

OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO STF EM
CONTROLE INCIDENTAL¹THE EFFECTS OF THE STF'S DECISION DECLARING
UNCONSTITUTIONALITY ON INCIDENTAL
JUDICIAL REVIEWGilmar Ferreira Mendes²José S. Carvalho Filho³

RESUMO: Este artigo tem o escopo de propor novas reflexões sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF proferida no âmbito do controle incidental. Pondera-se que a natureza idêntica dos modelos de controle de constitucionalidade, relativamente às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes, não justifica a manutenção da diferença quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado e no controle incidental. Nesse contexto, o artigo analisa a prática do contencioso constitucional na Suprema Corte brasileira, a fim de investigar em que medida decisões tomadas em processos subjetivos têm seus efeitos expandidos para além dos feitos em que foram proferidas. Defende-se que todas as decisões de inconstitucionalidade produzidas pelo STF, sejam elas oriundas de controle abstrato de constitucionalidade ou do contencioso constitucional incidental, devem ter o mesmo valor jurídico: eficácia erga omnes e efeitos vinculantes em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle incidental. Efeitos da decisão. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article is about new reflections on the effects of the STF's unconstitutionality decision issued in the context of incidental judicial review. It is considered that the identical nature of judicial review models, in relation to the purposes and dominant common procedures, does not justify distinguishing the

¹ Trabalho submetido em 01/08/2019 e comunicação aprovada em 27/09/2019.

² Doutor em Direito pela Universidade de Münster (Alemanha). Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Ministro do Supremo Tribunal Federal. E-mail: audienciasgilmar Mendes@stf.jus.br. ORCID: : <https://orcid.org/0000-0003-3919-7237>

³ Pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito Público pela Aix-Marseille Université (França). Mestre e Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. E-mail: jose.carvalho@stf.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5963-8883>



effects of decisions made in the abstract control or in the incidental control. In this context, the practice of constitutional litigation in the Brazilian Supreme Court is analyzed in order to investigate how the effects of the decisions made in subjective cases reach and affect further them. It is argued that all decisions of unconstitutionality made by the Supreme Court, whether coming from abstract control or incidental constitutional litigation, must have the same legal value: erga omnes and binding effects in relation to the Government and the other organs of the judiciary.

Keywords: Judicial review. Incidental control. Effects of the decision. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução: os efeitos clássicos das decisões de inconstitucionalidade do STF em controle incidental e principal. 2. Jurisprudência do STF sobre a transcendência de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade no controle incidental. 3. Do ressignificado do papel do Senado após a declaração de inconstitucionalidade do STF no controle incidental. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: OS EFEITOS CLÁSSICOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO STF EM CONTROLE INCIDENTAL E PRINCIPAL

Há dois clássicos modelos de controle de constitucionalidade no mundo: o modelo de controle abstrato ou principal, oriundo do direito austro-germânico, que tem Hans Kelsen como o principal expoente; e o modelo de controle incidental e difuso de constitucionalidade, que nasceu no direito norte-americano (SEGADO, 2003, p. 55-82) e tem como marco o famoso case *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803 (*Marbury v. Madison*, 1803, s/p). O ordenamento jurídico brasileiro incorporou características dos dois modelos e instituiu um sistema próprio e eclético (BINEBOJM, 2004, 2004, p. 129) de jurisdição constitucional, que admite decisões de inconstitucionalidade tanto no contencioso constitucional incidental – em processos subjetivos – quanto em processos ditos objetivos, em que a questão constitucional é o foco central do

juízo.

No que se refere aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, há importante diferença entre os controles principal e incidental, segundo orientação clássica e amplamente difundida na doutrina. Quando se está diante de processo objetivo ou de jurisdição constitucional abstrata, a decisão proferida teria eficácia geral (*erga omnes*) e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (art. 102, §2º, CR88), enquanto a eficácia da decisão produzida no contencioso constitucional incidental restringir-se-ia às partes envolvidas no processo (ABBOUD, 2018, p. 375). A consequência prática dessa diferença resultaria no fato de que as decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade – mesmo quando oriundas do Supremo Tribunal Federal – não pacificariam de modo definitivo a matéria constitucional. Em outros termos, as decisões do STF teriam status diversos quanto aos efeitos, conforme ela fosse proferida em processo objetivo ou em feito de índole subjetiva.

Nesse contexto, defende-se que a natureza idêntica dos modelos de controle de constitucionalidade, relativamente às finalidades e aos procedimentos comuns dominantes, não justifica a manutenção da diferença quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado e no controle incidental (MENDES, 2004, p. 164). A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, consistente na aproximação entre os modelos principal e incidental, com predominância das características do regime abstrato, como a expansão do alcance da decisão para além das partes em litígio e a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, justifica essa proposição.

Nas próximas linhas, analisa-se a prática do contencioso constitucional no Supremo Tribunal Federal, com o escopo de investigar em que medida decisões tomadas em processos subjetivos têm seus efeitos expandidos para além dos feitos em que foram proferidas.

2. JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A TRANSCENDÊNCIA DE EFEITOS NAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE INCIDENTAL

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas (ADI, ADC, ADO, ADPF) e representação interventiva operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivização das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa petendi aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro.

Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós, inclusive no que diz respeito aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O tema foi objeto de amplo debate no julgamento da Reclamação 4.335.(STF, 2014, s/p). No caso, a reclamante alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela

prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) (STF, 2006, s/p). Com base nesse julgamento, a Defensoria solicitou fosse concedida progressão de regime a determinados apenados, tendo o juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC indeferido o pedido, fazendo afixar, nas dependências do fórum, aviso do seguinte teor:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Foi contra o ato de indeferimento que se ajuizou a Reclamação 4.335, no âmbito da qual o relator apresentou posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá eficácia erga omnes, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Dessa forma, votou pela procedência da Reclamação, por entender que foi desrespeitada a eficácia erga omnes da decisão proferida no HC 82.959.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente essa reclamação. Embora alguns ministros tenham discordado do seu posicionamento acerca dos efeitos erga omnes da decisão de inconstitucionalidade do STF em sede de HC, calcaram-se, para o juízo de procedência, na edição da Súmula Vinculante 26, apesar de superveniente à propositura da ação (STF, 2014, s/p).

Registre-se que esse entendimento é contrário à jurisprudência defensiva da Corte que não admite o ajuizamento de ação reclamatória quando o ato indicado paradigma é posterior à decisão reclamada (STF, 2014, s/p; 2010, s/p). Assim, a orientação adotada vai de encontro a diversos precedentes do Supremo Tribunal, tratando-se de solução pontual empregada para se conhecer da reclamação sem assentar expressamente a expansão de efeitos das decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Não obstante, diversos outros precedentes desta Corte evidenciam que a expansão de efeitos das decisões de inconstitucionalidade oriundas de controle incidental é uma realidade que não se pode mais negligenciar.

Nesse sentido, é extremamente oportuno citar o julgamento do caso amianto, em que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações de controle abstrato contra legislações locais, declarou, incidenter tatum, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal 9.055/1995, assentando expressamente que se tratava de declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes e vinculantes (STF, 2019, s/p).

Além desses casos, há diversas teses fixadas na sistemática da repercussão geral do recurso extraordinário que são oriundas do julgamento de processos subjetivos em que houve controle de constitucionalidade incidental.

A repercussão geral do recurso extraordinário, como se sabe, é sistemática de racionalização do julgamento de demandas repetitivas, na qual há seleção de processos-paradigmas em que são apreciados temas e fixadas teses a serem replicadas pelos diversos órgãos jurisdicionais brasileiros (CARVALHO FILHO, 2015, p. 45). Em síntese, representa sistema de prestação jurisdicional compartilhada, no qual a Corte Suprema abandona o exame repetitivo de feitos individualizados para julgar cases paradigmáticos, fixando teses sobre determinados temas as quais, por seu turno, norteiam os demais órgãos judiciais para que, ao

analisarem demandas múltiplas, apliquem os entendimentos firmados sobre os temas respectivos nos processos-paradigmas da repercussão geral.

Como exemplo de tese paradigmática fixada pelo STF, cita-se o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.052.700, Rel. Min. Edson Fachin, em que o Supremo Tribunal Federal fixou a Tese 972 da sistemática da repercussão geral para assentar que “é inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal” (STF, 2018, s/p).

Essa orientação aplica-se tanto ao leading case que serviu de base para sua consolidação quanto à infinidade de processos sobre o mesmo tema constitucional, na medida em que os tribunais de origem reproduzem a orientação adotada por esta Corte.

Nesse contexto, é oportuno registrar que o Código de Processo Civil (art. 988) prevê expressamente a possibilidade de ajuizamento de reclamação contra as decisões dos juízos de origem que aplicam a sistemática da repercussão geral, desde que esgotadas as vias recursais ordinárias. Diante desse quadro, não se pode negar que as decisões de inconstitucionalidade proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral expandem seus efeitos para além das partes do processo subjetivo paradigma e admitem o ajuizamento de reclamação constitucional para garantir a autoridade do decisor.

Colacionam-se, ilustrativamente, alguns precedentes em repercussão geral, sobre assuntos variados, que vão ao encontro da orientação aqui defendida, no sentido segundo o qual a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando decorrente do controle incidental, tem efeitos erga omnes:

I) No Recurso Extraordinário 559.937, redator para acórdão. Min. Dias Toffoli, a Corte fixou a tese segundo a qual “é inconstitucional a parte do art. 7º, I, da Lei 10.865/2004 que acresce à base de cálculo da

denominada PIS/COFINS-Importação o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições” (STF, 2013, s/p);

II) Ao julgar o Recurso Extraordinário 562.276, Rel. Min. Ellen Gracie, a Suprema Corte assentou que “é inconstitucional o art. 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social” (STF, 2011, s/p);

III) Ao apreciar o Recurso Extraordinário 590.829, Rel. Min. Marco Aurélio, o Tribunal decidiu que “é inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município” (STF, 2015, s/p);

IV) No julgamento do Recurso Extraordinário 602.347, Rel. Min. Edson Fachin, o STF determinou que “declarada inconstitucional a progressividade de alíquota tributária, é devido o tributo calculado pela alíquota mínima correspondente, de acordo com a destinação do imóvel” (STF, 2016, s/p); e

V) No Recurso Extraordinário 646.721, Rel. Min. Roberto Barroso, a Corte entendeu que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (STF, 2017, s/p).

Em todos esses casos, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que oriunda de controle incidental de constitucionalidade, expande seus efeitos para inúmeros processos sobre o mesmo tema, de modo que se pode vislumbrar uma eficácia geral. Em outros termos, as decisões do STF com repercussão geral – reconhecida ou rejeitada – têm efeitos amplos, independentemente de serem oriundas de controle incidental de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal dispõe, ainda, de súmulas vinculantes enquanto mecanismo para atribuir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes às suas decisões proferidas no âmbito do controle incidental de constitucionalidade. Essas súmulas têm natureza de ato jurisdicional normativo, isto é, de ato típico e exclusivo da função jurisdicional, que se situa em uma zona cinzenta da distribuição funcional

entre os Poderes do Estado, dado o seu caráter de obrigatoriedade e generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei (SIFUENTES, 2005, p. 275).

Nesse contexto, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade incidental, trata-se de ferramenta pela qual o STF, ao editar certo enunciado sobre a orientação adotada, pode atribuir eficácia geral e vinculante às suas decisões de inconstitucionalidade, aproximando os efeitos dessas decisões aos das oriundas do controle abstrato de constitucionalidade.

Sobre o tema, é pertinente registrar o julgamento do caso da proibição da progressão de regime pela prática de crime hediondo e equiparado. Em razão da controvérsia surgida sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de habeas corpus, decidiu a Corte editar a Súmula Vinculante 26.

Em conjuntura semelhante, foi aprovada a Súmula Vinculante 12. Após o julgamento de diversos processos de índole subjetiva, o STF consolidou o seguinte enunciado com efeitos vinculantes: “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

Outro precedente do STF bastante relevante é o Habeas Corpus 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que a Segunda Turma da Corte admitiu writ coletivo em favor de todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, para determinar a conversão da prisão preventiva, normalmente cumprida em condições degradantes, em prisão domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do CPP –, excetuados os casos de crimes praticados por elas, mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais devem ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegam o benefício (STF, 2018, s/p).

Essa foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu um habeas corpus coletivo, enquanto instrumento de combate à inconstitucionalidade

constatada no sistema carcerário brasileiro. O STF ponderou que o art. 580 do Código de Processo Penal faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual e, em razão disso, concedeu-a às pacientes relacionadas no feito e determinou a extensão dos efeitos dessa decisão, de ofício, a todas as demais mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional (STF, 2018, s/p). Nessa conjuntura, é possível perceber pioneirismo dessa decisão do STF. Embora o decisum tenha sido proferido em sede de processo subjetivo, seus efeitos expandem-se a todas as mulheres – número indeterminado de beneficiários – que se encontrem no mesmo contexto de inconstitucionalidade relatado.

Consigne-se também que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos (STF, 2009, s/p).⁴ Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Tal orientação evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente.

⁴ Ilustrativamente, a respeito da inconstitucionalidade de taxa de coleta, remoção e destinação de lixo, o STF julgou diversos processos sobre variadas leis municipais, com base na declaração de inconstitucionalidade da legislação do Município de Campinas-SP.

Finalmente, a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle incidental – já reconhecida no âmbito do STF e atualmente prevista expressamente no art. 927, § 2º, do Código de Processo Civil – está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão, na medida em que declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações.

Nesse sentido, ao julgar o Habeas Corpus 82.959, (STF, 2006, s/p) o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (proibição de progressão de regime nos crimes hediondos), assentando-se que a decisão de inconstitucionalidade não legitimaria qualquer pretensão à indenização daqueles que, em razão da proibição legal, tiveram que cumprir penas restritivas de liberdade em regime fechado.

Além disso, ao declarar-se a inconstitucionalidade da lei do Município de Mira Estrela que estabelecia um número de vereadores considerado desproporcional ao número de habitantes, anotou-se que a decisão teria eficácia a partir da próxima legislatura. Ademais, assentou-se que o Tribunal Superior Eleitoral haveria de editar resolução que explicitasse o número de vereadores que deveria compor cada câmara municipal (STF, 2004, s/p).

Em outra decisão, o STF declarou a inconstitucionalidade formal dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/1991, em face do art. 143, III, b, da Constituição Federal, estabelecendo que o efeito ex tunc da decisão ficaria limitado aos casos concretos suscitados antes da conclusão do julgamento, diante da repercussão e da insegurança jurídica que poderiam surgir, caso se admitisse possibilidade irrestrita de repetição de indébito de valores já recolhidos (STF, 2008, s/p).

Todos esses precedentes atestam a tendência de objetivação do controle incidental de constitucionalidade e a inconsistência da tese que insiste em afirmar a

existência de efeitos meramente inter partes nas decisões de inconstitucionalidade do STF decorrentes contencioso constitucional incidental.

3. DO RESSIGNIFICADO DO PAPEL DO SENADO APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO STF NO CONTROLE INCIDENTAL

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma,

superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

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

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

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale per se. A lei é constitucional e continua a ser. Da mesma forma, o instituto não tem nenhuma importância para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas

matérias nas quais a Corte, ao prover ou não dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

A suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica igualmente à declaração de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Além de tudo isso, é certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. Em outros termos, se o STF declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações, está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão, independentemente de intervenção do Senado.

Todos esses fundamentos demonstram o novo significado do instituto da suspensão de execução pelo Senado, no contexto da Constituição de 1988 e a imperiosidade de revisão do entendimento até aqui dominante.

A suspensão de execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na Constituição Federal de 1988. Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que foi decisiva para a

alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, as controvérsias constitucionais mais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, no modelo brasileiro misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

A interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós. Nesse sentido, constatou Lúcio Bittencourt (1949, s/p) que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia erga omnes, nem a chamada retroatividade ex tunc da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia ex tunc, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito.

Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era ipso jure nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. Essa foi a posição sustentada, isoladamente, por Lúcio Bittencourt (1949, p. 145-146):

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensão a sua execução.

Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal configurava a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

Não foi, contudo, o que se viu inicialmente. A jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão da Casa Legislativa mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo.

Ocorre que a ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC).

A disciplina processual conferida à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – que constitui instrumento subsidiário para solver questões

não contempladas pelo modelo concentrado (ADI e ADC) –, revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia erga omnes; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia inter partes.

No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei 8.038, de 1990, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrariasse súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC/73, acrescentado pela Lei 9.756/1998, e correspondente ao art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015).

Com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental.

Outro argumento, igualmente relevante, relaciona-se ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia inter partes. Como sustentar que decisão proferida em ação coletiva, em ação civil pública ou em mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de determinada lei, teria eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. No julgamento da ADI 4.071, o Relator, Min. Menezes Direito, negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade por entender que a Corte já se havia manifestado no sentido da constitucionalidade da norma impugnada em um recurso extraordinário. Essa decisão foi posteriormente confirmada pelo Plenário do STF (2009, s/p).

Outra situação decorre, como já comentado, de adoção de súmula vinculante (art. 103-A da CF, introduzido pela EC 45/2004), na qual se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional. Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante. A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Desde já, afigura-se inequívoco que a referida súmula conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. E isso em função de não ter sido alterada a cláusula clássica, constante

do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem que se reconheça eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade.

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, 2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não

terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também as incongruências, cada vez maiores, entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-se dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a ideia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal. Em verdade, a súmula vinculante permite conferir efeito vinculante aos próprios fundamentos determinantes das decisões adotadas, como referência do enunciado.

Por último, é imperioso registrar que a sistemática da repercussão geral faz com que as decisões proferidas nos processos-paradigmas espraíem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema, antes mesmo da conversão do entendimento em súmula vinculante. É mais uma fase do fenômeno de objetivação do recurso extraordinário que, há tempos, enfraquece a concepção substantiva do art. 52, X, da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade, expandem seus efeitos para além do processo subjetivo em que a matéria foi examinada. A expansão de efeitos pode decorrer de diversos fatores ligados à prática judicial, como a reprodução da decisão em outros casos análogos, por meio de decisões monocráticas de relatores; a edição de súmulas vinculantes; ou, ainda, a inserção do

tema na sistemática da repercussão geral.

Fato é que a clássica distinção quanto aos efeitos entre os modelos principal e incidental de controle de constitucionalidade perde força na atualidade, pelo menos no que diz respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal. Fenômenos como a abertura procedimental da jurisdição constitucional, por meio da possibilidade de ampla participação de amici curiae nos processos em trâmite na Corte, e a sofisticação das técnicas de decisão de inconstitucionalidade, inclusive com adoção de modulação de efeitos em decisões proferidas no contencioso constitucional incidental, revelam uma aproximação entre os modelos de jurisdição constitucional abstrata e incidental. A aproximação entre os modelos no que diz respeito aos procedimentos é um passo a mais para que haja efetivo reconhecimento de confluência acerca dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade formalizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Feitas essas considerações, acredita-se que todas as decisões de inconstitucionalidade produzidas pelo STF, sejam elas oriundas de controle abstrato de constitucionalidade ou do contencioso constitucional incidental, devem ter o mesmo valor jurídico: eficácia erga omnes e efeitos vinculantes em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

5. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BINEBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, 1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937**,



Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.357**, Rel. Min. Ayres Britto, Redator para acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.356**, Rel. Min. Eros Grau, Redator para acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071**, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 15/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 8.846**, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 9/4/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 109**, Rel. Min. Edson Fachin, Redator para acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Reclamação 10.590**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15/8/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 1º/9/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 9/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 576.321**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 13/2/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.335**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 22/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917**, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 7/5/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 559.937**, Rel. Min. Ellen Gracie, redator para acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 17/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 559.943**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26/9/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 562.276**, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 10/2/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 590.829**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/3/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 602.347**, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 12/4/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 11/9/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.052.700**, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2018.

CARVALHO FILHO, José S. **Repercussão Geral**: balanço e perspectivas. São Paulo: Almedina, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, n. 162, abr/jun. 2004.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. **Direito Público**. n. 2 – Out-Nov-Dez/2003, p. 55-82.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

USA. Suprem Court. Marbury v. Madison. 5 U.S. 137 (1803). **Justia**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.