



O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000

BINDING EFFECT IN BRAZILIAN SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE:
ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL CLAIMS 11.000 TO 13.000

Antonio Moreira Maués¹

Resumo

Este artigo analisa como o Supremo Tribunal Federal (STF) aplica o efeito vinculante de suas decisões e súmulas, especialmente no que se refere à vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário a elas. A pesquisa se baseou em coleta de dados sobre as reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000, a partir da qual foram identificadas três matérias que levaram ao ajuizamento da maioria das reclamações, concernentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.395, à Súmula Vinculante n. 10 e à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16. A análise da jurisprudência dessas reclamações demonstra que o STF admite que a vinculação dos juízes e tribunais às suas decisões e súmulas não os impede de fazer distinções e deixar de aplicar esses precedentes a determinados casos.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal; efeito vinculante; reclamações constitucionais.

Abstract

This article analyses how the Brazilian Supreme Court applies the binding effect of its rulings and summula, especially regarding its bindingness upon the other bodies of the judicial power. The research was based on the collection of data about the constitutional claims n. 11.000 to 13.000, from which we identified three most frequent subjects, related to the rulings on Direct Action of Unconstitutionality n. 3.395, Summula n. 10 and Declaratory Action of Constitutionality n. 16. The jurisprudential analysis of these claims shows that the Brazilian Supreme Court recognizes that the binding effect of its rulings upon judges and courts does not forbid them to make distinguishments and to decide not to apply these precedents to specific cases.

Keywords

Brazilian Supreme Court; binding effect; constitutional claims.

I QUESTÕES SOBRE O EFEITO VINCULANTE

Em abril de 2013, ao concluir o julgamento da Reclamação (Rcl) n. 4.374, o Supremo Tribunal Federal (STF) redefiniu o efeito vinculante de suas decisões, admitindo que uma norma declarada constitucional fosse posteriormente declarada inconstitucional. No caso concreto, tratava-se do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), cuja redação original assim dispunha: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”. Esse dispositivo vinha regulamentar o benefício mensal de um salário mínimo, previsto no art. 203, V, da Constituição da República (CR), destinado às pessoas com deficiência e idosos que comprovassem “não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Em agosto de 1998, ao julgar improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.232, o STF havia afirmado que o requisito de renda familiar *per capita* estabelecido pela lei estava de acordo com a Constituição. Assim, o efeito vinculante dessa decisão impediria que o parâmetro legal fosse afastado, o que ratificava a necessidade de comprová-lo para a concessão do benefício assistencial.

No entanto, o Judiciário continuou reconhecendo o direito ao benefício mesmo em casos nos quais a renda familiar *per capita* era superior a ¼ de salário mínimo, considerando que essa comprovação de renda seria “dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo” e que o limite legal “estabelece apenas um critério objetivo para julgamento, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência”.¹ A matéria chegou a ser objeto da Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, editada em abril de 2004, quase três anos após a publicação do acórdão do STF, nos seguintes termos: “A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Posteriormente, em maio de 2006, essa súmula foi cancelada.

Tal situação levou a que várias reclamações fossem ajuizadas pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) contra decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais. O histórico do julgamento dessas reclamações é lembrado pelo ministro Gilmar Mendes, relator da Rcl n. 4.374. Após um primeiro momento em que elas eram julgadas procedentes, os minis-

...

1 Os trechos citados constam no acórdão da Rcl n. 4.374 e reproduzem partes da decisão reclamada, oriunda da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. Vale observar que, no julgamento da ADI n. 1.232, o relator, min. Ilmar Galvão, defendeu o mesmo ponto de vista em seu voto vencido. Para o ministro, caso a hipótese prevista na lei fosse a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica, isso “afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição”, devendo-se conferir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, “segundo a qual não limite ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso”.

tros do STF perceberam que estavam diante de um caso que merecia uma apreciação mais demorada. Exemplo disso é a própria Rcl n. 4.374, cujo pedido de liminar foi negado em fevereiro de 2007.

No decorrer desse tempo, além das formas que foram criadas na justiça federal para “contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes”, foram editadas leis que estabeleceram critérios de renda mais favoráveis para a concessão de benefícios assistenciais: Lei n. 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; Lei n. 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; Lei n. 10.689/03, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; Lei n. 10.836/04, que criou o Bolsa Família. Diante desse conjunto de elementos, o STF concluiu que houve um “processo de inconstitucionalização” da norma contida no art. 20, § 3º, da LOAS, decorrente de “mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”. Ao fazê-lo, o STF também reconheceu que as reclamações constitucionais permitem a “reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas”, uma vez que nelas se dá a “oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”.

A decisão paradigmática da Rcl n. 4.374 demonstra como o instituto do efeito vinculante, embora tenha sido introduzido em nosso ordenamento em 1993, ainda está sujeito a diferentes interpretações e mudanças em sua aplicação. Antes dessa decisão, a doutrina já havia reconhecido a possibilidade de que o efeito vinculante não impedisse o STF de modificar seu entendimento sobre a constitucionalidade de uma norma. Segundo Barroso (2009), o efeito vinculante deve ser diferenciado do instituto da coisa julgada, que possui eficácia contra todos nas decisões em ADI e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). No que se refere às declarações de inconstitucionalidade, a eficácia da coisa julgada impede que outra ação direta seja proposta para obter nova manifestação do Tribunal, enquanto o efeito vinculante impede que os juízes e tribunais desconsiderem que a lei objeto da decisão foi declarada inconstitucional pelo STF.

Porém, no que tange às declarações de constitucionalidade, Barroso afirma que “nada ocorre com a lei em si” (BARROSO, 2009, p. 199), ou seja, essa decisão não produz coisa julgada material, a fim de que o STF possa “reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei” (BARROSO, 2009, p. 199). Assim, o efeito vinculante das declarações de constitucionalidade subordina “todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal” que poderá rever essa declaração “se assim lhe aprouver”, além de obrigar “à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior” (BARROSO, 2009, p. 204).

Para Marinoni, é possível rediscutir a declaração judicial de que a norma é constitucional, uma vez que a coisa julgada material “não constitui obstáculo à rediscussão da específica norma”

(MARINONI, 2010, p. 300), pois “reflete estado de fato e jurídico que existia em determinado instante”, o qual, sendo modificado, “faz surgir outra causa de pedir” (MARINONI, 2010, p. 302). Porém, mesmo que a coisa julgada não seja obstáculo para declarar a inconstitucionalidade de norma antes declarada constitucional, o efeito vinculante das decisões do STF proíbe os demais órgãos judiciais de fazê-lo, pois não lhes cabe “dizer que uma nova circunstância é suficiente para fazer cessar a eficácia da coisa julgada *erga omnes* – derivada de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade. Apenas o Supremo Tribunal Federal tem poder para revogar os seus próprios precedentes” (MARINONI, 2010, p. 312). Além disso, o efeito vinculante obriga os órgãos públicos a “respeitarem a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão” (MARINONI, 2010, p. 317).

Mesmo sem abordar a problemática da coisa julgada, Mendes considera que a eficácia *erga omnes* é “um atributo das decisões de mérito” (MENDES, 2014, p. 408), tanto na declaração de inconstitucionalidade quanto na declaração de constitucionalidade, obstando que a questão seja submetida, uma vez mais, ao STF. No entanto, reconhece que o Supremo pode reapreciar a questão, no caso de declaração de constitucionalidade da norma, quando houver “significativa mudança das circunstâncias fáticas” ou “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes” (MENDES, 2014, p. 413). Quanto ao efeito vinculante, ele abrange também os “fundamentos determinantes” da decisão, outorgando à decisão do STF “amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai” (MENDES, 2014, p. 486).

Podemos destacar dois pontos comuns nessas teorias. O primeiro deles diz respeito ao tratamento distinto conferido ao efeito vinculante das declarações de inconstitucionalidade e das declarações de constitucionalidade. Enquanto a declaração de inconstitucionalidade elimina o texto normativo do ordenamento jurídico, impedindo que ele seja aplicado, a declaração de constitucionalidade, ao manter o texto normativo, não impede que sua validade volte a ser discutida quando ele for aplicado a novos casos. A mesma situação pode ocorrer com a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as súmulas vinculantes. O segundo ponto se refere aos limites subjetivos do efeito vinculante, o qual se impõe aos demais órgãos do Poder Judiciário – além da Administração Pública –, mas não subordina de maneira estrita o próprio STF. Em outras palavras, as decisões do STF dotadas de efeito vinculante teriam uma eficácia vertical mais rígida do que sua eficácia horizontal.²

...

2 Um terceiro ponto comum entre esses autores localiza-se na adoção da tese do efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão. Apesar de sua relevância, essa questão não será abordada neste trabalho, cabendo observar que o STF não conta com jurisprudência firmada sobre essa tese, tendo chegado a refutá-la expressamente em algumas decisões (MAGALHÃES, 2015).

Embora a Rcl n. 4.374 tenha confirmado a tese de que o efeito vinculante das declarações de constitucionalidade não proíbe que a norma seja submetida novamente ao escrutínio do STF, algumas questões importantes sobre o tema permanecem em aberto. O caso do benefício assistencial demonstra que o STF pode admitir que os juízes deixem de aplicar uma norma declarada constitucional, uma vez que confirma a validade dessa decisão ao julgar improcedentes as reclamações apresentadas contra ela. Diante desse quadro, é necessário investigar mais profundamente qual o grau de vinculação do Poder Judiciário às decisões do STF, ou seja, em que situações os órgãos judiciais podem afastar a lei sem desrespeitar o efeito vinculante.

Outra questão, relacionada à anterior, incide sobre os critérios que o STF pode utilizar para rever sua jurisprudência. A mera admissão de que uma norma declarada constitucional possa ser posteriormente declarada inconstitucional não oferece argumentos suficientes para justificar essa mudança, uma vez que é preciso concretizar o tipo de circunstância fática ou jurídica que a autoriza. Assim, outra investigação necessária diz respeito aos fundamentos que podem evitar que essa revisão da jurisprudência seja feita de modo discricionário.

Este trabalho não pretende responder às questões acima, mas contribuir com a agenda de pesquisa que a elas corresponde por meio da análise de um conjunto de reclamações constitucionais, visando ampliar o conhecimento sobre como o STF interpreta e aplica o efeito vinculante de suas decisões, especialmente no que se refere a sua eficácia vertical. Como demonstra o caso da Rcl n. 4.374, as reclamações constituem fonte privilegiada para o estudo do efeito vinculante, uma vez que, ao julgá-las, o STF deve confrontar sua jurisprudência com os casos aos quais ela está sendo aplicada, o que lhe confere a oportunidade de especificar o vínculo que suas decisões impõem ao restante do Judiciário. Assim, esse tipo de estudo fornece dados empíricos sobre a jurisprudência do STF que podem contribuir para uma interpretação mais adequada da prática do efeito vinculante em nosso ordenamento.

Para cumprir com esses objetivos, selecionamos o ano de 2011 como período de estudo das reclamações constitucionais. Escolhemos esse ano para que fosse possível obter um maior número de decisões transitadas em julgado sobre as reclamações analisadas, considerando que a pesquisa foi iniciada em 2014. Além disso, o ano de 2011 trouxe um incremento significativo no número de reclamações ajuizadas em relação ao ano anterior,³ o que indicava a chegada de novos conjuntos de casos ao STF, favorecendo a ampliação de nosso campo de estudo.

A fim de facilitar a coleta de dados desse período, decidimos trabalhar com as reclamações de número 11.000 a 13.000, a primeira delas distribuída em 02/12/2010 e a última

...

³ Em 2010, foram distribuídas 1.259 reclamações; em 2011, esse número ascendeu a 1.801.

em 25/11/2011.⁴ Todas essas reclamações foram pesquisadas na página do STF na internet, digitando sequencialmente sua numeração no item “Acompanhamento Processual” e tabulando as informações sobre o relator, o reclamante, o reclamado, a situação processual no momento da pesquisa e a causa de pedir de cada uma delas. A partir desse banco de dados, foi possível identificar e selecionar as decisões dotadas de efeito vinculante e as súmulas vinculantes que constituíram, no período objeto de estudo, o fundamento da maioria das reclamações. Feito esse trabalho, passamos a analisar comparativamente o conteúdo das decisões do STF nas reclamações selecionadas, a fim de observar de que maneira casos similares são julgados pelo Tribunal e obter um quadro representativo de sua jurisprudência no período.

Na seção seguinte, apresentamos os resultados da análise dos dados, buscando, na seção posterior, debater os limites do efeito vinculante.

2 CASOS

A pesquisa na página do STF na internet revelou que há números de reclamações aos quais não corresponde nenhum processo,⁵ além de reclamações que não foram processadas por ausência de petição inicial. Excluindo-se essas situações, o universo de nossa pesquisa alcançou o total de 1.751 reclamações.

Nesse universo, três conjuntos de casos respondem por mais da metade (51%) do total: são as reclamações ajuizadas com base na ADI n. 3.395 (228 casos), na Súmula Vinculante n. 10 (244 casos) e na ADC n. 16 (430 casos),⁶ os quais serão analisados a seguir.

2.1 ADI N. 3.395

O primeiro conjunto de casos é bastante uniforme, sendo formado pelas reclamações ajuizadas com base na Medida Cautelar da ADI n. 3.395. Naquela decisão cautelar, tomada em abril de 2006, o STF produziu uma interpretação conforme à Constituição de seu próprio art. 114, I, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, determinando

...

- 4 Essa escolha nos permitiu reduzir o tempo da pesquisa, uma vez que a ordem de distribuição dos processos no STF não acompanha a ordem do ajuizamento das ações. Assim, uma reclamação distribuída em 2011 pode haver sido ajuizada em 2010, como ocorre, por exemplo, quando ela é remetida para a Presidência e posteriormente para o Relator.
- 5 Algumas vezes, há uma sequência de números na página do STF sem nenhum processo correspondente, como, por exemplo, do n. 12.143 ao n. 12.239.
- 6 Há um conjunto de 182 reclamações que foram ajuizadas com base tanto na Súmula Vinculante n. 10 quanto com base na ADC n. 16. Nesses casos, elas foram contabilizadas no âmbito da decisão da ADC n. 16, tendo em vista que ela constitui o tema principal dessas reclamações.

que esse dispositivo “não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-administrativa”, excluindo, assim, da competência da Justiça do Trabalho a apreciação dessas causas.

Aplicando sua consolidada jurisprudência sobre a matéria, o STF julga procedentes a maioria dessas reclamações: 53%, ou 122 reclamações. À primeira vista, o número daquelas que não tiveram julgamento favorável poderia ser considerado relevante, contudo, esses casos não indicam qualquer mudança da parte do STF quanto ao conteúdo da decisão dotada de efeito vinculante, uma vez que, em geral, resultam de desistência do autor ou da reconsideração do juízo reclamado (43 casos),⁷ além de casos em que a negativa de seguimento da reclamação decorre do trânsito em julgado da decisão reclamada ou da ausência de prova da relação estatutária ou administrativa entre o poder público e o reclamante trabalhista.

Em outros casos, o STF nega seguimento às reclamações por considerar que a ação que está sendo julgada na Justiça do Trabalho não trata do tipo de “relação jurídico-administrativa” que constitui a matéria da decisão da ADI n. 3.395. São reclamações que visam transferir para a justiça comum o julgamento de ações civis públicas que questionam a contratação de empresas, pelo poder público, para prestação de serviços de mão de obra terceirizada,⁸ ou o julgamento de ações contra empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo regime é de direito privado.⁹

Além disso, verificamos dois outros casos em que o STF admite que a justiça trabalhista é competente para julgar ações que envolvem servidores públicos:

- a) servidores contratados sem concurso: trata-se de situação em que servidores admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) adquiriram estabilidade por força do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República (ADCT). Aplicando o precedente da ADI n. 1.150, segundo o qual “a transposição automática do regime celetista para o estatutário é inconstitucional quando diga respeito a trabalhadores admitidos sem prévia aprovação em concurso público”, o STF entende que, nesses casos, não vigora a relação estatutária, reconhecendo, pois, a competência da Justiça do Trabalho para julgá-los (Rcl n. 11.017);¹⁰

...

⁷ Entre as 224 reclamações com base na ADI n. 3.395, destacam-se dois autores: o município de Estrela do Sul (MG), com 40 pedidos, e o município de São Gonçalo do Amarante (RN), com 50 pedidos, o que demonstra uma resistência localizada à decisão do STF, posteriormente vencida.

⁸ Por exemplo, Rcls n. 11.058, 11.330, 11.332, 11.336, 11.349, 11.370, 11.409, 11.454, 11.661, 11.688 e 12.875.

⁹ Por exemplo, Rcls n. 12.004, 11.315, 11.550, 12.598 e 12.856.

¹⁰ Cabe observar que essa decisão foi tomada em pedido de reconsideração de decisão monocrática que

- b) cumprimento de normas de segurança no trabalho: em ação civil pública que requer o fornecimento de local adequado para repouso e alimentação a empregados de empresas terceirizadas que prestam serviços aos hospitais públicos estaduais, o STF entendeu que não haveria “causa” entre poder público e servidor, mas obrigação de fazer imposta diretamente ao ente público, no que diz respeito ao meio ambiente do trabalho (Rcl n. 12.642).

2.2 SÚMULA VINCULANTE N. 10

Editada em junho de 2008, a Súmula Vinculante n. 10 possui a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Entre as 244 reclamações ajuizadas no período objeto de estudo, com base exclusivamente na Súmula Vinculante n. 10, 109 delas (44%) foram apresentadas pela Eletrobrás/Eletronorte.¹¹ Nessas reclamações, *nenhuma* delas julgada procedente, há uma repetição dos mesmos fatos: os pedidos buscam cassar decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que teria desrespeitado a Súmula Vinculante n. 10 em relação a dispositivos das leis n. 4.357/64 e n. 7.181/83 e do Decreto-Lei n. 1.512/76, todos versando sobre os critérios de correção monetária para a restituição de empréstimos compulsórios sobre o consumo de energia elétrica. Para o STF, o STJ teria apenas limitado a aplicação das normas legais a determinadas hipóteses, sem que isso representasse declaração de inconstitucionalidade, nem afastamento de sua aplicabilidade com base em fundamentos extraídos da Constituição. Além disso, essas reclamações representavam uma tentativa de levar o caso ao STF, uma vez que, em dezembro de 2010, o Tribunal havia rejeitado recurso extraordinário por ausência de repercussão geral da questão, entendendo que a matéria era restrita ao âmbito infraconstitucional. Sendo incabível, de acordo com o STF (Agravo de Instrumento n. 760.358), o ajuizamento de agravo de instrumento ou reclamação contra decisões que aplicam a sistemática da repercussão geral na origem, restou às autoras tentar, utilizando a Súmula Vinculante n. 10, ultrapassar a barreira imposta pela ausência de repercussão geral da matéria.

...

havia julgado procedente a reclamação, levando o relator, ministro Dias Toffoli, a modificar seu entendimento, com base no julgamento da Rcl n. 7.415. Contudo, no período objeto de estudo, identificamos três outros casos similares, apresentados pelo mesmo autor, o município de Tupã (SP), em que, monocraticamente, os ministros julgam procedentes as reclamações, sem que tenha sido interposto recurso (Rcls n. 11.413, 11.501 e 11.909).

- 11 Cabe observar que, no período, há outras 34 reclamações apresentadas por essas autoras, que tratam da mesma questão que será exposta. Nesses casos, contudo, o fundamento da reclamação não foi o descumprimento da Súmula Vinculante n. 10, mas o pedido para apreciar recurso extraordinário.

De maneira similar, o STF julga improcedentes várias outras reclamações por considerar que as decisões judiciais não afastaram a aplicação de dispositivo legal, mas sim o interpretaram de acordo com as circunstâncias do caso, não sendo admitido o uso da reclamação como meio para que o STF julgue se foi correta essa interpretação.¹²

Outros casos de reclamações às quais foi negado seguimento dizem respeito à aplicação, pelo STF, da norma do art. 481, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), acrescentado pela Lei n. 9.756/98, que torna desnecessária a decisão plenária quando houver precedente do plenário ou órgão especial do tribunal prolator da decisão ou do próprio STF sobre o tema. Por essa razão, várias reclamações foram julgadas extintas ou prejudicadas após o STF declarar a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/06, que dispunha ser o crime de tráfico de drogas insuscetível de liberdade provisória.¹³

Também merecem destaque as reclamações em que o STF especifica seu entendimento sobre o que significa “afastar a incidência” de lei ou ato normativo do poder público. Assim, o Supremo entende que a reserva de plenário não é exigida quando se trata de direito anterior à Constituição (Rcl n. 12.329),¹⁴ quando a decisão foi proferida em medida cautelar (Rcl n. 11.768 e Rcl n. 12.002), quando a decisão afasta lei municipal em favor de lei federal (Rcl n. 11.038) e quando a decisão afasta disposição regulamentar em favor de dispositivo legal (Rcl n. 11.442).

Para o STF, essas hipóteses são distintas daquelas em que o órgão fracionário deixa de aplicar a lei ao caso por entender que uma parte de seu comando não está de acordo com a Constituição, o que leva a que as reclamações sejam julgadas procedentes, como nos casos em que o Tribunal exige sentença condenatória transitada em julgado para aplicar a regressão do regime prisional pela prática de fato previsto como crime doloso, o que não está previsto no art. 52 da Lei de Execuções Penais (Rcls n. 11.006, 11.634, 12.898); ou quando entende que é necessária a representação da vítima em caso de crime de lesão corporal leve, contrariamente ao disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha (Rcls

...

12 Rcl n. 11.175 (diversos artigos do Código de Processo Civil – CPC); Rcl n. 11.237 e Rcl n. 12.799 (art. 7º da Lei n. 7.990/89 e art. 48 da Lei n. 9.478/97); Rcl n. 11.314 (diversos artigos do CPC); Rcl n. 11.519 (Lei Municipal n. 3.474/96); Rcl n. 11.672 (art. 38 da Lei n. 9.394/96); Rcl n. 11.755 (art. 544 do CPC); Rcl n. 11.776 (Lei Complementar n. 1.011/07 – Estado de São Paulo); Rcl n. 11.859 (diversos artigos do CPC); Rcl n. 11.929 (art. 481 do CPC); Rcl n. 12.268 (art. 476 do CPC); Rcl n. 12.367 (Lei n. 8.437/92); Rcl n. 12.510 (Lei n. 8.666/93); Rcl n. 12.525 (art. 535 do CPC); Rcl n. 12.884 (Lei Municipal n. 1.579/90); Rcl n. 12.960 (Lei Complementar n. 75/93).

13 Por exemplo, Rcls n. 11.007, 11.008 e 11.009.

14 Observe-se que o STF reconheceu a existência de repercussão geral nessa questão, que constitui o tema 441, ainda não julgado: “Exigência da regra constitucional da reserva de plenário para afastar a aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988”.

n. 11.219, 11.615, 11.774); ou ainda quando afasta a incidência do preceito sancionador do art. 180, § 1º, do Código Penal (Rcls n. 11.612, 11.614, 11.617).

2.3 ADC N. 16

Na análise das 430 reclamações com base na ADC n. 16, destaca-se que, embora a maioria delas tenha sido julgada procedente (229 – 53,3%), há um número significativo de reclamações que tiveram negado seu seguimento ou foram julgadas improcedentes (162 – 37,7%).

Nos termos da ementa do acórdão da ADC n. 16: “é constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º da Lei federal nº 8.666 [...]”. A aparente simplicidade dessa declaração, contudo, não elimina as divergências que surgiram no decorrer do julgamento entre os membros do STF.

A ADC n. 16 foi ajuizada pelo governador do Distrito Federal, por considerar que o dispositivo legal não estaria sendo aplicado, em especial na Justiça do Trabalho, em razão do Enunciado n. 331, IV,¹⁵ do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que conteria entendimento contrário ao da legislação, ao responsabilizar diretamente a Administração Pública por débitos trabalhistas quando contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

As divergências entre os membros do STF se manifestam logo em preliminar, tendo o relator, ministro Cezar Peluso, votado pelo não conhecimento da ação, por entender que o autor não havia indicado a controvérsia judicial que constitui condição da ADC, enquanto o ministro Marco Aurélio manifestou-se pelo conhecimento da ação, considerando que a súmula do TST já evidenciava a controvérsia existente na jurisdição trabalhista em torno da aplicação do art. 71, § 1º. Como se verá a seguir, essa divergência já expressava pontos de vista distintos sobre o mérito da questão, uma vez que o ministro Cezar Peluso aceita os argumentos do TST, segundo o qual a Súmula n. 331, IV, não se fundava em declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, o qual deveria ser aplicado aos casos em que “o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades”, mas não impediria que a Administração Pública tivesse sua reponsabilidade subsidiária reconhecida “ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*”. Já o ministro Marco Aurélio afirmava que a súmula do TST não era compatível com o art. 71, § 1º.

Tendo sido apresentado pedido de vistas pelo ministro Menezes Direito, posteriormente falecido, o julgamento foi retomado dois anos depois, com a apresentação do voto

...

15 “Súmula n. 331 do TST [...]”

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993)”.

da ministra Cármen Lúcia, que, conhecendo a ação, manifesta-se no mérito pela sua procedência, com o seguinte fundamento: “eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular”.

Na sequência do debate, o ministro Cezar Peluso admite declarar a constitucionalidade do dispositivo, mas com a ressalva de que a decisão do STF não impediria que a Justiça do Trabalho continuasse reconhecendo a responsabilidade da Administração “com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa”. Essa posição, embora admitisse que a “mera inadimplência” do prestador de serviço não seria suficiente para responsabilizar a Administração, não é a mesma de outros ministros que participam do debate, como o ministro Marco Aurélio, para quem: “o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço”. Embora essas posições dos ministros sejam manifestadas nos debates orais e não em votos por escrito, é possível identificar que o ponto central da divergência reside na maneira como eles avaliam eventuais condutas omissivas da Administração. Assim, para o ministro Cezar Peluso, a responsabilidade pode decorrer da omissão “na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado”, hipótese que, em seu caráter genérico, não é admitida pelos ministros Cármen Lúcia e Marco Aurélio, ou, para o ministro Gilmar Mendes, deveria constituir uma *culpa in vigilando* “patente, flagrante”.

Mesmo sem o acordo dos ministros sobre essas questões, a ADC n. 16 foi julgada procedente apenas com o voto contrário do ministro Ayres Britto. Na redação da ementa do acórdão,¹⁶ observa-se que o ministro Cezar Peluso fez constar sua posição, destacando que não poderia ser estabelecida a “transferência consequente e automática” à Administração dos encargos resultantes da execução de contratos, o que deixava em aberto a possibilidade de responsabilizar subsidiariamente a Administração com base em outras hipóteses.

Nas primeiras reclamações ajuizadas após a decisão da ADC n. 16, observa-se que os ministros julgam-nas procedentes de maneira uniforme, uma vez que as decisões reclamadas

...

16 “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.”

se fundamentavam na Súmula n. 331 ou mesmo declaravam inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.¹⁷

Contudo, em maio de 2011, o TST editou nova redação da Súmula n. 331, cujos itens passaram a ter o seguinte conteúdo:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É fácil constatar que essa nova redação da Súmula n. 331 representava, de parte do TST, uma tentativa de se ajustar à jurisprudência do STF sem eliminar a possibilidade de responsabilizar a Administração pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Para isso, o TST utiliza a posição manifestada pelo ministro Cezar Peluso no julgamento da ADC n. 16, reconhecendo que o “mero inadimplemento” das obrigações não é suficiente para essa responsabilização, sendo necessário provar a culpa da Administração, especialmente pelo descumprimento de seu dever de fiscalizar.

Assim, as decisões da justiça trabalhista sobre a matéria deixaram de afastar a aplicação do art. 71, § 1º, e passaram a responsabilizar a Administração com base em suas condutas, especialmente de caráter omissivo, de acordo com a nova redação da Súmula n. 331.

Essa mudança pode ser verificada nas próprias reclamações ajuizadas no STF e nos reflexos que produziram na sua jurisprudência. Assim, já em junho de 2011, o ministro Ayres Britto negava o pedido de liminar na Rcl n. 11.849, considerando que: “ao responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública por obrigações trabalhistas devidas a empregado de empresa contratada, *mas assim proceder após detida análise do caso concreto*, o acórdão

...

¹⁷ Por exemplo: Rcl n. 11.163 (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 07/02/11), Rcl n. 11.220 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 01/08/11), Rcl n. 11.285 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 02/05/11), Rcl n. 11.312 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 21/03/11), Rcl n. 11.333 (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 02/03/11), Rcl n. 11.468 (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 20/10/11). É comum que essas reclamações também apresentem como fundamento o desrespeito à Súmula Vinculante n. 10 por parte dos Tribunais do Trabalho, uma vez que o afastamento do dispositivo legal não obedecia à cláusula da reserva de plenário.

reclamado parece não haver violado nem a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal Federal nem o acórdão da ADC 16” (grifo nosso). De modo similar, o ministro Ricardo Lewandowski nega seguimento à Rcl n. 11.846 (*DJe*, 29/02/12) por verificar no caso que ficou “demonstrada a culpa do ente público”.

Podemos também exemplificar essa mudança com um conjunto de reclamações ajuizadas pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf). As primeiras delas foram julgadas procedentes, com base na Súmula Vinculante n. 10 e na ADC n. 16 (Rcl n. 11.456, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 03/08/11; Rcl n. 11.638, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 02/05/11). Posteriormente, algumas dessas reclamações passaram a ter negado seu seguimento. Por exemplo, na Rcl n. 11.726 (Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*, 04/12/12), em que a liminar havia sido deferida, a decisão final nega seguimento por reconhecer que “a decisão impugnada não destoa do entendimento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que *coligiu elementos concretos para demonstrar a omissão culposa* da Administração Pública na fiscalização do contratado, devendo, por isso, figurar como responsável, subsidiariamente, pelos encargos trabalhistas” (grifo nosso).

Dessa forma, vários ministros do STF passam a considerar que a decisão reclamada não viola a autoridade da decisão da ADC n. 16 quando ela indica em seus fundamentos que houve culpa da Administração no caso concreto. Na adoção desse entendimento, os ministros também destacam que não é possível na reclamação reapreciar o “contexto fático probatório”, o que contribui para que o STF reconheça como válidos os fundamentos adotados pelo juízo reclamado.

Exemplar dessa posição são as reclamações julgadas pelo ministro Celso de Mello, que apresentam sempre a mesma estrutura: após reafirmar a possibilidade de atribuição de responsabilidade subsidiária por comportamento culposos da Administração Pública, o ministro analisa o conteúdo do dever de fiscalização dos entes públicos, que abrange não apenas o controle prévio à contratação, mas também “o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei n. 8.666/93, art. 67)”. Após referências doutrinárias e jurisprudenciais, o ministro utiliza o parecer da Procuradoria-Geral da República, onde se indica, de maneira sucinta, que a decisão reclamada “concluiu pela culpa *in vigilando* da Administração. [...] A instância ordinária adentrou o tema referente à culpa omissiva do agente, não cabendo, nesse momento, analisar-se o acerto ou desacerto do julgamento”.¹⁸

Os últimos casos citados não significam, porém, que o STF tenha consolidado um entendimento uniforme sobre a matéria, como revela a análise de um conjunto de reclamações

...

¹⁸ Cf., por todos, Rcl n. 11.327 (*DJe*, 15/03/2013).

ajuizadas pela Universidade de São Paulo (USP), cujas decisões do STF são transcritas a seguir:

- a) Rcl n. 11.860, ajuizada em 10/05/11 contra decisão da 71ª Vara do Trabalho de São Paulo (Rel. Min. Luiz Fux, *DJe*, 17/04/13): “é dever legal das entidades públicas contratantes fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado”.¹⁹
- b) Rcl n. 11.878, ajuizada em 13/06/11 contra decisão da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 28/08/13): “não se expõe a conduta culposa [...] imputável ao ente público, na condução do contrato, que teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa [...] a autoridade reclamada vale-se de argumentos com caráter de generalidade para persistir no entendimento anteriormente sedimentado na Justiça do Trabalho [...] Somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos a interferir no dano apurado poderá o Poder Público ser responsabilizado [...]”.
- c) Rcl n. 12.417, ajuizada em 23/08/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 04/12/12): “o Tribunal Regional do Trabalho foi expresso ao afirmar que a empresa fornecedora de serviços era ‘inidônea’ e não foi fiscalizada adequadamente quanto ao ‘cumprimento das obrigações trabalhistas’, configurando-se a culpa ‘in vigilando’ da Administração”.
- d) Rcl n. 12.418, ajuizada em 23/08/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe*, 01/02/12): “No caso dos autos, não se expõe a conduta culposa (‘contrária aos padrões exigidos pelo Direito’) imputável ao ente público, na condução do contrato, que teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa a que foi adjudicado o objeto da licitação, decorrendo a responsabilidade subsidiária do Estado, ora reclamante, como consequência automática do inadimplemento das obrigações pela empresa contratada”.
- e) Rcl n. 12.617, ajuizada em 20/09/11 contra acórdão do TRT da 2ª Região (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*, 28/11/12): “Mostra-se descabida a pretensão de reconhecimento de obrigação subsidiária do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviço, em razão do inadimplemento da contratada”.

...

¹⁹ Tanto essa reclamação quanto a seguinte têm na origem reclamação trabalhista ajuizada contra a mesma empresa (Corporação Gutty de Segurança Patrimonial e Vigilância Ltda.).

- f) Rcl n. 12.618, ajuizada em 20/09/11 contra acórdão do TRT da 15ª Região (Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, 04/12/12): “Resta evidente que a recorrente dispôs de amplo arsenal contratual e documental para exercer satisfatoriamente a fiscalização da execução do contrato [...]. Dos autos não se extrai qualquer providência na execução da vigia do contrato, ou ainda que tenha ocorrido, não foi eficiente, posto que o cumprimento da norma coletiva para concessão de plano de saúde era de fácil fiscalização. [...] A instância ordinária adentrou no tema referente à culpa do fornecedor de serviço, não cabendo, neste momento, revolver as provas para analisar o acerto ou desacerto do julgamento de seu aspecto fático”.

Das várias decisões analisadas, extrai-se o quadro de uma corte dividida, em que os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Marco Aurélio julgam procedentes as reclamações, enquanto os ministros Celso de Mello, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski julgam-nas improcedentes.²⁰

Mesmo que façamos concessão à hipótese de que os casos acima contenham diferentes elementos fáticos ou que as decisões reclamadas contenham fundamentações muito diferentes – o que é difícil tendo em vista a proximidade temporal entre essas reclamações, sua autoria comum e que elas são ajuizadas contra decisões dos mesmos tribunais –, o que transparece são duas interpretações distintas da decisão do STF na ADC n. 16, no que se refere à importância da conduta omissiva da Administração diante de seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações do contratado. Essas interpretações condicionam a maneira pela qual os ministros valoram os elementos fáticos invocados nas decisões reclamadas e podem ser formuladas do seguinte modo:

- a) a responsabilidade da Administração decorre de uma grave omissão em seu dever de fiscalizar;
- b) a responsabilidade da Administração decorre de qualquer omissão em seu dever de fiscalizar.

...

²⁰ Observa-se, contudo, que os ministros que tendem a negar seguimento às reclamações reconhecem que há situações em que não se pode admitir a condenação do ente público, seja porque “o TRT sequer afirmou que a reclamante incorrera em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*” (Rcl n. 12.991, Min. Luiz Fux); “não há indicação de nenhuma conduta específica da Administração Pública que fundamente a responsabilidade subsidiária” (Rcl n. 12.661, Min. Teori Zavascki); “No caso dos autos o ato impugnado assentou a responsabilidade da parte reclamante exclusivamente no inadimplemento de sua contratada” (Rcl n. 12.708, Min. Roberto Barroso).

Cabe observar que essa divergência permanece no âmbito do STF, constituindo o tema 246 da repercussão geral: “Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço”.

3 OS LIMITES DO EFEITO VINCULANTE

Os três conjuntos de casos que constituem a maioria das reclamações do ano de 2011 demonstram que há várias situações em que o STF julga improcedentes as reclamações, considerando que não houve desrespeito à sua decisão dotada de efeito vinculante ou à súmula vinculante. Uma parte significativa desses julgamentos é formada por casos em que o STF entende que sua jurisprudência foi corretamente interpretada pelo órgão reclamado ou que o autor buscou utilizar a reclamação como “sucedâneo recursal”, levando ao STF questões que não podem ser apreciadas por essa via.

Em outros casos, porém, nota-se que o STF realiza algum tipo de ajuste em seu entendimento, reconhecendo como válida a interpretação da decisão ou da súmula feita pelo órgão judicial, mesmo quando ela se afasta de sua orientação. Isso ocorre, em especial, no âmbito da ADC n. 16, em que o STF admite hipóteses de responsabilização subsidiária da Administração, mas também se verifica no âmbito da ADI n. 3.395, em que pode haver casos de ações de servidores públicos julgadas na Justiça do Trabalho, assim como no âmbito da Súmula Vinculante n. 10, em que se reconhecem situações nas quais o Tribunal pode afastar a incidência de dispositivo legal ou ato normativo sem decisão plenária.

Como já observamos, há dificuldades para aplicação do efeito vinculante quando o texto normativo permanece no ordenamento jurídico, o que exigirá novas interpretações para que ele seja aplicado a novos casos. Seja quando o STF realiza interpretação conforme à Constituição (ADI n. 3.395), quando edita uma súmula vinculante (Súmula Vinculante n. 10) ou quando declara a constitucionalidade de uma lei (ADC n. 16), esse texto, ao ser aplicado, estará sujeito a novos contextos, nem sempre previstos no momento em que a decisão do STF é tomada e que podem fazer com que ela não seja aplicada a determinados casos.

A fim de compreender qual a concepção de efeito vinculante que se encontra representada nessas decisões, é preciso diferenciar as situações em que a reclamação é julgada improcedente porque o precedente não se aplica ao caso daquelas situações em que a improcedência decorre do afastamento do precedente. Na primeira hipótese, não podemos considerar que haja qualquer inobservância do efeito vinculante, uma vez que a não aplicação do precedente ao caso denota, simplesmente, que ele está regulado por outras normas; já na segunda hipótese, a não aplicação do precedente representa alguma forma de limitação do efeito vinculante, cujos fundamentos devem ser buscados.

Nas reclamações analisadas, nem sempre é fácil diferenciar essas situações. Summers e Eng (1997, p. 519 et seq) observam que o afastamento (*departure*) dos precedentes é mais difícil de ser identificado nos países de sistema romanista (*civil law*) do que nos países de

common law. Para identificar esse afastamento, é necessário primeiro definir que o precedente se aplica ao caso posterior, o que significa dizer que ambos tratam da mesma matéria. No âmbito do *common law*, essa similitude entre os casos é determinada pela presença de fatos relevantes comuns, cuja análise é feita de modo detalhado tanto pelos tribunais inferiores quanto pelos tribunais superiores. Assim, o afastamento do precedente pode ser prontamente identificado como uma decisão distinta acerca de um conjunto de fatos similares àqueles que constituíram a matéria do precedente.

Já no âmbito dos sistemas romanistas, as decisões dos tribunais superiores não apresentam de maneira detalhada a análise dos fatos, excetuando, em alguns países, a jurisprudência dos tribunais constitucionais. Na ausência desses elementos, a similitude entre os casos é determinada pela presença de uma questão de direito que lhes é comum e o afastamento do precedente significa que o tribunal toma uma decisão distinta sobre essa questão, cujo grau de abstração torna mais difícil definir se o precedente deve ou não ser aplicado ao caso.

Como se nota, o principal elemento usado pelos autores para fazer essa distinção reside no grau de análise dos fatos desenvolvido pelos tribunais. Assim, podemos afirmar que, quanto mais concreta for a formulação do precedente, isto é, quanto mais identificadas estiverem as situações às quais ele se aplica, mais fácil será definir os casos posteriores que devem ser regidos por ele.

Nos casos analisados, verificamos que há maior concretude nas decisões da ADI n. 3.395 e da ADC n. 16 do que na Súmula Vinculante n. 10, cujo conceito de “afastar a incidência” pode ser compreendido de maneiras muito diversas. Apesar disso, no julgamento das reclamações a análise das circunstâncias dos casos acaba se impondo aos ministros do STF, para que eles possam decidir que se trata da mesma “questão de direito” que foi resolvida no precedente ou se, ao contrário, há diferenças relevantes entre o caso objeto da decisão reclamada e o precedente, que justificam que ele não seja aplicado. Nos termos utilizados pelo STF, é preciso demonstrar a “identidade material” entre os casos para que o precedente se aplique. Essa análise vem a ser incentivada no próprio processo da reclamação, em que a autoridade, ou mesmo o interessado, apresentarão argumentos defendendo que não houve violação do efeito vinculante, tendo em vista as particularidades do caso.

Como é sabido, o uso dessa técnica das distinções (*distinguishing*) é uma forma frequente de afastamento dos precedentes na experiência do *common law*. De acordo com Bustamante (2012, p. 473), podemos identificar duas operações básicas no âmbito das distinções: a redução teleológica e o argumento *a contrario*. Na primeira operação, ocorre “a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apresentada como paradigma”; na segunda, “a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência”.

Enquanto a segunda operação revela-se mais difícil de ser separada da hipótese em que o precedente não se aplica porque não há similitude entre os casos, uma vez que, em

ambas as situações, a norma jurisprudencial “permanece intacta”,²¹ a redução teleológica revela-se útil para a análise da jurisprudência do STF. Nessa operação, ocorre uma diminuição do universo de situações compreendidas no precedente, “como uma forma de solucionar problemas de aplicação dessa norma aos casos particulares” (BUSTAMANTE, 2012, p. 474), o que se torna mais necessário quando sua aplicação “interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes” (BUSTAMANTE, 2012, p. 478).

Assim, quando o STF define que servidores públicos contratados sem concurso terão seus casos julgados na Justiça do Trabalho, ou quando decide que não é necessária a reserva de plenário para afastar a incidência de direito anterior à Constituição, lei municipal e regulamento, o Supremo está reduzindo, respectivamente, o universo de situações compreendidas na ADI n. 3.395 e na Súmula Vinculante n. 10. Nesse aspecto, o caso mais significativo é o da ADC n. 16, uma vez que a análise de suas reclamações evidencia que parte dos ministros do STF realiza distinções baseadas na conduta omissiva da Administração para reconhecer sua responsabilidade, afastando a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666.

CONCLUSÃO

Embora as reclamações analisadas neste trabalho não abarquem vários outros casos levados ao STF, consideramos que elas aportam elementos para refletir sobre os limites subjetivos do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Essas reclamações demonstram que o STF admite que a vinculação dos juízes e tribunais às suas decisões e súmulas não os impede de fazer distinções e deixar de aplicar esses precedentes a determinados casos. Portanto, o efeito vinculante não significa que os demais órgãos judiciais estejam impedidos de reapreciar a constitucionalidade de uma norma no caso concreto e deixar de aplicá-la, mas sim que eles devem apresentar argumentos que justifiquem seu afastamento do precedente. Consequentemente, a diferença entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos precedentes do STF deve ser matizada, uma vez que, embora os demais órgãos judiciais não possam revogar esses precedentes, eles não estão obrigados a aplicá-los a todos os casos potencialmente compreendidos por eles.

O ponto central da questão, portanto, parece se deslocar da ideia de que o efeito vinculante proíbe absolutamente que o Judiciário deixe de aplicar norma declarada constitucional pelo STF para o reconhecimento de que é possível fazê-lo, desde que haja bons argumentos que fundamentem o uso da distinção. Quais seriam esses argumentos? Nas reclamações objeto de estudo, observa-se que interpretações sistemáticas do ordenamento jurídico, com ênfase

21 O próprio autor reconhece que o uso do argumento *a contrario* tem “uma força de justificação relativamente frágil”, uma vez que sua aplicação depende da existência de uma “regra geral que estabelece consequências opostas à da norma-paradigma” (BUSTAMANTE, 2012, p. 502).

nos princípios constitucionais, revelaram-se fundamentos válidos das distinções nos casos analisados. No âmbito da ADI n. 3.395, o STF utiliza sua própria jurisprudência sobre o art. 19 do ADCT, junto com o disposto no art. 37, II, da CR; no âmbito da Súmula Vinculante n. 10, observa-se que a tese da não recepção do direito anterior contrário à Constituição elimina a exigência da reserva de plenário, assim com o princípio constitucional da repartição de competências autoriza afastar a lei municipal em favor da lei federal e o princípio da legalidade fundamenta o afastamento de decreto em favor de lei; no âmbito da ADC n. 16, parte dos ministros do STF invoca os princípios da legalidade e da moralidade públicas (art. 37, *caput*, CR) como base das decisões que reconhecem a responsabilidade da Administração. Vale lembrar que o mesmo tipo de argumento aparece na Rcl n. 4.374, em que a interpretação do benefício assistencial como um direito fundamental reconhecido “a quem dela necessitar” contribui para limitar o parâmetro estabelecido pela lei.

Embora não possamos afirmar que o STF utiliza de maneira sistemática esses argumentos, os casos analisados demonstram que eles servem para fazer distinções no direito brasileiro, o que demanda novas pesquisas para avaliar sua relevância na limitação da eficácia vertical das decisões dotadas de efeito vinculante.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Agradeço a Rafael Cruz Bemerguy e Bruna Fonseca Uchoa, discentes do Curso de Direito da UFPA, pela inestimável colaboração na coleta dos dados que subsidiaram este artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes. O fim da história? *Revista de Informação Legislativa*, n. 205, p. 161-188, jan.-mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

Antonio Moreira Maués

PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA).
DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP).

ammaues@uol.com.br