácia *erga omnes* nem força vinculante.

E se daqui a alguns anos o STF passar a realmente atribuir força vinculante (*stricto sensu*) às suas decisões proferidas no controle incidental, isso não des-

54. *Repercussão geral...* cit., p. 70.

mentirá o aqui exposto. Terá havido, então, verdadeira mutação constitucional. Até o momento, isso não ocorreu. As atuais decisões do STF o confirmam.

Também pelos fundamentos aqui expostos, seria inconstitucional a norma proposta no art. 941 do projeto de novo Código de Processo Civil,⁵⁵ se ela for interpretada como atributiva de força vinculante propriamente dita à “decisão-quadro” tomada por qualquer tribunal, em incidente de resolução de demandas repetitivas, e que pode até nem versar sobre questões constitucionais. A pretensão de se estabelecer decisão com força vinculante é extraível da referência ao cabimento de reclamação contra a decisão que não observe a “decisão-quadro” (“Não observada à tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente”).

7. A INCONVENIÊNCIA DE UMA FUTURA EXTENSÃO AUTOMÁTICA DA FORÇA VINCULANTE ÀS DECISÕES NO CONTROLE INCIDENTAL – A SÚMULA VINCULANTE

Até aqui, viu-se que a ordem constitucional vigente não parece dar amparo à tese da força vinculante das decisões do STF tomadas em sede de controle incidental. Mas há ainda outra questão a examinar. *De lege ferenda* (i.e., mediante mudança da Constituição) seria aconselhável tal atribuição de força vinculante automática às decisões oriundas do controle incidental?

Com a devida *venia*, a resposta também aqui é negativa.

Por um lado, o exame da conveniência dessa ampliação exige que se tome em conta o seguinte aspecto: ampliar a o universo de decisões do STF com força vinculante implica ampliar – não na mesma proporção, mas em proporções geométricas – o volume de reclamações diretamente dirigidas à Corte exigindo que essa faça valer sua autoridade. Evidentemente, outros fatores entrariam em jogo (fortalecimento da cultura de respeito ao precedente; temor de sanções, na hipótese do administrador público...), e talvez as projeções mais pessimistas não se confirmassem, não se tendo então uma avalanche de reclamações. Mas estaria, de todo modo, constituído um novo modelo processual que teria subvertido por completo o antes vigente: haveria sempre a perspectiva do acesso direto e imediato ao STF, mediante a reclamação. Seria irrelevante o processo estar ainda em primeiro grau de jurisdição ou até, nos conflitos com a Administração Pública, poderia nem haver ainda ação proposta.

55. A numeração do artigo citado é a do substitutivo aprovado pelo Senado (PLS 166/2010) e remetido à Câmara Federal, no qual o projeto foi atuado como PL 8.046/2010. No projeto original, a disposição em pauta figurava no art. 906.

Não se trata aqui apenas de considerar o problema de carga de trabalho da Suprema Corte – que obviamente seria ampliada em termos significativos nessa hipótese. Mais do que isso, outros dois aspectos estariam em jogo.

O primeiro, relacionado com a questão da carga de trabalho, refere-se à *qualidade* do trabalho. Se o Tribunal passa a ter de se dedicar primordialmente a cuidar, nas reclamações, do adequado cumprimento de suas decisões vinculantes, sobram-lhe pouco tempo e escassos recursos materiais e humanos para desincumbir-se de suas outras missões. Ora, a repercussão geral foi instituída precisamente com o escopo de eliminar esse problema – e o problema ali permanecerá...

Mas há ainda um segundo aspecto: a subversão gerada pela pretensa universalização da força vinculante afetaria não só a qualidade da atuação interna do STF, mas a própria dinâmica do sistema processual. A generalização do acesso direto ao órgão de cúpula – de fato, indispensável para a configuração de uma eficácia vinculante propriamente dita⁵⁶ – põe em cheque a utilidade de uma estrutura judiciária escalonada. Por isso, a atribuição da força vinculante deve ser usada com parcimônia e cercada de cautelas (como o é, por exemplo, no mecanismo da súmula vinculante).

Por outro lado – e ainda mais importante –, nem toda solução de questão constitucional tomada pelo STF em sede de controle incidental é apta a assumir força vinculante de modo a impor-se na generalidade dos casos. Há casos em que a resolução da questão constitucional envolve a específica e concreta ponderação dos valores circunstancialmente envolvidos naquele litígio. A solução que ali se der não serve necessariamente para outros casos, ainda que similares ou análogos àquele que foi julgado. Nem se diga que com o instituto da repercussão geral estaria atualmente descartada a hipótese de o STF deparar-se com tais casos no exercício do controle incidental de constitucionalidade. Primeiro, porque o controle *incidenter tantum* não é feito apenas em recursos extraordinários. O STF tem uma vasta gama de competências relativas a processos não objetivos (mandados de segurança, *habeas corpus*, mandados de injunção de competência originária; competência recursal ordinária; competência originária para determinados conflitos envolvendo entes estrangeiros etc.). E também nesses processos, alheios ao filtro da repercussão geral, pode haver a solução de questões constitucionais em caráter definitivo. Mas, além disso, cabe considerar

56. Portanto, nem se cogite de atribuição de força vinculante (em sentido estrito) sem permitir o emprego da reclamação. Seria desnaturar a medida e desqualificar a autoridade da Corte. Ao fim e ao cabo, não se teria, então, eficácia vinculante, senão no nome.

que mesmo em recursos extraordinários posteriores à instituição da repercussão geral é ainda possível que surjam questões constitucionais nos moldes expostos, que exijam a ponderação específica de aspectos concretos do caso. Afinal – reitere-se – a repercussão geral é aferida não apenas sob o prisma quantitativo (questão padrão reiterada em uma multiplicidade de processos), mas também sob o aspecto *qualitativo*, de modo que pode haver questões com conformação peculiar que chegam pela via extraordinária à Corte por conta da essencialidade dos bens jurídicos envolvidos etc. Atribuir automaticamente força vinculante à solução da questão em caso como esse tende a apenas gerar mais percalços e transtornos do que aqueles que se pretenderia evitar com tal providência (é possível que milhares de casos análogos àquele julgado, envolvendo, em linhas gerais, o mesmo tipo de questão, merecessem solução distinta daquela ali adotada, por conta das suas específicas circunstâncias concretas. Dir-se-á que, nessa hipótese, caberia usar a técnica do *distinguishing*. Mas qual o sentido de se atribuir força vinculante a uma solução que, antemão, sabe-se que não servirá para significativa parcela, se não maioria, dos casos análogos?).

Mais ainda: a tese ora criticada preconiza não apenas a atribuição de força vinculante às decisões em controle incidental, mas a atribuição da mesma eficácia que tem a decisão no controle direto. Nessa linha, o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade teria o condão de retirar do sistema a norma assim considerada. O Senado Federal teria mera função de publicador dessa expulsão da norma do sistema.⁵⁷ Como conceber um tal efeito nos casos em que o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade pauta-se estritamente no sopesamento *in concreto* dos valores envolvidos? Vale dizer: uma solução nesses moldes desconsidera a existência de duas diferentes dimensões de inconstitucionalidade: inconstitucionalidade abstrata e inconstitucionalidade específica do caso concreto.⁵⁸

Portanto, a tese identificação dos efeitos das decisões de controle incidental com os das decisões de controle direto não apenas não tem respaldo de *lege lata* como não é viável de *lege ferenda*. É preferível trabalhar-se com um mecanismo que confira ao Tribunal a possibilidade de definir, de modo objetivo, quando será

57. É essa a concepção do Gilmar Mendes, O papel do Senado... cit., p. 165. Já o entendimento de Didier Jr. parece ser diverso, na medida em que cogita da possibilidade de posterior revisão do entendimento acerca da inconstitucionalidade da lei (*Curso...* cit., p. 280) – o que pressupõe que ela não tenha sido retirada do ordenamento.

58. A esse respeito, veja-se Eduardo Talamini. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *RePro*, v. 152, n. 4.1 a 4.4, p. 50-59. O tema é aprofundado no trabalho, ainda inédito, indicado na nota 1, acima.

cabível a atribuição da eficácia vinculante às resoluções de questões constitucionais tomadas na via incidental. Esse mecanismo já existe: é a súmula vinculante.

É dilemática a questão da conveniência de se atribuir maior ou menor força vinculante às decisões do órgão de cúpula (nos limites de sua constitucionalidade).

Por um lado, há evidente busca de isonomia, segurança e celeridade. Nas questões verdadeiramente homogêneas que geram milhares de ações judiciais (de direito tributário, previdenciário, sobre direitos de servidores públicos...), a ideia de que ao final, todas devem (ou deveriam) vir a receber a mesma solução do órgão de cúpula indica a súmula vinculante como algo positivo sob o ponto de vista daqueles três valores. Enfim, os objetivos visados são os mesmos já perseguidos por vários outros mecanismos postos no ordenamento (arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988; arts. 476 e ss e 485, V, do CPC; art. 81, parágrafo único, III, do CDC etc.).⁵⁹ Como observou pragmaticamente o Min. Rezek no julgamento da QO na ADC I, eventuais divergências de órgãos judiciais inferiores tendem a ser inúteis, representado apenas desperdício de tempo e de recursos econômicos e humanos, pois tais decisões serão revistas pelo Tribunal. Só não o serão aquelas que não cheguem à Corte por algum aspecto acidental (desistência da parte, falha formal no recurso...) – o que, ponderava também o Min. Rezek, nada tem de positivo.

Por outro lado, cabe considerar a ponderação de Barbosa Moreira acerca da renovação de orientações jurisprudenciais e a evolução do direito: essas mudanças sempre se iniciam com desvios das instâncias inferiores em face dos entendimentos fixados pelos tribunais superiores.⁶⁰ Além dos exemplos dados por Barbosa Moreira (responsabilidade objetiva do empregador; reconhecimento de efeitos jurídicos na união de fato...), podem ser mencionados ainda outros recentes, relativos a questões constitucionais (reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios como requisito para o recurso administrativo; inconstitucionalidade da prisão civil do depositário

59. Sobre as similaridades funcionais entre esses vários outros mecanismos e a súmula vinculante, v. Débora Baumöhl. Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da emenda constitucional n. 45/2004. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. cap. I, n. 1, p. 16-50.

60. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual* 27/57. Na mesma linha, entre outros: Botelho de Mesquita. A súmula de jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005 (originalmente em *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, 5, 1981), passim.

infiel...). Em todos esses casos, a mudança de concepção foi iniciada nos graus inferiores de jurisdição. De resto, em termos gerais, os desvios dos órgãos inferiores em face da jurisprudência dos tribunais superiores são numericamente significativos? Ao que tudo indica, não – responde Barbosa Moreira, ressaltando a falta de estatísticas que permitam aferição precisa.⁶¹

Diante de todas essas ponderações, a súmula vinculante, *tal como instituída pela EC 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.414/2006*, apresenta-se ainda como instrumento conveniente para o sistema processual. Seus limites objetivos estão claramente definidos e são bastante razoáveis.⁶² Foram contemplados mecanismos de revisão e cancelamento. De resto, o instituto está em consonância com o regime jurídico da jurisdição constitucional.

Sob o aspecto da jurisdição constitucional, a súmula vinculante funciona precisamente como o mecanismo que faltava para dar coordenação ao modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. É amplamente conhecido – e jamais refutado – o diagnóstico de Cappelletti sobre os inconvenientes da atribuição de poder de controle de constitucionalidade difuso e incidental em ordenamentos da *civil law*, alheios ao sistema do *stare decisis*.⁶³

O instituto da súmula vinculante, por todas essas razões, passa pelo crivo teórico da legitimidade e conveniência para o sistema (questão outra é saber se em sua experiência concreta ele manter-se-á dentro dos parâmetros razoáveis em que foi abstratamente instituído...).

Com a súmula vinculante, tal como instituída, foi-se, no contexto jurídico, social e político atual, até o ponto a que se poderia e deveria razoavelmente ir nesse momento.

61. Súmula... cit., p. 50. No mesmo sentido: Leonardo Greco. A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 8.6, vol. 27, p. 84; Sérgio Sérulo da Cunha. A arcaica súmula vinculante. In: S. R. T. Renault e P. Bottini (orgs.). *Reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004* (org.). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

62. Barbosa Moreira alude às “prudentes limitações” estabelecidas na regra constitucional (Súmula... cit., p. 57).

63. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (Trad. da 7. reimp. italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves), Porto Alegre: Fabris, 1984. cap. III, n. 4, p. 76-78: “Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso (...) ou entre órgãos judiciários de diverso grau (...). A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado”.

DECISÕES QUE FIXAM HONORÁRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS: POSSÍVEIS OBJETOS DE PEDIDOS RESCINDENTES

FABIANO CARVALHO

Doutor e Mestre pela PUC – SP. Advogado.

RESUMO: O presente estudo foi escrito durante um período de grande controvérsia sobre a natureza da decisão que fixa os honorários do advogado. Na teoria dos capítulos da sentença, os honorários compõem capítulo dependente. A questão é saber se esse capítulo dependente pode ter natureza de decisão de mérito, a desafiar o ajuizamento de ação rescisória.

PALAVRAS-CHAVE: Honorários – ação rescisória – decisão de mérito – capítulos da decisão.

SUMMARY: This article was written during a period of great controversy regarding the nature of the ruling that determines the amounts charged as lawyer's fees. In the theory contained in the chapters of the ruling, such fees comprise a dependent chapter. The question is to know whether the nature of this dependent chapter can be considered a decision upon the merits, thus challenging the filing of an action to annul judgement.

KEYWORDS: Fees – action to annul judgement – decision upon the merits – chapters of the ruling.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Decisões que fixam honorários advocatícios no processo de conhecimento – 3. Decisões que fixam honorários na execução – 4. Decisões que fixam correção monetária e juros – 5. Decisões que fixam honorários de auxiliares da justiça – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.