

ALESSANDRA APARECIDA CALVOSO GOMES PIGNATARI

**EFEITOS PROCESSUAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob orientação do Prof. Doutor Oreste Nestor de Souza Laspro

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2009

*Aos meus pais Waldir e Maria Julia, modelos de perseverança, entusiasmo e fé.
Ao Alê, pelo amor, apoio e compreensão.
À minha querida filha Julia, pelas horas roubadas.*

RESUMO

Constante alvo de preocupação dos processualistas, os efeitos das decisões judiciais ganham contornos inovadores e polêmicos no domínio da jurisdição constitucional brasileira. O presente estudo, além de fazer breve incursão sobre as premissas conceituais e classificatórias do controle de constitucionalidade, busca subsídios doutrinários sobre a classificação da sentença à luz dos efeitos que produzem, para, após, sistematizar ideias capazes de eliminar a falta de nitidez que paira sobre muitos dos efeitos produzidos na fiscalização judicial de constitucionalidade. A investigação se debruça sobre quais são esses efeitos, como e quando se operam no processo, o campo pelos quais se estendem e a quem alcançam; tal exame é feito de acordo com as características do controle difuso, incidental e concreto, de um lado, e da fiscalização concentrada, principal e abstrata, de outro. Nessa parte da pesquisa, para além de temas como o da retroatividade da decisão e o da modulação de efeitos, despontam, ainda: (i) a assimilação da súmula vinculante e da repercussão geral como institutos que potencializam a eficácia das decisões; (ii) projeção de efeitos *erga omnes* por meio de recurso extraordinário; (iii) o efeito vinculante visto como fator de aproximação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*; (iv) as características do denominado *processo objetivo*; (v) a força obrigatória dos motivos determinantes do decisório; (vi) natureza dúplice e *causa petendi* aberta das ações de controle abstrato, entre outros. Ao final, considerando-se os possíveis conflitos entre as decisões editadas no controle difuso e no concentrado, analisa-se o impacto de um processo sobre o outro. Nesse contexto, destaca-se a abordagem da ação rescisória e dos instrumentos previstos nos artigos 475-L, §1º, I e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil como possíveis caminhos de revisão da sentença que contraria decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Considerações conclusivas – de cunho crítico – encerram o trabalho.

Palavras-chave: efeitos das decisões judiciais, controle de constitucionalidade, resolução do Senado Federal, *stare decisis*, *common law*, modulação de efeitos, súmula vinculante, repercussão geral, processo objetivo, meios de revisão da sentença, coisa julgada

ABSTRACT

Object of constant concern for Procedural Law authors, the effects of judicial decisions gain new and controversial configurations in the scope of the Brazilian constitutional jurisdiction. This paper, besides presenting a brief overview on the conceptual and classificatory premises of the control of constitutionality, seeks support in legal writings on the classification of the sentences regarding the effects they produce, and then systematizes ideas capable of eliminating the lack of clarity in many of the effects produced in the judicial control of constitutionality. This study looks into such effects, how and when they manifest in the proceeding, the scope to which they extend and who they affect. Such examination is based, on the one hand, on the characteristics of diffuse, incidental and concrete control, and on the other hand, on the main and abstract concentrated control. In this part of the research, besides issues like retroactivity of decision and flexibilization of decision effects, other questions emerge, such as: (i) assimilation of binding precedent and of the “general repercussion” as potentializing agents of the efficacy of the decisions; (ii) projection of *erga omnes* effects, by means of extraordinary appeal; (iii) binding effect seen as a factor of approximation between *common law* and *civil law* systems; (iv) the characteristics of the so-called *objective proceeding*; (v) the binding force of the motives that determine the decision; (vi) double nature and open *causa petendi* of the actions of abstract control, among others. Finally, considering the possible conflicts between the decisions passed in the diffuse control and in the concentrated control, the impact of one proceeding on the other is analyzed. Accordingly, rescissory action and instruments provided for in articles 475-L, paragraph 1, I and 741, sole paragraph, of the Code of Civil Procedure, are highlighted as possible paths towards revision of sentence, which contradicts decision by the STF (Federal Supreme Court) in constitutional matter. The paper is concluded with critical considerations.

Keywords: effects of judicial decisions, control of constitutionality, Federal Senate resolution, *stare decisis*, common law, flexibilization of decision effects, binding precedent, general repercussion, objective proceeding, means for sentence revision, *res judicata*

SUMÁRIO

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO	9
1.1. Delimitação e importância do tema.....	9
CAPÍTULO II. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	13
2.1. Aspectos Gerais: premissas conceituais e classificatórias do controle de constitucionalidade	13
2.2. Características das principais categorias de controle de constitucionalidade	17
2.2.1. Controle Político e Controle Jurisdicional.....	17
2.2.2. Controles preventivo e repressivo; difuso e concentrado; incidental e principal (concreto e abstrato).....	21
2.3. Características do Controle Judicial de Constitucionalidade brasileiro	27
2.3.1. Combinação de diferentes métodos de controle	27
2.3.2. Disciplina Processual.....	31
2.3.3. Parâmetro e Objeto	32
CAPÍTULO III. EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: PREMISSAS CONCEITUAIS	37
3.1. Efeitos, Eficácia e Efetividade das Decisões Judiciais: distinção conceitual.....	37
3.2. Efeitos e Conteúdo das Decisões Judiciais: aspectos conceituais e sua relação com a Eficácia.....	39
3.3. Tipos de efeitos das decisões judiciais.....	42
3.3.1. Efeitos secundários	43
3.3.2. Efeitos reflexos	49
3.3.3. Outras denominações dos efeitos da decisão judicial.....	53
3.3.4. Classificação das sentenças (à luz do seu conteúdo e dos efeitos que produzem)	53
CAPÍTULO IV. EFEITOS DAS DECISÕES NO MODELO DE CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE	61
4.1. Efeitos <i>inter partes</i>	61
4.1.1. Efeitos <i>inter partes</i> : sua repercussão sobre a norma questionada	65
4.1.2. Efeitos <i>inter partes</i> e as tendências acerca da eficácia subjetiva das decisões do controle difuso-incidental	66
4.2. Efeitos da Resolução expedida pelo Senado Federal	70
4.2.1. Ampliação da eficácia das decisões do STF na via difusa e o papel do Senado Federal.....	76
4.3. Eficácia temporal das decisões (efeitos <i>ex tunc</i> e <i>ex nunc</i>).....	78
4.4. A teoria da modulação de efeitos temporais no controle difuso-incidental	83
4.4.1. Outras dimensões da modulação de efeitos no controle concreto	93
4.5. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais (CPC, 480 a 482)	95
4.5.1. Aspectos Gerais	95
4.5.2. Efeitos das decisões proferidas no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade	101
4.6. Repercussão das decisões do STF (tomadas em controle difuso-incidental) sobre outros feitos	107

4.6.1. Súmula Vinculante e Repercussão Geral de Questão Constitucional.....	107
4.6.2. Repercussão Geral de Questão Constitucional: aspectos conceituais e procedimentais	107
4.6.2.1. Efeitos da decisão que aprecia a Repercussão Geral de Questão Constitucional.....	110
4.6.3. A denominada “objetivação” do Recurso Extraordinário.....	114
4.6.4. Eficácia ampliativa dos efeitos das decisões do STF no controle concreto e <i>stare decisis</i>	119
4.6.4.1. <i>Stare Decisis</i> : principais contornos.....	119
4.6.4.2. Ampliação dos efeitos das decisões do STF no controle concreto, sua aproximação com o <i>stare decisis</i> e a dicotomia <i>civil law-common law</i>	124
4.7. Outros efeitos e discussões.....	127
4.7.1. Controle difuso-incidental de constitucionalidade no âmbito do recurso especial.....	127
4.7.2. Efeito Uniformizador e Preventivo Geral.....	132
4.7.3. Efeitos do controle difuso-incidental exercido nas ações coletivas.....	134
4.7.4. Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão	140
CAPÍTULO V. EFEITOS PROCESSUAIS DAS SÚMULAS VINCULANTES.....	146
5.1. Súmula Vinculante: aspectos conceituais e sua relação com o controle judicial de constitucionalidade	146
5.2. Súmula Vinculante e institutos similares do direito estrangeiro	149
5.3. O efeito vinculante da súmula do STF.....	152
5.3.1. Limites subjetivos do efeito vinculante da súmula do STF.....	155
5.3.1.1. Efeitos generalizantes	155
5.3.1.2. Alcance do efeito vinculante sobre os órgãos do Poder Legislativo.....	158
5.3.1.3. Alcance do efeito vinculante sobre os órgãos do Poder Judiciário.....	163
5.3.1.4. Alcance do efeito vinculante sobre órgãos decisórios não pertencentes à estrutura do Poder Judiciário	164
5.3.2. Limites objetivos do efeito vinculante da súmula do STF.....	166
5.3.3. Aspectos temporais e modulação do efeito vinculante da súmula do STF.....	169
5.3.3.1. Outras dimensões da modulação do efeito vinculante da súmula do STF.....	173
5.4. Da comparação entre súmula vinculante e norma legal: principais repercussões processuais.....	175
5.5. Outros efeitos processuais da súmula vinculante.....	180
CAPÍTULO VI. EFEITOS PROCESSUAIS NO CONTROLE CONCENTRADO, ABSTRATO E PRINCIPAL DE CONSTITUCIONALIDADE	185
6.1. Mecanismos processuais em que se exerce o controle concentrado, abstrato e principal.....	185
6.1.1. Aspectos gerais.....	185
6.1.2. Processo Objetivo	191
6.2. Efeitos <i>erga omnes</i>	194
6.2.1. Previsão legal e fundamentos teóricos.....	194
6.2.2. Efeitos <i>erga omnes</i> e sua repercussão sobre a ótica da norma apreciada na ação do controle abstrato.....	197
6.2.3. Eficácia <i>erga omnes</i> agregada à coisa julgada material	199

6.3. Efeitos vinculantes	201
6.3.1. Previsão legal e controvérsias sobre o significado do efeito vinculante.....	201
6.3.1.1. Nossa posição sobre o significado do efeito vinculante.....	206
6.3.2. Alcance objetivo do efeito vinculante	207
6.3.3. Alcance subjetivo do efeito vinculante e consequências de seu descumprimento pelos seus destinatários	210
6.3.3.1. Descumprimento ou não observância do efeito vinculante por seus destinatários e o cabimento de reclamação	215
6.3.3.2. Reclamação e mitigação do efeito vinculante	221
6.3.4. Compatibilidade do efeito vinculante com as decisões interpretativas do controle abstrato de normas.....	223
6.4. Alcance temporal das decisões.....	225
6.4.1. Efeitos <i>ex tunc</i> e <i>ex nunc</i>	225
6.4.2. Alcance temporal das decisões do controle abstrato sobre os atos jurídicos pretéritos.....	228
6.4.3. Alcance temporal da decisão de controle de inconstitucionalidade omissiva	231
6.4.4. Efeitos <i>represtinatórios</i>	235
6.5. Modulação de efeitos das decisões do STF.....	237
6.5.1. Dimensão temporal da modulação de efeitos	239
6.5.1.1. Constitucionalidade da modulação de efeitos.....	241
6.5.2. Outras dimensões da modulação de efeitos	246
6.5.2.1. Modulação de efeitos <i>represtinatórios</i> e o princípio processual da correlação entre sentença e pedido.....	250
6.6. Outros efeitos das decisões definitivas de mérito no controle abstrato.....	254
6.6.1. Efeitos do acolhimento e da rejeição do pedido na ADIn e na ADC, sob a ótica da coisa julgada.....	254
6.6.1.1. Indeferimento do pedido da ADIn e da ADC e a questão da natureza dúplice dessas ações	254
6.6.1.2. Propositura de nova ação de controle abstrato tendo por base uma mesma lei anteriormente considerada constitucional.....	259
6.6.1.3. Propositura de nova ação de controle abstrato com base em fundamentos diversos (e que existiam antes do trânsito em julgado da decisão primitiva)	264
6.6.2. Efeitos expansivos a preceitos normativos não indicados na petição inicial da ADIn.....	267
6.6.3. Efeito uniformizador.....	271
6.7. Efeitos processuais das medidas liminares em ações do controle abstrato	273
6.7.1. Aspectos gerais.....	273
6.7.2. Efeitos <i>erga omnes</i> , vinculantes, <i>ex nunc</i> e <i>represtinatórios</i>	276
6.7.3. Outras discussões.....	279

CAPÍTULO VII. CONVIVÊNCIA ENTRE AS DECISÕES DAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	281
7.1. Impacto das decisões definitivas de mérito do controle abstrato de normas em relação aos processos individuais em andamento e <i>sem</i> sentença transitada em julgado.....	281
7.2. Impacto da decisão definitiva de mérito de controle abstrato em relação aos processos individuais <i>com</i> sentença transitada em julgado.....	283
7.2.1. Superveniente decisão do controle abstrato e o cabimento de ação rescisória.....	286
7.2.1.1. Cabimento de ação rescisória e a interpretação divergente dos tribunais.....	287
7.2.1.2. O prazo para o ajuizamento da ação rescisória.....	291
7.2.2. Superveniente decisão do controle abstrato e outros mecanismos voltados para desconsiderar a sentença que contraria entendimento do STF	292
7.2.3. Superveniência de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e impugnação do título executivo judicial.....	295
7.2.3.1. Hipóteses de incidência dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC e o precedente do STF como pressuposto indispensável à impugnação.....	299
7.2.3.2. Precedentes do STF que servem de base para a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC.....	300
7.2.3.3. Influência da eficácia temporal e subjetiva dos precedentes do STF sobre a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC	303
7.2.3.4. O juízo rescisório e alcance dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC.....	304
7.3. Impacto da decisão de controle difuso-concreto sobre outros processos	308
7.4. Impacto das súmulas vinculantes em relação aos processos individuais em andamento e aos processos individuais com sentença transitada em julgado	310
7.5. Ponto de confluência entre decisão de controle abstrato e súmula vinculante.....	313
7.6. Impacto da decisão liminar do controle abstrato sobre outros processos.....	313
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	317
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	322

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação e importância do tema

Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e atos normativos, ele está sujeito ao controle do Poder Judiciário, “o mais importante e eficaz” dentre os meios utilizados para exame de adequação das normas à Constituição Federal.¹

Nesse cenário, tema dos mais sedutores é o estudo dos efeitos das decisões, velho conhecido dos processualistas, mas que, no campo da fiscalização judicial de constitucionalidade, ganha aspectos inovadores e alguns pouco explorados pela ciência processual; ganha, ainda, um certo toque de atualidade, pois além de ser a tônica de muitas das modificações introduzidas pelas recentes reformas do Código de Processo Civil e da nossa Constituição, também está na ordem do dia em ambientes forenses, notadamente nos julgamentos dos tribunais de cúpula do país.

A propósito, a jurisprudência do STF tem atribuído rumos surpreendentes à temática. Consagram-se, ali, ideias que vão desde um alargamento da abrangência do julgado (atingindo pessoas que não fizeram parte daquele processo e situações que não foram ali examinadas), chegando até mesmo a uma quebra de dogmas da processualística comum para afastar alguns efeitos que seriam nocivos ao interesse público, no trato da interpretação ou aplicação de texto constitucional.

Essa nova conformação da eficácia das decisões na órbita constitucional ganha ainda mais relevo quando se tem em mente que institutos como o da súmula vinculante (CF, art. 103-A, *caput*) e o da repercussão geral (CPC, arts. 543-A e 543-B), há pouco introduzidos no ordenamento brasileiro, reafirmam a possibilidade de uma orientação judicial se projetar para outros feitos. Some-se a isso, que o arcabouço legislativo (incrementado pelas minirreformas) realça a força dos precedentes judiciais

¹Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 139-140.

para além de uma eficácia persuasiva (alguns com efeitos “pouco menos que vinculativos”).²

Não por acaso, já se afirma que o palco do nosso controle de constitucionalidade tem sido redesenhado,³ fenômeno esse, aliás, que também se registra em outros países.⁴

Mas não bastassem as tendências jurisprudenciais, doutrinárias e as inovações legislativas, a própria configuração atual do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro também justifica que se reflita mais e melhor sobre as consequências das decisões tomadas nessa sede, pois correndo paralelamente uma ação do chamado *controle difuso* e outra do denominado *controle concentrado*, ambas tendo por objeto o mesmo preceito normativo, haverá interferências importantes de um processo em outro.

O presente trabalho pretende se ocupar, assim, de quais são os efeitos que derivam dos julgamentos em que se exerce o controle de constitucionalidade, como se propagam dentro e fora do processo, qual a sua extensão no tempo (desde quando e até quando perduram) e seu alcance em relação ao universo de pessoas atingidas pela declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Uma análise mais adequada desses aspectos inicia-se com o exame das principais características do nosso sistema de fiscalização de normas, eis que *conforme a sede em que tomada a decisão sobre a constitucionalidade, diversos são os efeitos gerados*.⁵

Também são ponto de partida para o objeto que se propõe investigar os aspectos conceituais e classificatórios dos efeitos das sentenças – matéria de viva polêmica doutrinária, mas que ao mesmo tempo fornece premissas bem definidas para preparar os raciocínios acerca das repercussões de julgamentos de tema constitucional. A propósito,

²José Carlos Barbosa Moreira. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, p. 189, jan./fev. 2006.

³Cf. Fernando Facury Scaf. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 604-605.

⁴Francisco Fernandez Segado, professor da Universidade de Madrid, chega a apontar uma certa desfiguração das características originais dos sistemas de constitucionalidade de diversos países, inclusive em razão de uma certa flexibilidade no arbitramento dos efeitos das decisões prolatadas pelos Tribunais Constitucionais (La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. 41, p. 69 e ss., 2002).

⁵Cf. Ada Pellegrini Grinover. Controle da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 12 e ss., abr./jun. 1998.

expressivas contribuições doutrinárias de processualistas alemães e italianos do fim do século XIX, bem como de juristas brasileiros no começo do século XX lançam importantes subsídios e desta questão cuida o capítulo III do presente trabalho.

Seguindo tal ordem de considerações, o estudo passa a ser bifurcado, ora voltando as suas atenções para os efeitos do exercício do controle difuso, incidental e concreto, ora direcionando o foco para aqueles efeitos que decorrem da fiscalização concentrada, principal e abstrata. São os capítulos IV e VI. Os efeitos da súmula vinculante foram tratados em capítulo próprio (o V), seja pela natureza diferenciada desse pronunciamento do STF, seja ainda por intercalar – em sua sistemática – particularidades do controle concreto e também do abstrato.

O estudo prioriza – é bom destacar – os efeitos de ordem *processual*, embora também sejam abordadas – mas apenas tangencialmente – algumas consequências provocadas pelo próprio *direito material* tratado nos provimentos judiciais. Nesse particular, o assunto tem estreito relacionamento com o direito constitucional.⁶ Por isso, alguns tópicos estudados envolvem uma necessária incursão nesse ramo do direito.

Temas outros como o da denominada “coisa julgada inconstitucional”, limites cronológicos e subjetivos da coisa julgada, mutação jurisprudencial, fortalecimento da função judicial na interpretação das normas,⁷ bem como aspectos da doutrina do *stare decisis* e de outros institutos de direito estrangeiro possuem inegáveis pontos de entrelaçamento com as investigações desse trabalho; por isso, mereceram ser lembrados – não em capítulo estanque, mas em itens diversos do texto, quando pertinentes aos efeitos aqui estudados.

Finalmente, as disfunções de ordem processual que podem ocorrer em razão da convivência entre o modelo difuso e o concentrado de controle são analisadas no capítulo VII. Pretende-se averiguar, sobretudo, se a superveniente decisão do STF ou até mesmo de outros órgãos judiciais daria ao interessado a possibilidade de postular a revisão ou a revogação de anterior sentença transitada em julgado e em sentido contrário.

⁶Como bem observa Humberto Theodoro Júnior, “no Estado de Direito, todo o arcabouço do ordenamento jurídico se apóia sobre o alicerce comum da Constituição. Acha-se na Carta, portanto, o ponto inicial de todo o tecido do direito positivo” (Garantias constitucionais do processo civil. *Revista Jurisprudência Brasileira*, n. 159, p. 37, 1999).

⁷Como já afirmou Oreste Nestor de Souza Laspro com referência ao papel do julgador frente à tutela da ordem coletiva, “passa o juiz a ter um papel importante na interpretação das normas, interpretação que pode mudar os destinos de um país” (*A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 21).

Os lineamentos acima expostos sinalizam a ampla gama de aspectos processuais que se descortinam no cenário dos efeitos do controle judicial de constitucionalidade. Assim, o presente trabalho se realiza na expectativa de contribuir com novos elementos teóricos, revisitar questões que ainda não foram respondidas ou suficientemente aclaradas e proporcionar uma sistematização dessas ideias. Seria enaltecedor atingir, ao menos em parte, esses objetivos.

CAPÍTULO II. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Aspectos Gerais: premissas conceituais e classificatórias do controle de constitucionalidade

Nas palavras de Alfredo Buzaid, “uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição”.¹

Em um sentido amplo, o fenômeno da inconstitucionalidade é abordado pela doutrina sob a ótica da *desconformidade*, *contrariedade* ou *incompatibilidade* de um ato normativo com a norma constitucional,² partindo-se da premissa de que existe um *escalonamento*,³ pelo qual há a *superioridade* da norma constitucional sobre as demais.⁴

Mas essa desconformidade não se refere apenas a leis: ela pode abranger outros atos legislativos (em sentido formal) ou administrativos de caráter normativo, bem como omissões legislativas e administrativo-normativas.⁵

¹Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 43.

²Nesse sentido, Lucio Bittencourt pondera que “inconstitucional é a lei que contém, no todo ou em parte, preceitos incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição” (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 53). Para José Afonso da Silva, a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição Federal é o que se pode denominar, tecnicamente, de inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 47).

³Consoante a consagrada construção teórica de Hans Kelsen, “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (*Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247). Há praticamente um consenso de que Kelsen formulou o discurso jurídico mais completo a respeito do escalonamento hierárquico das normas jurídicas. De outro lado, contudo, há muito mais tempo a história ocidental reconhece a existência de leis superiores. Assim, há entendimentos doutrinários no sentido de que a superioridade da Constituição decorre menos de postulados teóricos (como o de Kelsen) e mais de uma evolução histórica. Nesse sentido, vide Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. 2, p. 284; e Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.

⁴Cf. Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 10, 52-56. O autor explica que a superioridade hierárquico-formal da norma constitucional já podia ser encontrada – sob certo enfoque – no direito ateniense (Idade Antiga), foi cultivada pelo direito jus naturalista da Idade Média e apareceu com mais clareza no fim da Idade Média com o surgimento das cartas constitucionais.

⁵Cf. Elival da Silva Ramos. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. 2005. Tese (Concurso público para Professor Titular – Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 46. Nesse mesmo sentido: Oswaldo Luiz Palu. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 69 e 72.

A propósito, há várias espécies de inconstitucionalidades catalogadas pela doutrina, conforme os mais diversificados critérios,⁶ destacando-se:

(a) a inconstitucionalidade *material* e a *formal*. A primeira ocorre quando o *conteúdo* do ato normativo malfez a Constituição, enquanto que a segunda se dá quando não são observadas as regras de competência ou de procedimento – previstas na Constituição – para a elaboração dos atos normativos;⁷

(b) a inconstitucionalidade *por ação* (positiva ou comissiva) e inconstitucionalidade por *omissão* (ou negativa). A primeira modalidade ocorre quando o ato normativo infringe a Constituição; na segunda, o legislador ou administrador se omite ou deixa de praticar em tempo oportuno ato exigido pela Constituição.⁸ O tema da inconstitucionalidade por omissão é de reconhecida complexidade no cenário da doutrina.⁹

c) inconstitucionalidade *direta* ou *indireta*. Dá-se a primeira modalidade quando há um conflito direto e imediato entre o ato impugnado e a Constituição. Já a segunda categoria se configura, por exemplo, quando a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo atinge outras normas que dependem logicamente do ato impugnado (assim, se uma lei é inconstitucional, o decreto que a regulamenta também o será).¹⁰ Há doutrina que diferencia a inconstitucionalidade indireta daquela chamada *reflexa* (ou *oblíqua*), afirmando que nesta última categoria o ato normativo conflita diretamente com uma *lei*, podendo tal inconstitucionalidade atingir – oblíqua ou reflexamente – a

⁶Geralmente, os elementos que se levam em conta para a classificação das inconstitucionalidades são: “o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros” (Luis Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva 2006, p. 25-26).

⁷Nesse sentido, ver Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 26; Oswaldo Palu, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 83.

⁸Cf. Oswaldo Palu, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 74. Flávia Piovesan explica, ainda, que a omissão legislativa, em sentido jurídico-constitucional, “significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado” (*Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 79). Sob outra perspectiva, Elival da Silva Santos menciona que na inconstitucionalidade por ação, a irregularidade se projeta nos planos da validade, existência e o da eficácia dos atos jurídicos; na inconstitucionalidade por omissão, a caracterização da irregularidade se dá, “obviamente, no plano da existência” (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 47).

⁹A esse respeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho começa apontando que a caracterização da omissão “não é fácil” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35). Há diversos estudos doutrinários, inclusive, voltados para: (i) o momento de caracterização da inconstitucionalidade por omissão; (ii) sistematizar uma sub-classificação que melhor ajude a compreender o fenômeno (geralmente se classifica a inconstitucionalidade por omissão legislativa em total ou parcial); (iii) as consequências daí advindas (como a possibilidade de se configurar um processo de mudança da Constituição), etc. Sobre o assunto, vale conferir as obras de Flávia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, op. cit., especialmente p. 71-111) e de Anna Candida da Cunha Ferraz (*Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, especialmente p. 217-218).

¹⁰Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 40.

Constituição.¹¹ Do ponto de vista prático, tal classificação se revela importante na jurisprudência do STF, a qual não admite o exame de inconstitucionalidade indireta (no sentido de ‘reflexa’) em determinados processos.¹²

A doutrina constitucional sistematiza, ainda, várias *outras classificações*,¹³ assim como se aprofunda no estudo das categorias de inconstitucionalidade acima tratadas. Tais questões estão fora dos domínios deste estudo, mas o tema poderá ser enfrentado em capítulos futuros, sob a ótica dos efeitos das decisões judiciais que se deparam com tais vícios.

De todo o modo, é certo que por trás das premissas conceituais e classificatórias acima tratadas, prevalece sempre a ideia de *defesa* da Constituição.¹⁴ Para tanto, é necessário deflagrar medidas e mecanismos destinados a manter e restabelecer a *superioridade e força normativa* da Constituição. O *controle de constitucionalidade* é um desses mecanismos.¹⁵ Em outras palavras, o controle de constitucionalidade é a verificação ou fiscalização da conformidade dos atos normativos emanados do Poder Público em face da Constituição, com o objetivo de defender a *supremacia constitucional*.¹⁶⁻¹⁷ Há, aliás,

¹¹Cf. Oswaldo Palu, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 81-82.

¹²Assim, por exemplo, em matéria de cabimento de recurso extraordinário e de ação direta de inconstitucionalidade, a regra é que a afronta à Constituição Federal seja direta (STF, AgR. 159081, Rel. Min Celso de Mello – Inf STF 102; Adin1670-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 08.11.2002, p. 21: “Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o *confronto direto*, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal”; nesse sentido, ainda, Adin 3132-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.06.2006, p. 4: “Tem-se *inconstitucionalidade reflexa* – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição” (destacamos); no mesmo sentido: AI-AgR 557988-BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 07.03.2008.

¹³Na doutrina constitucional são encontradas outras classificações como: inconstitucionalidade total ou parcial, originária ou superveniente, etc. Nesse sentido: Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 498; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 39-41; Dirley da Cunha Júnior. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Edições Podivm, 2006, p. 152, dentre outros.

¹⁴Pontes de Miranda assevera que a *defesa* da Constituição “deve passar à frente de qualquer outra lei, por ser a lei que constitui o Estado” (*Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, t. 1, p. 237). Nesse mesmo sentido: José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887.

¹⁵José Afonso da Silva afirma que o controle de constitucionalidade é uma ‘*técnica especial*’, estabelecida pela própria Constituição, “*para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades*” (*Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 49).

¹⁶De acordo com Jorge Reinaldo A. Vanossi, “*el controle de constitucionalidad forma parte de los protagonistas de esa dinámica constitucional, como instrumento de ‘defensa’ del ordenamiento vigente y con pretensiones de agente descalificador de todos aquellos actos, normas y hasta hechos – con consecuencias jurídicas que pudieran afectar o erosionar la proclamada supremacia*” (*Teoria constitucional: supremacia y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. X).

¹⁷Para Michel Temer, o controle de constitucionalidade tem por objetivo, mais precisamente, “*impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição*” (*Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 40).

consenso doutrinário quanto à afirmação de que a supremacia das normas constitucionais é um dos pressupostos de existência do controle de constitucionalidade.¹⁸

Normalmente, o controle é estruturado por um sistema que adota um *regime sancionatório* para coibir os vícios de inconstitucionalidade. A esse respeito, a doutrina aponta duas grandes categorias de sanção: a *nulidade* (operando efeitos retroativos desde o nascimento da norma) e de *anulabilidade* (operando efeitos não retroativos, a partir da decisão do controle de constitucionalidade)¹⁹ – tema este que será mais propriamente abordado em capítulos futuros.

Os sistemas de controle de constitucionalidade se apresentam com considerável variedade de características em seus respectivos países. Dessa forma, e objetivando melhor compreender tais sistemas, a doutrina constitucionalista procura construir classificações desvinculadas de ordenamentos positivos, adotando – geralmente – critérios relacionados com a atividade do controle de constitucionalidade.

Tais sistemas de controle costumam ser ordenados conforme os seguintes aspectos:²⁰ (a) quanto à *natureza* do órgão controlador – neste caso, o controle de constitucionalidade é *político* ou *jurisdicional*; (b) quanto ao *momento* do exercício do controle, podendo ser *preventivo* ou *repressivo*;²¹ (c) quanto ao *órgão judicial* que exerce o controle, sendo ele denominado de *difuso* ou *concentrado*; (d) quanto à *forma* ou *modo* de

¹⁸Nesse sentido, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 49. Outro pressuposto também relevante do controle de constitucionalidade é a *rigidez* da Constituição, conforme observa Alexandre de Moraes (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223).

¹⁹Cf. Elival da Silva Ramos. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87. De acordo com esse mesmo autor, a seguinte metáfora ilustra e ajuda a compreender a relação existente entre vício, sanção e controle de constitucionalidade: “se o vício constitui a doença, a sanção é a sua evolução rumo à saúde constitucional, ao passo que os instrumentos do controle [de constitucionalidade] podem ser vistos como os remédios que auxiliam o curso dessa evolução” (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 51).

²⁰Canotilho afirma que vários são os critérios que se podem adotar para obter uma visão global dos diferentes tipos de controle. Além daqueles mais comumente levados em consideração pela doutrina, “sob o ponto de vista organizatório, os modelos de justiça constitucional reconduzem-se a dois grandes tipos: (1) o modelo unitário; (2) modelo de separação”. Pelo primeiro, todos os tribunais têm o direito e o dever de aferir a conformidade constitucional do ato normativo aplicável ao feito submetido à decisão judicial. Pelo segundo, confia-se a um Tribunal especificamente competente “as questões constitucionais” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 895-896; destacamos). O constitucionalista português Jorge Miranda também apresenta mais uma modalidade de classificação, sob a ótica dos interesses subjacentes à fiscalização: controle *subjectivo* ou *objectivo*, a depender do interesse pessoal existente na repercussão da constitucionalidade (*Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 498).

²¹Em Portugal, essa categoria é usualmente denominada de *controle sucessivo* (assim para Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 901-902; e também para Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 498).

controle, este é exercido por via *incidental* (também chamado de controle concreto) ou por via *principal* (denominado também de controle abstrato).

É possível uma combinação entre essas modalidades para a estruturação de um sistema de controle de constitucionalidade. O modelo difuso, por exemplo, costuma ser associado à via incidental e ao controle concreto; o modelo concentrado se associa, geralmente, com o controle principal e abstrato; o controle preventivo se relaciona com o controle político; o controle repressivo, com o jurisdicional, existindo diversas outras combinações.

Passemos, pois, à análise das características conceituais de cada modalidade e de como elas se entrelaçam. Tal incursão, diante dos limites e finalidades do objeto de estudo deste trabalho, não tem pretensão exaustiva.

2.2. Características das principais categorias de controle de constitucionalidade

2.2.1. Controle Político e Controle Jurisdicional

Tradicionalmente, a doutrina denomina de *político* o controle de constitucionalidade exercido por órgãos de natureza política (geralmente proveniente do Poder Legislativo ou de um órgão criado especialmente para essa finalidade) e de *jurisdicional* (também chamado de judicial, judiciário ou jurídico)²² aquele controle desempenhado pelo Poder Judiciário.²³

O país que mais costuma ser citado como exemplo dos que promovem um controle exclusivamente político (também denominado *não judicial*)²⁴ é a França, a qual

²²Barbosa Moreira se vale da terminologia “controle judicial” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 28). Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uso da expressão “controle judiciário” (*Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 31-32). Regina Nery Ferrari utiliza a denominação ‘controle jurídico’ (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 82).

²³Nesse sentido, dentre muitos que tratam do assunto, vide o escólio de: Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 26-27; Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 497; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 889, 897-899. Entre nós, confira-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 31.

²⁴Essa expressão é preferida por Rodrigo Lopes Lourenço, para quem o termo ‘controle político’ seria impróprio porque, num certo sentido, os juízes e os tribunais também formam um órgão político (*Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, passim).

possui o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), órgão que se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis (isto é, após a promulgação do ato normativo, não há mais espaço para o controle de constitucionalidade no direito francês). Razões históricas, ideológicas e de ordem prática levaram os franceses a repelir a fórmula do controle judicial.²⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de outra parte, defende que o controle judicial tem por si a *naturalidade*, eis que a verificação de constitucionalidade seria um caso particular de verificação de legalidade, atribuição essa frequentemente desempenhada pelo Poder Judiciário.²⁶

De todo o modo, o mais conhecido traço distintivo dessas duas modalidades de controle (a peculiaridade de o órgão controlador pertencer – ou não – à estrutura do Poder Judiciário) vem sendo alvo de críticas na doutrina, pois “a outros órgãos do Poder Judiciário podem ser atribuídas funções de jurisdição, do mesmo modo que a atuação do Judiciário nem sempre tipifica o exercício da função jurisdicional”.²⁷

Assim, saber se um órgão controlador detém – ou não – natureza jurisdicional, é questão que nos remete à noção de *jurisdição*. E há diferentes visões ou conceitos a respeito desse tema,²⁸ não sendo escopo deste estudo analisar cada uma delas ou as explorar em detalhes.

Para uma melhor diferenciação das funções como sendo de cunho político ou jurisdicional, contudo, vale mencionar a clássica concepção de que a jurisdição é, a um só tempo, “poder, função e atividade”,²⁹ sendo certo que do ponto de vista da *função*, a

²⁵Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 26-29 e especialmente, p. 96-99. Dentre as razões, destaca-se a circunstância de que o controle judicial (na visão dos franceses) daria aos juízes o poder de controlar deliberações do Poder Legislativo e do Executivo, contrariando o dogma da Separação de Poderes. Referido autor ainda cita como exemplo de países que adotam o controle político, o México e a Itália.

²⁶*Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 32.

²⁷Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 52. Sobre o tema de órgãos não-pertencentes ao Poder Judiciário exercerem funções jurisdicionais, vide José Afonso da Silva e Odete Medauar. Respectivamente, nas obras *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 690 e *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 426, ambos defendem que o Tribunal de Contas, no Brasil, realiza função jurisdicional administrativa; José Cretella Junior, de outra parte, não compartilha desse pensamento (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5, p. 2818).

²⁸Na doutrina brasileira, com ampla referência a esses diferentes conceitos de *jurisdição*, vale conferir a obra de Ovídio A Baptista da Silva. *Curso de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 23 e ss.

²⁹Para Cintra-Grinover-Dinamarco: a jurisdição “é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm tais órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete” (*Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 131).

“atuação do direito material”³⁰ é uma das características da função jurisdicional que mais a distingue das demais funções estatais, eis que “nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos”.³¹

Outros aspectos, que a doutrina processual chama de ‘*secundários*’,³² também ajudam a caracterizar e diferenciar – de certo modo – a natureza jurisdicional das funções estatais, a saber:

(a) o caráter de *substitutividade* (construção de Chiovenda, que significa dizer que o Estado, no exercício da jurisdição, substitui a vontade das partes pela sua);³³

(b) a existência de *lide* como uma característica constante da atividade jurisdicional (na teoria clássica de Carnelutti);³⁴

(c) a *inércia* dos órgãos jurisdicionais (entendida como a ausência de provocação espontânea – pelo Estado – da atividade jurisdicional);³⁵

(d) e a suscetibilidade de as decisões se tornarem *imutáveis*.³⁶

³⁰É de Chiovenda a teoria de que, *através da jurisdição, o Estado procura a realização do direito material, (Instituições de direito processual civil. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 3-14). Seguindo essa concepção ‘chiovendiana’, Flávio Yarshell afirma que “sob certo ângulo, a jurisdição é função e atividade típica do Estado, que invocando para si (ao menos como regra) o poder de pôr fim às controvérsias, reservou-se à função de declarar ou atuar coercitivamente a regra jurídica no caso concreto” (Tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999, p. 128).*

³¹Cf. Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v. 1, p. 330.

³²Nesse sentido: Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 132; Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 54.

³³*Principii di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1965, § 2º, reimp., p. 296. Essa tese de Chiovenda, quando lançada, foi alvo de críticas na Itália e também no Brasil. Entre nós, confirmam-se – por exemplo – as objeções de Galeno Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, p. 22). Contudo, a ciência processual moderna reconhece que nada obstante algumas críticas possam até ser acolhidas, *elas não invalidam* a doutrina de Chiovenda quanto ao caráter de *substitutividade* da jurisdição, no sentido de que o juiz substitui as partes para julgar de forma imparcial, por ser um terceiro, totalmente desinteressado no resultado – característica essa exclusiva da função jurisdicional (Ovídio A Baptista, *Curso de processo civil*, op. cit., p. 41).

³⁴Cf. Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1, p. 12. É do mencionado autor a consagrada definição de lide como o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*.

³⁵Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 134-135.

³⁶Nesse sentido, afirma Eduardo Couture: “La cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico tiene la virtud de reunir los caracteres arriba mencionados: la *irreversibilidad*, la *inmutabilidad* y la *coercibilidad*. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes e y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos” (*Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 263, p. 411-412; destacamos). Na doutrina brasileira, também compartilham desse modo de pensar Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14-15; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 136. A análise da imutabilidade do conteúdo da decisão editada em sede de controle de constitucionalidade será efetuada em capítulo próprio, por ser assunto que comporta questões atinentes aos efeitos e limites das decisões.

Nada obstante tais atributos, a *jurisdição* nem sempre é tomada em sua acepção clássica para rotular como *jurisdicional* – ou não – o órgão que exerce o controle de constitucionalidade.

Flávio Yarshell, por exemplo, considera possível sustentar, sob certo ângulo, que o controle *jurisdicional* de constitucionalidade se notabiliza pela circunstância de se tratar de um pronunciamento *motivado*, ao passo que no controle político não vigoraria tal exigência.³⁷

Alexandre de Moraes também deixa de lado a acepção clássica de jurisdição em determinadas situações do controle judicial de constitucionalidade e trabalha com uma concepção que *mitiga* a idéia de sujeitos processuais e de interesses concretos a serem dirimidos.³⁸

Esta última concepção, aliás, abre caminho para se compreender o que a jurisprudência e doutrina costumam chamar de ‘*processo objetivo*’, isto é, “*um processo sem sujeitos, destinado pura e simplesmente à defesa da Constituição*”, nas palavras de Gilmar Mendes³⁹ – assunto este, que por trazer questões de maior complexidade (atinentes aos efeitos das decisões judiciais do controle de constitucionalidade), será analisado posteriormente.

O que fica claro é que, conquanto a caracterização da natureza jurisdicional no controle de constitucionalidade seja um “tema permeado de dificuldades”,⁴⁰ é possível identificar elementos que ajudam a distinguir o controle político do jurisdicional. Para os fins deste estudo, e nada obstante as controvérsias existentes, temos por critério

³⁷*Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 109, especialmente nota 311. Tal afirmação do referido processualista tem por referência o voto proclamado pelo Ministro Moreira Alves na ADC 1/1. Christiane Boulos compartilha desse pensamento de Flávio Yarshell, adotando tal critério diferenciador do controle jurisdicional. Ressalva a constitucionalista, apenas, que conquanto *não haja a obrigatoriedade da fundamentação racional nas decisões do controle político, este não é desprovido totalmente de parâmetro ou de motivação* (bastando lembrar, por exemplo, que os motivos do veto presidencial a projeto de lei devem ser comunicados ao Presidente do Senado Federal, por força do art. 66, §1º da CF/88). Tal posicionamento se encontra em *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 33.

³⁸Referido constitucionalista trabalha com essa concepção, principalmente nos casos de controle jurisdicional abstrato. Defendendo tal acepção, Alexandre de Moraes chegou a discordar de algumas observações de José Rogério Cruz e Tucci sobre ação declaratória de constitucionalidade, ponderando que: “*as regras de jurisdição constitucional não devem ser presas às normas convencionais do processo infra-constitucional, em especial, por se tratar de regras de um processo objetivo [...]*” (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 244).

³⁹É o que afirma na obra *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

⁴⁰Como bem observa Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 109.

metodológico focar apenas os efeitos das decisões de controle de constitucionalidade emanadas por órgãos *judiciários*.

Cabe, por derradeiro, fazer uma importante distinção: as locuções “jurisdição constitucional” e “controle jurisdicional de constitucionalidade” não se confundem. Com efeito, aquela primeira designa a “atividade jurisdicional que tenha por matéria de trato a interpretação e a aplicação da Constituição”,⁴¹ enquanto esta última – além de ser mecanismo de defesa da Constituição – *é uma das formas de exercício da jurisdição constitucional*.⁴²

E para a melhor compreensão do objeto do presente trabalho, passemos a analisar as características de outros tipos de sistemas de controle de constitucionalidade, já que os efeitos das decisões neste cenário variam – dentre outros fatores – de acordo com as formas e possíveis combinações dos diferentes tipos de controle.⁴³

2.2.2. Controles preventivo e repressivo; difuso e concentrado; incidental e principal (concreto e abstrato)

Tradicionalmente, diz-se *preventivo* (ou *a priori*) o controle de constitucionalidade realizado antes do aperfeiçoamento do ato normativo,⁴⁴ isto é, durante

⁴¹Cf. Teori Albino Zavascki. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 20-21.

⁴²Esse é o entendimento de Mauro Cappelletti, para quem o controle de constitucionalidade é, certamente, “*um dos aspectos mais importantes*” da jurisdição ou justiça constitucional (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 23-24). Também pensa assim José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 49.

⁴³Nesse sentido, Christiane Boulos, *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 29.

⁴⁴No processo legislativo, a elaboração da norma consubstancia ato complexo; vale dizer, pode apresentar diferentes fases, a depender do ordenamento jurídico do país. No Brasil, há considerações no sentido de que o momento de aperfeiçoamento do ato normativo é a *promulgação* da lei (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 31) ou a publicação (Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., especialmente p. 60 e 64). Vale anotar que a promulgação, no Brasil, é o *ato pelo qual o Poder Executivo atesta a existência da lei e determina que seja aplicada e cumprida por terceiros*, como bem define Michel Temer. Em termos cronológicos, a promulgação é a fase do processo legislativo que ocorre *depois da sanção*, a qual consiste na “*aquiescência do Presidente da República aos termos de um projeto de lei*”, e *antes da publicação* (*Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 136).

Em Portugal também não há exatamente um consenso doutrinário sobre o momento do aperfeiçoamento do ato normativo, para fins de classificação do controle: Canotilho elege como esse momento a promulgação (entendida por aquele autor como “a publicação e entrada em vigor” da norma (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 901-902); Jorge Miranda diz que “*o ponto de separação parece ser a publicação, e não a sua entrada em vigor das normas*” (*Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 498).

seu processo de elaboração;⁴⁵ trata-se, pois, de controle que se destina a “impedir o ingresso, no sistema, de normas que, em seu projeto, já revelam desconformidade com a Constituição”.⁴⁶ De outra parte, é repressivo (ou *a posteriori*) o controle desempenhado depois de perfeito o ato normativo (já definitivamente concluído).

Já à luz do critério do órgão judicial que exerce a verificação de constitucionalidade,⁴⁷ fala-se em controle: (a) *difuso*, pelo qual *todos* os órgãos jurisdicionais são incumbidos de exercer o aludido controle; (b) o *concentrado*, em que o poder de controle é exercido por “*um único órgão ou por um número limitado de órgãos*”, conforme explica Barbosa Moreira.⁴⁸

Exemplo de controle difuso é aquele existente no direito norte-americano. Aliás, a doutrina costuma associar a origem desse tipo de controle ao famoso caso *Marbury versus Madison*,⁴⁹ relatado pelo então Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) dos Estados Unidos da América, John Marshall, em 1803,⁵⁰ que proclamou –

⁴⁵Elival da Silva Ramos acrescenta que o controle preventivo também ocorre quando completo o processo de formação do ato, *mas ainda sem publicação da norma no veículo de imprensa oficial*. Ressalva, ainda, o constitucionalista, que o controle preventivo é *inaplicável à fiscalização de comportamento omissivo*, pois a omissão contrária à Constituição somente se torna identificável *a posteriori* (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 60).

⁴⁶Cf. Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 42.

⁴⁷Mauro Cappelletti denomina tal ponto de vista como ‘subjetivo’ ou ‘orgânico’ (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 67). Também assim, José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 331.

⁴⁸Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 29. A doutrina majoritariamente faz referência ao controle concentrado como aquele que é exercido por um órgão apenas. Jorge Miranda, entretanto, defende uma possibilidade de a fiscalização concentrada envolver não somente um órgão, mas um número reduzido de órgãos (*Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 497).

⁴⁹Nesse sentido, manifesta-se, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O Sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista Unifio*, Osasco, ano 2, n. 4, p. 72, jan. 2001 e em seu *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 32.

⁵⁰Mauro Cappelletti, todavia, aponta que a origem do controle de constitucionalidade é mais remota, eis que existiram outros sistemas jurídicos mais antigos (como o da civilização ateniense), que contemplaram “*uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis – que, em terminologia moderna, podemos, exatamente, chamar de leis constitucionais ou ‘fundamentais’*”. O autor italiano, contudo, reconhece que as idéias proclamadas por John Marshall representam grande e importante inovação e com alcance universal, inclusive (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 48-49). Ainda nessa linha, Zeno Veloso, assevera que “Sem tirar os méritos do juiz Marshall, cuja decisão, em 1803, foi fundamental para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade”, alguns anos antes, nos Estados Unidos da América, *já havia um texto (de Alexander Hamilton), fixando algumas das idéias proclamadas pelo juiz Marshall: supremacia constitucional e consequente poder dos juizes de não aplicar leis inconstitucionais* (*Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39).

dentre outros pontos – a supremacia da Constituição e o poder dos juízes não aplicarem leis inconstitucionais nos casos que julgam.⁵¹

O sistema de controle de constitucionalidade da Suprema Corte dos Estados Unidos da América combinou a característica da difusão (dispersão da competência dos julgadores) com a técnica da *arguição incidental* (ou seja, a técnica de se suscitar a questão constitucional como *antecedente lógico* do pedido principal deduzido na demanda judicial). Por conta dessa combinação entre incidentalidade e difusão, é muito comum a doutrina se referir ao controle difuso como se incidental fosse – e vice e versa. Contudo, como já asseverado, tais categorias não são sinônimas.⁵²

Além disso, cabe mencionar que o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano é também chamado de *judicial review* e convive com o princípio do *stare decisis*, instrumento pelo qual as decisões dos Tribunais daquele país possuem uma espécie de força vinculatória a todos os respectivos órgãos judiciários que lhes são subordinados.⁵³ Esse sistema de controle traz questões relacionadas – notadamente – aos efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões judiciais, razão pela qual será ele mais detalhadamente analisado nos capítulos dedicados à abordagem dos referidos efeitos.⁵⁴

O sistema *concentrado*, de sua vez, tem como uma de suas principais bases as convicções doutrinárias de Hans Kelsen,⁵⁵ as quais foram recepcionadas, inicialmente,

⁵¹Com detalhes do julgamento e do conteúdo da decisão do *Marbury versus Madison*, vale conferir as obras de: Alexandre de Moraes, o qual aponta – até mesmo – as críticas que se dirigiram à originalidade da tese de John Marshall (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 95-101); e de Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 35.

⁵²Nesse sentido, Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 68. Também é assim para Luis Roberto Barroso, o qual afirma que a única exceção a essa combinação (difuso-incidental), no Brasil, seria a arguição de preceito fundamental, criada pela Lei. 9.982 de 3 de dezembro de 1999, que – a seu ver – passou a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 50).

⁵³Cf. Edward Re. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 702, p. 10, abr. 1994. Ressalva o autor, entretanto, que a doutrina do *stare decisis* “não exige obediência cega às decisões passadas”, havendo mecanismos para os demais órgãos do Judiciário decidirem de maneira diversa, se for o caso.

⁵⁴A respeito da doutrina do *stare decisis*, fazemos referência ao conteúdo dos itens 4.2 e 4.6.4 deste trabalho.

⁵⁵Vivendo a Europa um contexto de superação da soberania do Parlamento, Kelsen propôs, em coerência com seu pensamento de supremacia da Constituição, a concentração do poder de controle de constitucionalidade sobre apenas um único tribunal (*Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119, 186 e especialmente p. 131 e 153). Para tanto, Kelsen apontou mecanismos processuais próprios e viabilizadores do exercício da jurisdição constitucional na Europa; dentre eles, destacam-se: (i) em caso de dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato, em um caso concreto, o julgador deve suspender o andamento do processo e remeter a questão à análise do Tribunal Constitucional; (ii) a criação de uma espécie de órgão de defensoria da Constituição, perante o Tribunal Constitucional; (iii) a participação – no processo – da autoridade que emanou o ato impugnado; (iv) participação de interessados no processo que foi interrompido em razão de dúvidas sobre a constitucionalidade do ato normativo; (v)

pela Constituição austríaca de 1920.⁵⁶ A referida Carta instituiu uma Corte Especial (*Verfassungsgerichtshof*), com a competência exclusiva de exercer o controle judicial de constitucionalidade. Mais tarde (em 1929), esse sistema foi aperfeiçoado naquele país, por via de emenda constitucional.⁵⁷

Essa modalidade de controle se notabiliza, portanto, pelo fato de a função do controle de constitucionalidade ser monopolizada por um Tribunal competente. Tal característica, porém, não autoriza associar o funcionamento da Corte Constitucional *exclusivamente* ao sistema *concentrado*, pois tais instituições podem também conviver com o sistema difuso.⁵⁸

Nessa ordem de ideias, Pablo Ruiz Tagle Vial, professor de direito constitucional da Universidade do Chile, adverte que também não se deve vincular o modelo difuso como característica exclusiva do sistema jurídico norte-americano ou associar o modelo concentrado como traço exclusivo do sistema europeu.⁵⁹

extensão de efeitos da decisão de inconstitucionalidade a todos os casos em que o ato normativo impugnado deva ser aplicado; vi) a anulação do ato inconstitucional como garantia de defesa da Constituição (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 173-179); Kelsen também observou que o modelo de controle norte-americano é estruturado em sistema jurídico diverso do europeu, gerando incompatibilidades de diversas naturezas para a sua aplicação na Europa; ademais, o modelo americano traria grande risco de produzir *decisões contraditórias* sobre um mesmo assunto de ordem constitucional, em detrimento da segurança jurídica e da coerência das decisões (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 299-319, especialmente p. 307). Referida obra reúne 08 (oito) textos de autoria de Hans Kelsen, produzidos na primeira metade do século XX, trazendo suas ideias sobre controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional. Originalmente, a seleção desses textos foi feita pela Editora Giuffrè, em Milão (em 1981), sob o título *La giustizia costituzionale*.

⁵⁶Há registros, porém, de que a ideia de um monopólio de controle de constitucionalidade por um único órgão não seria originalmente concebida por Kelsen. Fala-se que Siyès já teria defendido a instalação de um *jure constitutionnaire*, em 1795 (consoante informa Roger Stiefelmann Leal. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47) e que G. Jellinek, em 1885, já teria abordado a ideia de uma espécie de Corte Constitucional (consoante informa Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 132).

⁵⁷Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 47. Sobre mais detalhes da reforma austríaca de 1929, vale conferir a exposição de Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., especialmente p. 105-108. Ainda a respeito, o professor da Universidade de Madri, Eduardo Garcia de Enterría, expõe que houve modificações no modelo europeu de controle de constitucionalidade, após a Segunda Guerra mundial; nesse contexto, os sistemas da Alemanha e da Itália, apesar de se basearem em elementos estruturais do sistema austríaco (como a fórmula kelseniana da “*jurisdicción concentrada*”), passou a adotar, de maneira aperfeiçoada, algumas características do modelo norte-americano, notadamente a ideia da Supremacia da Constituição (Controle de constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 5-9, out./dez., 1987).

⁵⁸É o que afirma Elival da Silva Ramos, baseado – inclusive – no pensamento de Carlos Mário Velloso. Um exemplo de sistema que comporta essa situação seria o do Brasil, ou seja, apesar de aqui se exercer o controle de difuso, o STF foi consagrado como Corte Constitucional pela CF/88. Acrescenta, ainda, o mencionado autor, que uma Corte Constitucional pode fazer parte – ou não – do Poder Judiciário (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 71).

⁵⁹Segundo o professor chileno, os fatores que caracterizam um sistema de controle de constitucionalidade “*no necesariamente dependen del lugar geográfico donde se manifiestan*” (Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía ruinosa. *Revista de Derecho Publico*, n. 61, p. 66 e 74, 1998-1999).

Entre nós, a distinção entre uma modalidade e outra é bem traçada por Elival da Silva Ramos: se houver dispersão de competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis, o controle é *difuso*; se apenas a um tribunal é confiada tal competência, o sistema é *concentrado*.⁶⁰

Outro critério definidor das categorias de sistemas de controle de constitucionalidade é o modo do exercício desse controle.

Sob esse prisma, ele é *incidental* quando, para a solução do caso concreto no curso de um processo, a alegação de inconstitucionalidade é suscitada como uma questão prejudicial, ou, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, como “*uma questão prévia que o juiz deverá apreciar antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada inconstitucionalidade existe, ou não*”.⁶¹ Como a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, tal fiscalização também recebe a nomenclatura de *controle concreto*.⁶²

Uma outra terminologia bastante comum na referência ao controle incidental (ou concreto) é a de *controle por via de exceção*. Trata-se, todavia, de expressão equívoca e que deve ser repelida, pois quando se fala em “exceção”, geralmente o que se indica é a *defesa* oposta pelo réu; contudo, nem sempre é o réu que levantará a questão de constitucionalidade, já que o próprio autor pode suscitá-la na fundamentação de seu pedido.⁶³

De outra parte, é chamado de *principal* o controle quando a questão da constitucionalidade de um ato normativo é o objeto exclusivo e autônomo do processo,

⁶⁰*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 66. Dirley da Cunha Junior anota a existência de autores que invocam uma terceira modalidade de controle quanto ao órgão, qual seja, *mista ou eclética* (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 96). Contudo, para Elival da Silva Ramos, não é adequado dizer que há um sistema misto, exclusivamente do ponto de vista da difusão e da concentração, pois seria híbrido ou misto tal sistema apenas se, por exemplo, “*uma determinada categoria de atos legislativos ficasse submetida apenas ao controle de constitucionalidade exercido por um único tribunal, ao passo que os demais atos estariam sujeitos ao controle difuso*” (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 66-67).

⁶¹Cf. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154.

⁶²É o que informa Dirley da Cunha Junior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 97. Em sentido divergente, Eduardo Appio entende que não há que se falar em um controle concreto, pois as particularidades do caso submetido a julgamento se situam no plano da aplicação da lei e não no do controle de constitucionalidade, ou seja, “o controle é sempre abstrato” (*A teoria da inconstitucionalidade induzida. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 35, p. 72 e 75, jan./mar. 2005). Trata-se, contudo, de opinião isolada no cenário da doutrina.

⁶³Nesse sentido se manifestam Ada Pellegrini Grinover, *O processo em sua unidade II*, op. cit., p. 154 e Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 50, para quem a alegação de inconstitucionalidade se tornou até “*mais freqüente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo*”.

sem dependência para com outro litígio. Geralmente se desenvolve por intermédio de um instrumento processual próprio.⁶⁴ É denominado também de *controle abstrato*, por considerar, na quase totalidade dos casos, a constitucionalidade de uma norma em tese (*abstratamente*), ou em outras palavras, independentemente da norma ser aplicada – ou não – a um caso concreto.⁶⁵

O controle principal (ou abstrato), por decorrer de modelo instituído na Europa (com os tribunais constitucionais), normalmente é associado ao controle concentrado. Mas – tal como acontece com os controles difuso e incidental – há exceções a esta combinação. José Carlos Barbosa Moreira dá exemplos: na Itália, Espanha e na Alemanha, atualmente, há controle *concentrado* também exercido *por via incidental*.⁶⁶ Também se encontra essa combinação de métodos no Chile.⁶⁷

É comum, ainda, ouvir que o controle concreto assume *feições subjetivas* ao passo que o controle abstrato passa a ter *caráter objetivo*, sendo este último entendido como a modalidade de controle de constitucionalidade que não se volta a um interesse pessoal de alguém, mas sim, à preservação da ordem constitucional (vale dizer: houvesse

⁶⁴Doutrinariamente, tais instrumentos são denominados de ‘ações diretas’, lembra Elival da Silva Ramos (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 74). Mauro Cappelletti também utiliza tal denominação (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 112).

⁶⁵Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 50-51. Todavia, o autor ressalva que, no Brasil, há uma exceção à regra do controle pela via principal assumir feição abstrata: a da denominada ação direta interventiva (CF, art. 34): “*Nesse caso, a manifestação não é em tese, mas in concreto*”. Também Clèmerson Clève adota essa posição: “*No Brasil, salvo quanto à ação interventiva, a fiscalização por via de ação (ação direta de inconstitucionalidade) é sempre abstrata*” (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 76). Elival da Silva Ramos lembra que, no direito alemão, também há uma exceção: a *verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), mecanismo de *via principal* que, sob certo ângulo, assumiria feições concretas (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 75).

⁶⁶*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 30. Mauro Cappelletti, também sobre isso detalhou: “[...] embora na Itália e na Alemanha não aconteça que todos os juízes sejam (como nos Estados Unidos) competentes para efetuar o controle de constitucionalidade, todos, porém, são, pelo menos, legitimados a requerer tal controle à Corte Constitucional. Todavia, a esta legitimação dos juízes acrescenta-se – quer na Itália, quer na Alemanha – também a legitimação de outros órgãos não-judiciários, que podem agir diretamente, ‘em via principal’, portanto, ou seja, ‘em via de ação’, e não apenas em via meramente ‘incidental’ ou ‘de exceção’, perante as Cortes Constitucionais destes países” (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 110).

⁶⁷A Suprema Corte chilena pode, a pedido das partes ou *ex officio*, reconhecer *incidentalmente* a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto. Acrescente-se, contudo, que existe naquele país a combinação de controle concentrado e principal, em que o *Tribunal Constitucional* (e não a Suprema Corte) exerce o controle preventivo de normas. Nesse sentido, vide: Francisco Fernandez Segado, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI*, op. cit., p. 79-80, 2002; e Keith S. Rosenn, *Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 171, jan./mar. 2004.

qualquer preocupação de se fiscalizar a constitucionalidade com vistas a tal interesse pessoal, aí sim o controle teria feições subjetivas).⁶⁸

A esse respeito, o constitucionalista Elival da Silva Ramos conclui que todo o sistema de controle possui ambas as faces (subjetiva e objetiva), sempre, porém, com a prevalência de uma delas, a depender de como o controle se estrutura no ordenamento jurídico no qual está inserido.⁶⁹

Apontados esses contornos acerca das modalidades do controle de constitucionalidade, passemos à abordagem das principais características do sistema brasileiro.

2.3. Características do Controle Judicial de Constitucionalidade brasileiro

2.3.1. Combinação de diferentes métodos de controle

O sistema brasileiro combina diferentes mecanismos e instrumentos de controle de constitucionalidade, sendo por isso classificado como “*eclético*”, nas palavras de Barbosa Moreira.⁷⁰

Nesse contexto, coexistem – no ordenamento vigente – o controle de constitucionalidade político e o jurisdicional. Via de regra, aquele primeiro se associa com o controle preventivo,⁷¹ assim como o repressivo se relaciona com o controle jurisdicional. Entretanto, também aqui existe a possibilidade de se exercer o controle político-

⁶⁸Essas definições são de Jorge Miranda: “I – Em razão dos interesses subjacentes à fiscalização, determinantes da iniciativa do respectivo processo, a fiscalização pode ser subjectiva ou objectiva. Diz-se subjectiva, quando se prende a um interesse directo e pessoal de alguém, quando tem por causa ou por ocasião a repercussão da ofensa da Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa se repercute em lesão ou ameaça de lesão de direitos ou interesses destas pessoas. Diz-se objectiva, quando, à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as normas constitucionais” (*Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 498). No capítulo VI, o denominado *processo objetivo do controle de normas* será examinado mais detidamente.

⁶⁹*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 78. A conclusão é baseada em lição de Jorge Miranda.

⁷⁰*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 31.

⁷¹Como exemplifica Gilmar Mendes, esse é o caso, no Brasil, do veto presidencial ou do controle exercido pelas comissões parlamentares no curso do processo legislativo (Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, p. 12, abr./jun. 1997).

repressivo,⁷² assim como o controle jurisdicional-preventivo (ou seja, controle jurisdicional sobre projetos de lei e de propostas de emenda à Constituição).⁷³

Quanto a esta última associação de métodos, há uma polêmica sobre ser cabível – ou não – o controle jurisdicional-preventivo no Brasil. Uma primeira corrente pondera que somente o Congresso poderia examinar eventuais inconstitucionalidades de atos normativos ainda não concluídos; com isso, a interferência judicial seria exorbitante e afrontaria o princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes.⁷⁴

Tal posição, contudo, contraria entendimento da jurisprudência do STF⁷⁵ e também da doutrina, as quais admitem – em caráter excepcional – uma espécie de controle preventivo judicial, através do exame de *mandado de segurança impetrado por parlamentares*,⁷⁶ objetivando o combate a vícios de inconstitucionalidade no curso do processo legislativo (CF, arts. 59 a 69).⁷⁷

⁷²Os exemplos mais comuns, citados pela doutrina, são a possibilidade de o Poder Legislativo sustar os atos normativos editados pelo Poder Executivo (CF, art. 49, V) e a recusa direta do Poder Executivo em aplicar norma inconstitucional, conforme apontam Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 46 e Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 42. Christiane Boulos inclui expressamente nessa situação a possibilidade de o Senado Federal suspender a norma declarada inconstitucional por decisão do STF, nos termos da CF, art. 52, X (*Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 36).

⁷³Conquanto o Brasil tenha adotado o controle judicial repressivo, nosso país admite, excepcionalmente, a realização do controle jurisdicional preventivo – conforme acentua Alexandre de Moraes – “apesar da inexistência de previsão legislativa expressa” (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 224).

⁷⁴Cf. Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 158.

⁷⁵O julgado considerado *leading case* do cabimento excepcional do controle judicial preventivo é o M.S. 20.257-DF, Rel. Min. Décio Miranda, DJ 27.02.81. Decisões nesse sentido se repetem e afirmam a impossibilidade de um controle judicial preventivo em sede abstrata: MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, D.J. 08.08.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, D.J. 12.9.2003; MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, D.J. 12.09.2003; MS-AgR 24667-DF, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 23.4.2004.

⁷⁶Nesse sentido: Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 225; Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 74; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 46; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 91-92; dentre outros. Para estes constitucionalistas o dito controle judicial se enquadra como controle *concreto-difuso-incidental*; Clèmerson Clève admite, ainda, a possibilidade de um controle preventivo judicial em sede abstrata, por meio de ação direta (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 74).

⁷⁷Sobre o tema, vale ainda conferir a tese de Christiane Boulos, para quem, no entanto, “o que se admite, no Supremo Tribunal Federal, não é propriamente um controle preventivo judicial”, mas sim “[...] a utilização de um mecanismo de controle difuso, que pressupõe a ofensa à norma constitucional por um ato jurídico, porém, não normativo” (*Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 84). Neste trabalho, a autora compara o sistema de controle preventivo judicial de Portugal e da França, fazendo, ainda, uma análise crítica ao sistema brasileiro e propõe critérios de adoção do controle jurisdicional preventivo no Brasil.

Controvérsias à parte, há consenso de que no sistema brasileiro predomina o modelo *jurisdicional-repressivo*,⁷⁸ que pode ser exercido tanto por *via incidental*, como por *via principal*, adotando, ainda, mecanismos de controle difuso e concentrado.

Assim, sobre o nosso sistema é importante sintetizar que:

(a) respeitadas as regras processuais de distribuição de competência, a qualquer juiz ou tribunal do país é reconhecido o poder de controlar a conformidade dos atos normativos à Constituição (*sistema difuso*), desde que a decisão do litígio reclame, como *premissa lógica*, o exame do tema da inconstitucionalidade – que se configura, portanto, como uma questão prejudicial;⁷⁹ vale dizer: no controle difuso, a matéria da constitucionalidade é causa de pedir (fundamento) e não o pedido deduzido na ação;⁸⁰

(b) o sistema brasileiro também convive com o *controle concentrado*, o qual é exercido exclusivamente pelo STF (no que se refere à fiscalização da Constituição Federal)⁸¹ e se desenvolve por *via principal*, onde a resolução da questão constitucional consiste no próprio pedido – e não como simples fundamento ou causa de pedir da ação.

Além disso, geralmente, *o controle difuso se associa aos modelos incidental e concreto, enquanto que o modelo concentrado se relaciona com o controle principal e*

⁷⁸Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 224. A doutrina acentua, ainda, que o controle político tem se mostrado, por vezes, ineficaz, na medida em que os órgãos que exercem tal fiscalização têm se pautado mais em critérios de conveniência, político e oportunidade do que propriamente na conformidade do ato com a Constituição. Nesse sentido, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 30-31. Além disso, a decisão do controle político não se revestiria do caráter da *definitividade*, podendo haver um controle jurisdicional *a posteriori* sobre a constitucionalidade do ato que ultrapassou o controle político. A respeito, vide a análise de Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 224-231.

⁷⁹Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 33.

⁸⁰Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, op. cit., p. 13-14. No mesmo sentido, vide Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade de Nery. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, nota 5 ao art. 1º da Lei 9.868/99, p. 1372. Todos esses autores destacam que a questão da constitucionalidade, nesses casos, é resolvida *incidenter tantum* e sobre ela não se forma coisa julgada material, nos termos do CPC, art. 469, III. O tema será mais profundamente examinado no capítulo IV deste estudo.

⁸¹Com efeito, o art. 102, I, *a* da Constituição Federal afirma competir ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Do mesmo modo, pelo art. 102, I, *p* é atribuída ao STF a competência para processar e julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade, sendo um dos principais objetivos efetivar imediatamente a suspensão do ato impugnado até o pronunciamento final nos autos principais, podendo haver, ainda, a eventual suspensão dos processos em que a norma esteja sendo discutida. A respeito, vide José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 335-336, especialmente nota 14.

abstrato.⁸² A doutrina reconhece duas exceções a essa última combinação de técnicas de controle: a ação de representação interventiva⁸³ e a arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental⁸⁴ – instrumentos pelos quais o controle é concentrado e exercido pela *via principal*, mas se conjuga com o modelo *concreto*.

Não se pode deixar de mencionar que existe o modelo concentrado também no âmbito do controle de constitucionalidade estadual; desse modo, compete ao Tribunal de Justiça dos Estados-membros, também mediante *via principal*, averiguar o ato normativo impugnado com relação a dispositivo da respectiva Constituição estadual (CF, art. 125, §2º).⁸⁵

Embora este trabalho se volte para o controle desempenhado pelo Poder Judiciário, cumpre-nos registrar, ainda, entendimentos doutrinários conferindo a possibilidade de se realizar um controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, também no juízo arbitral, valendo a decisão apenas para o caso concreto.⁸⁶

Mas retornando nosso foco para as decisões editadas pelos órgãos judiciais, fala-se, pois, que o Brasil adota técnicas dos dois “sistemas-tipo” de controle jurisdicional repressivo: norte-americano e austríaco, eis que nosso sistema se faz presente

⁸²Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 236-248.

⁸³Trata-se de instrumento que se originou na Constituição de 1934, com a designação *representação interventiva*. Atualmente é previsto no art. 36, III da CF/88 e pode ser postulado pelo Procurador Geral da República. É considerada como uma *ação direta* que envolve um litígio ou um conflito de interesses entre as unidades políticas da Federação; seu objetivo é o reconhecimento da violação aos princípios estatuídos no art. 34, VII da CF, para que se obtenha, posteriormente, a intervenção federal a ser decretada pelo Presidente da República; como explica Alfredo Buzaid, tal representação não visa a declarar a inconstitucionalidade do ato estatal, *mas carrega uma declaração incidental do comportamento omissivo ou comissivo do Estado (Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 100)*. Mais detalhamentos da medida são abordados no capítulo VI deste trabalho.

⁸⁴Prevista no art. 102, §1º da CF e art. 1º, parágrafo único da Lei 9.882/99. É batizada de *incidental* porque pressupõe a existência de um litígio (uma demanda concreta) já submetida ao Judiciário. Seus requisitos são a subsidiariedade e ameaça a lesão a preceito fundamental (cujo conceito é dado pela doutrina e jurisprudência), a necessidade de que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e se trate de lei ou ato normativo; eventuais processos em tramitação ficam suspensos; depois, o juiz ou tribunal, ao julgar a causa, não poderá ignorar a premissa lógica estabelecida na decisão da arguição. A medida será examinada, com maior minúcia, no capítulo VI deste estudo.

⁸⁵A propósito deste tema, vale conferir as obras de: Carlos Roberto de Alckmin Dutra. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005, passim; e de Léo Ferreira Leoncy. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, passim.

⁸⁶Nesse sentido, vide Nelson Nery Junior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 114; J.E. Carreira Alvim. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31-32. Os autores se pautam na seguinte ordem de ideias: se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido do poder compositor amigável, por que não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional, declarando-a ineficaz apenas na hipótese submetida a seu julgamento? Segundo ainda tal concepção, mesmo que a arbitragem seja revestida de princípios da jurisdição, o árbitro não teria função jurisdicional para decidir abstratamente sobre a constitucionalidade da lei, porque neste caso a decisão teria eficácia perante todos (*erga omnes*), o que seria incompatível com os limites do compromisso arbitral, restrito às partes.

tanto com feições de modelo difuso-incidental-concreto, quanto com características do modelo concentrado-principal-abstrato.⁸⁷

Gilmar Mendes assevera que a Constituição atual conferiu ênfase ao modelo *concentrado-abstrato* de constitucionalidade, uma vez que as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante *via principal*.⁸⁸ De todo o modo, o STF poderá realizar o controle de constitucionalidade tanto em suas ações originárias, quanto no exercício de sua competência recursal (mais frequentemente via recurso extraordinário).⁸⁹

2.3.2. Disciplina Processual

Do ponto de vista normativo, entende-se que o controle incidental por *juízo singular* não reclama uma disciplina processual específica,⁹⁰ mas com relação ao âmbito dos tribunais, os arts. 480 a 482 do CPC trazem breves disposições acerca do controle incidental exercido pelos seus órgãos fracionários (o que será abordado em item próprio, sob a ótica dos efeitos processuais das decisões que daí provêm).

O art. 97 da CF também estende o controle difuso aos Tribunais. Este dispositivo constitucional estipula, ainda, que somente pelo voto da maioria dos integrantes do plenário do Tribunal é que a inconstitucionalidade do ato normativo poderá ser declarada. Na observação de Sidney Sanches, esta última parte do mencionado art. 97 é requisito do controle incidental e também do principal.⁹¹

⁸⁷Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 51. Isso não significa dizer, contudo, que nosso sistema adota exatamente todas as premissas dos modelos norte-americano e austríaco – o que será abordado em capítulos futuros, sob o ângulo dos efeitos das decisões. Também não significa dizer que há uma convivência totalmente harmônica entre os dois sistemas, inclusive do ponto de vista processual; a doutrina destaca diversos inconvenientes, que serão tratados no capítulo VII deste trabalho.

⁸⁸*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 241.

⁸⁹Consoante aponta Barbosa Moreira, o controle difuso é exercitável, inclusive, pelo STJ, no julgamento de causa que lhe incumba originariamente ou em grau de recurso (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 33). Nesse sentido, também se pronunciou Sidney Sanches (*Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. Revista da Esmape – Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, n. 3, p. 514, jan./mar. 1997). O assunto será abordado mais detalhadamente no capítulo pertinente ao exame dos efeitos das decisões do controle difuso-incidental-concreto de constitucionalidade (capítulo IV).

⁹⁰Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 35.

⁹¹Aspectos processuais do controle de constitucionalidade, op. cit., p. 514. Consoante anota José Rogério Cruz e Tucci, trata-se de norma que traz regra de competência *interna corporis* para o julgamento da inconstitucionalidade (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 336).

Cumpra anotar que o controle principal exercido pelo STF, em processo de competência originária,⁹² é previsto, dentre outros dispositivos, nos arts. 102 e 103 da CF, e, ainda, nas Leis Federais 9.868/99 (que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade), pela Lei 9.882/99 (que trata da arguição de preceito fundamental). O sistema principal-concentrado pode ser provocado, ainda, por meio da *ação direta interventiva* ou *representação interventiva* (arts. 34 e 36, III da CF).

De outra parte, o controle difuso-incidental é exercido em qualquer tipo de processo judicial, merecendo destaque a fiscalização exercida no incidente de constitucionalidade dos tribunais (CPC, arts. 480 a 482), bem como no mandado de injunção e também nas chamadas ações coletivas (nestas últimas, por conta da polêmica existente quanto às consequências processuais das decisões que daí derivam e sobre a coisa julgada que se forma).

Todos esses instrumentos acima reportados serão analisados posteriormente, sob a ótica dos efeitos processuais das decisões judiciais que produzem.

2.3.3. Parâmetro e Objeto

Relevante trazer à baila algumas notas sobre o *objeto* e o *parâmetro* do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. O tema é de grande complexidade e polêmica. Devido aos limites do presente estudo, apontam-se apenas os aspectos que permitem uma compreensão mais abrangente do controle judicial exercido no Brasil, a fim de que, futuramente, sejam extraídas conclusões pertinentes aos efeitos processuais de seus respectivos provimentos.

Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro tem como *parâmetro* toda a Constituição formal (regras e princípios constitucionais expressos ou implícitos).⁹³

⁹²Consoante anota a doutrina constitucional, o controle concentrado, de competência exclusiva do STF, pode ser provocado pela via principal por meio das ss “ações diretas”: “(a) *ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADIN por ação)*; (b) *ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão)*; (c) *ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva)*; (d) *ação declaratória de constitucionalidade (ADC)* e (e) *arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)*” (Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 158; grifos constam do original). Existe entendimento de que o constituinte não pretendeu instituir uma ADIn por omissão distinta de uma Ação direta de inconstitucionalidade comissiva, pois aquela primeira seria apenas uma modalidade especial de exercício desta segunda; nesse sentido se posicionam Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 284 e Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 229.

⁹³Cf. Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 71. Nesse sentido também se pronuncia a jurisprudência do STF. Especificamente sobre esse tema, vale

Quanto ao alcance temporal desse parâmetro, a jurisprudência do STF pondera ser inconcebível, no *controle abstrato*, a impugnação de um ato normativo em confronto com Constituições pretéritas ou em face de texto da constituição atual, que tenha sido *revogado* por emenda constitucional.⁹⁴ De outra parte, há entendimento de que tal óbice não existiria: (a) na via difusa, diante de um caso concreto;⁹⁵ e (b) na arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹⁶

Quanto ao *objeto* do controle, nossos órgãos judiciários podem conhecer dos atos normativos (concluídos – ou não) e também da omissão dos Poderes Públicos (desde que contrária a um dever de ação consignado na Constituição Federal). O controle desses atos e omissões não inclui condutas de particulares.⁹⁷

Há reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que a *cognição* exercida sobre a lei ou ato normativo deve ser *ampla e irrestrita* no controle abstrato, seja para melhor salvaguardar a supremacia da Constituição,⁹⁸ seja para alcançar – em maior grau

conferir o voto do Ministro Celso de Mello na ADIn 595/ES, de 18.02.02. Os exemplos mais frequentes de adoção de *princípios implícitos* como parâmetro constitucional são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (“*consagrado princípio constitucional implícito cuja base é o princípio do devido processo legal*”), o princípio da segurança jurídica, o princípio da motivação dos atos administrativos, etc. – conforme anotam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 195-196. Apenas a título ilustrativo, em outros países, como a Bélgica, somente alguns dispositivos da Constituição servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. De outra parte, quando o parâmetro contempla não apenas a Constituição formal, mas também outras normas (como, por exemplo, normas internacionais) a que se reconhecem um *status* constitucional, ele assume feição de um *bloco de constitucionalidade*; este é o caso da Alemanha e da França, conforme anota Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 91-92. A expressão *bloco de constitucionalidade* foi desenvolvida pela doutrina francesa na década de 70 e, sob certo ângulo, designa o conjunto de disposições, princípios e regras de valor constitucional, na concepção de Louis Favoreu (*Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2004, especialmente p. 116).

⁹⁴Ou seja, no controle abstrato-concentrado, o parâmetro contempla normas da Constituição que ainda estejam em vigor. Nesse sentido: “o controle concentrado de constitucionalidade, na linha da jurisprudência do STF, há de ser feito mediante o confronto do ato normativo impugnado com as normas constitucionais em vigor, e não com normas revogadas ou substancialmente alteradas” (ADI-QO 1885-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18.05.2001, p. 431).

⁹⁵Assim entendem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 197-198.

⁹⁶Mas esse entendimento encontra controvérsias. Peculiaridades desse mecanismo do controle abstrato serão tratadas no capítulo V.

⁹⁷Cf. Regina Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 72. Assim, ainda que tais condutas sejam relevantes do ponto de vista jurídico, apenas aquela conduta normativa emanada do poder público é que pode ser alvo de fiscalização nos sistemas de controle de constitucionalidade. Nesse sentido: STF, ADI-MC 2195-MT, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 09.02.2001; ADI-MC 1434 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.96: “O controle abstrato de constitucionalidade somente pode ter como objeto de impugnação atos normativos emanados do Poder Público”.

⁹⁸“Possível é o julgamento amplo, adotando-se, assim, enfoque que privilegia o fato de exercer a guarda maior da própria Constituição e a circunstância de o provimento poder desaguar na declaração de constitucionalidade do ato normativo, sempre a pressupor exame amplo, sem as peias, assim, do que contido na inicial” (ADIn 139-6-RJ, voto do Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.1992). A orientação se mantém até os dias atuais (STF, ADIn 4071 AgR DF, Rel. Min. Menezes Direito, j. 22.4.2009, disponível no Informativo STF nº 543); na doutrina, vide Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho. A ‘*causa*

possível – a segurança das decisões ali editadas.⁹⁹ Vale dizer, o STF não fica vinculado aos fundamentos apresentados pelo requerente em sede abstrata; sua cognição abrange a análise da norma questionada em face de todo o texto constitucional. Tal peculiaridade, relacionada à causa de pedir e à denominada *natureza objetiva* do processo em que se exerce o controle abstrato de normas, será estudada posteriormente.¹⁰⁰

Ainda sob o ponto de vista da norma fiscalizada, há possibilidade de o controle judicial concentrado se estender a normas *estaduais* em face da Constituição Federal e de normas *estaduais e municipais*, tendo como paradigma a Constituição estadual (no primeiro caso, tais normas são fiscalizadas pelo STF, nos termos do art. 102, I, *a* da CF e, no segundo caso, as tais normas estão sujeitas ao controle pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro, por força do art. 125, §2º da CF). Existem hipóteses restritas de cabimento de *controle de normas municipais em face da Constituição Federal*, através da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁰¹

Afirma-se, ainda, que a inconstitucionalidade pode ser pronunciada *ex officio* pelo órgão julgador em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição, mas esse entendimento não é pacífico.¹⁰²⁻¹⁰³ De todo o modo, para a corrente que acolhe tal possibilidade, sustenta-se que a inconstitucionalidade poderia ser reconhecida de ofício,

petendi' aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. 2002. (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 141.

⁹⁹Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 44 e 123.

¹⁰⁰Além dessa amplitude já reconhecida no âmbito do controle abstrato e que será mais detalhadamente abordada no capítulo V, nota-se tendência para também se admitir um certo alargamento dos limites da cognição no recurso extraordinário, durante o exercício do controle concreto de constitucionalidade – tema a ser enfrentado no capítulo IV deste estudo.

¹⁰¹Cf. Oswaldo Palu, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 211.

¹⁰²Cândido Dinamarco, por exemplo, entende pela possibilidade do reconhecimento *ex officio* da questão da inconstitucionalidade (*Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 789). De outra parte, José Afonso da Silva se posiciona dizendo que o julgador *não* poderia se pronunciar de ofício *no controle concentrado*, com base na inteligência do art. 103 da CF. Contudo, tal possibilidade (de reconhecimento da inconstitucionalidade, *ex officio*) existiria, para José Afonso da Silva, no controle concreto-difuso, destacando o autor que: (i) o juízo de primeiro grau poderia conhecer, *ex officio*, a inconstitucionalidade, com base no art. 301, §4º do CPC, por se tratar a questão de uma das condições da ação (a possibilidade jurídica do pedido); (ii) nos tribunais, o pronunciamento *ex officio* da inconstitucionalidade deveria obedecer os regramentos do art. 480 do CPC (Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, RS, n. 25, p. 15-16, maio/jun. 2004).

¹⁰³O tema também não é pacífico na Argentina. Consoante o processualista Juan Carlos Hitters, a jurisprudência daquele país entende não ser possível reconhecer inconstitucionalidade de uma norma *ex officio*, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes; mas a doutrina argentina diverge desse posicionamento, principalmente porque a decisão em que a norma foi considerada inconstitucional tem eficácia limitada apenas às partes do processo, isto é, como a decisão não se aplica a todos, não se pode dizer que o magistrado invade a esfera de competência do legislador (*La jurisdicción constitucional en Argentina*. In: BELAUNDE, García; SEGADO, Fernandez (Coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 293-294).

inclusive, pelos ministros do STJ e do STF.¹⁰⁴ O tema será enfrentado, posteriormente, quando do exame dos efeitos das decisões editadas no âmbito dos controles abstrato e concreto de constitucionalidade.

Finalmente, merece destaque a possibilidade de o órgão julgador fazer uso de técnicas diferenciadas na análise da compatibilidade de um ato normativo em face da CF. Nesse cenário, desponta: (a) a denominada *interpretação conforme a Constituição*, em que se adota um sentido – para o ato normativo examinado – que guarde consonância com a CF, ou seja, tal técnica emprega a premissa de que uma norma não deve ser declarada inconstitucional se for possível interpretá-la em harmonia com a Constituição; (b) a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, por meio da qual o julgador reconhece a nulidade de apenas uma ou de algumas hipóteses de incidência do texto normativo questionado, sem excluir nenhuma parte de sua estrutura normativa.¹⁰⁵

Embora tais técnicas contem com previsão legal para as ações de controle concentrado,¹⁰⁶ elas também têm lugar no controle difuso,¹⁰⁷ mas com alcance limitado aos participantes do processo.

¹⁰⁴Nessas hipóteses, e em se tratando de controle concreto-incidental, seria possível superar, em certas circunstâncias, até mesmo o requisito do prequestionamento dos recursos especial e extraordinário, na opinião de Domingos Franciuli Neto (Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 187, jul./set. 2001). Também nesse sentido, Andrea Leonardo Coimbra. *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 133-135. Em sentido contrário: Leonardo Castanho Mendes. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 199 e 248. Abordando ambas as correntes sob a ótica dos efeitos do recurso especial e extraordinário e compilando rica jurisprudência, vide o estudo de Clara Moreira Azzoni. *Efeitos do recurso especial e extraordinário*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, especialmente, itens 2.2.6, 4.1.9 e 4.2, passim.

¹⁰⁵Outras técnicas e categorias de decisões são apontadas no cenário da doutrina, tais como: (i) a denominada técnica de “apelo ao legislador, em que o órgão julgador reconhece a constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador que uma situação inconstitucional poderá se formar no futuro; (ii) as chamadas sentenças *aditiva e substitutiva*, passíveis de emprego quando se reconhece um estado de inconstitucionalidade omissiva; etc. Tais figuras serão abordadas ao longo deste trabalho sob a lente da repercussão processual causada pelo seu entrelaçamento com os efeitos das decisões do controle de constitucionalidade. Para um estudo detalhado dessas técnicas e modalidades de decisão, vide Emilio Peluso Neder Meyer. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2008, especialmente os capítulos I, II e VI; Gilmar Mendes. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, especialmente título IV, capítulo III.

¹⁰⁶O art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 dispõe expressamente sobre essas técnicas no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, havendo entendimentos no sentido de que, por aplicação analógica desse regramento, são elas perfeitamente aplicáveis à arguição de descumprimento de preceito fundamental (Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade*. teoria e prática, op. cit., p. 284).

¹⁰⁷Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 95; conferindo destaque à técnica da interpretação conforme no controle difuso, vide Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 175; e Emilio Peluso Neder Meyer. *A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 59. Aparentemente de acordo, ver

A jurisprudência do STF não distingue com clareza as mencionadas categorias decisórias.¹⁰⁸ De todo o modo, tem se consagrado o entendimento (que nos parece rigorosamente correto) de que a *interpretação conforme* importa numa conclusão pela *constitucionalidade* da norma, condicionada à observância de uma dada interpretação, ao passo que na *declaração de nulidade sem redução do texto*, a decisão deverá concluir pela *inconstitucionalidade* de um dos significados da norma questionada.¹⁰⁹ Contudo, há quem equipare essas técnicas diante da proximidade do resultado prático que elas proporcionam.¹¹⁰

Além disso, há ampla gama de posições quanto à viabilidade do emprego dessas técnicas nos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade e quanto à sua associação com determinados tipos de efeitos projetados pelas decisões do STF – temas que serão mais detidamente enfrentados no capítulo V.

Em seu conjunto, todos os aspectos acima abordados mostram que a combinação de métodos de controle torna o sistema brasileiro bastante completo. Mas também é verdade que a coexistência dos modelos concentrado-abstrato e difuso-concreto pode apresentar incongruências e conflitos processuais de diversas ordens, notadamente, no campo dos efeitos que as suas respectivas decisões judiciais irradiam.¹¹¹

Passemos, pois, à análise desses efeitos.

Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 461.

¹⁰⁸Essa conclusão é extraída por Cláudio de Oliveira Santos Colnago após o exame e análise crítica de diversos julgados do STF acerca do assunto (*Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 189). Também se pronunciam com essa visão: Walber de Moura Agra. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Ed. Podivm, 2008, p. 161; Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 461 (o autor ressalva que o STF sinaliza uma certa equivalência entre essas categorias de decisão no âmbito do *controle abstrato*).

¹⁰⁹Nesse sentido, vide Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 462; Cláudio de Oliveira Santos Colnago, *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 139; Walber de Moura Agra, *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 160; José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 105 a 108; Emilio Peluso Neder Meyer. *A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 65; dentre outros.

¹¹⁰Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 183; Alexandre de Moraes reconhece uma relação de complementariedade entre essas modalidades de decisão (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 275).

¹¹¹Nesse sentido, e destacando diversas distorções derivadas da coexistência do controle difuso e concentrado, Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, op. cit., p. 15-16; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 498 e Teori Zavaski, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 20-21. Tais situações serão mais detalhadamente analisadas no capítulo VII deste trabalho.

CAPÍTULO III. EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: PREMISSAS CONCEITUAIS

Tema de reconhecida complexidade no direito processual, os efeitos das decisões judiciais ganham contornos ainda mais instigantes no âmbito do controle judicial de constitucionalidade.¹

Sem qualquer apego a preciosismos de terminologia (eis que não é este o propósito deste trabalho) e sem eleger, ainda, um determinado conceito como se fosse o único cabível, convém, primeiramente, diferenciar os *efeitos* das decisões judiciais de outros institutos jurídicos correlatos, com o objetivo de melhor compreendê-los.

3.1. Efeitos, Eficácia e Efetividade das Decisões Judiciais: distinção conceitual

O termo *efeito* das decisões judiciais, não raro, é empregado na doutrina processual como sinônimo de *eficácia* e vice e versa.² Soa comum, por exemplo, a expressão “eficácia vinculante” da sentença, assim como “efeito vinculante”, “eficácia constitutiva da decisão” ou “efeitos constitutivos”, “efeitos” e “eficácia” *erga omnes* da medida liminar e assim por diante.

Tais verbetes, entretanto, não se confundem.

Carnelutti já dizia que *efeito jurídico* é toda a *mudança* de uma situação precedente.³ Nessa esteira, *efeitos* correspondem à ideia de *consequência* do comando emitido na decisão, provocando *alterações* no mundo dos fatos.⁴

Já a *eficácia* costuma ser empregada em mais de uma acepção na linguagem jurídica:⁵ ora como a *aptidão* ou a *qualidade* (do provimento judicial) para produzir

¹Nesse sentido, Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 20.

²É o que observa Barbosa Moreira. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. In: _____. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176.

³*Sistema del diritto processuale civile*, v. 2, op. cit., p. 60.

⁴Nesse sentido: Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 147; Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 176; José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 19-20.

⁵Cf. Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 176. Roque Komatsu esclarece que, sob o ponto de vista da doutrina administrativista a conceituação de eficácia do ato

efeitos,⁶ ora como *conjunto de efeitos* produzidos pela decisão judicial,⁷ a depender do contexto em que a expressão é inserida.

Por trás dessas definições, reside uma antiga dicotomia da filosofia aristotélica entre a “*potência*” (*δυναμικς*) e o “*ato*” (*ενεργεια*).⁸ Vale dizer: transportando essa concepção para a teoria jurídica, “pode-se falar em eficácia como simples aptidão de produzir efeitos (em *potência*), como em conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em *ato*)”.⁹

Sob outro ângulo, Ovídio Baptista destaca a distinção entre *eficácia* e *efeitos* das decisões, por meio de elucidativa analogia: comparando-se a sentença a um medicamento, a eficácia equivaleria às *virtudes curativas* desse medicamento, e os efeitos aos resultados proporcionados pelo remédio. Dessa maneira, conclui que “não se pode confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo do enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento”.¹⁰

Direcionando o foco para os processos em que se resolve questão constitucional, temos que para além do conjunto de efeitos oriundos ou correspondentes à própria decisão (*eficácia processual*) é possível falar, ainda, sobre os que decorrem da validade ou invalidade da norma apreciada (*eficácia material*).¹¹ A tônica deste estudo se volta para aquela primeira categoria, mas na medida do necessário para a compreensão do

jurídico também tem duas posições: a que considera a eficácia como a idoneidade ou aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos e a que considera a eficácia como a produção de efeitos (*Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 35-36).

⁶Adotando esse enfoque, e com base nas idéias de Liebman, Cândido Dinamarco afirma: “*as decisões judiciais são dotadas de uma eficácia natural – conceituada esta como capacidade própria de produzir efeitos*” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 207).

⁷Nesse contexto, Pontes de Miranda afirma que a eficácia compreende a força e o efeito da decisão. O processualista esclarece, ainda, que a eficácia da sentença concerne: “[...] *ao conteúdo da sentença, como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento e execução); e) a efeitos anexos ou a efeitos reflexos da decisão*” (*Tratado das ações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 159 e 161).

⁸É o que registra Eduardo José da Fonseca Costa, que assim resume tal filosofia de Aristóteles: “Grosso modo, a semente traz consigo a aptidão in abstracto para que, uma vez lançada à terra para germinar, dela advenha uma árvore. Assim, diz-se que na semente há uma árvore em potência [...] Logo, germinada a semente e daí nascida a árvore, o que então era uma singela virtualidade teórica passa a reputar-se como realidade produzida em concreto” (*As noções jurídico processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 280, mar. 2005; destacamos).

⁹Cf. Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 175-176; os grifos não constam do original.

¹⁰*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176. Registre-se, todavia, que Ovídio Baptista não repudia a filosofia aristotélica como base de diferenciação da eficácia e efeitos da decisão; ao contrário: ele a aceita expressamente; pondera que a diferença fundamental entre *eficácia* e *efeitos* seria a de que a primeira configuraria uma *virtualidade operativa* capaz de produzir efeitos, enquanto estes seriam *atualizações* das eficácias, ou seja, resultados (da decisão) que podem – ou não – se produzir num momento posterior.

¹¹Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 55.

que se propõe estudar, a segunda modalidade de efeitos também será abordada ao longo do trabalho.

Vale notar, ainda, que efeito e eficácia também se distinguem de *efetividade*. Esta última *significa o grau de materialização dos preceitos normativos no mundo dos fatos*.¹² Prestigiosa doutrina aponta que, sob a ótica das decisões, a efetividade pode assumir sentidos diversificados, interessando-nos para os fins deste trabalho, a denominada de “efetividade qualitativa”, pela qual se obtém um resultado útil do processo, com o cabal cumprimento da decisão.¹³ Transportando tais premissas para o âmbito do processo em que se resolve uma questão constitucional, tem-se que a efetividade representaria uma medida de realização concreta do que se decidiu acerca da norma jurídica examinada; a não-observância ou inaplicabilidade desse pronunciamento acarreta consequências que serão estudadas em itens posteriores deste estudo.

Cumprindo advertir que o feito em que se exerce o controle de constitucionalidade, ainda que venha a apresentar determinadas particularidades, “materializa-se do mesmo modo que os demais processos, como um *instrumento da jurisdição*”.¹⁴ Por isso, embora até seja desnecessário dizer, aplicam-se aos efeitos, eficácia e efetividade do pronunciamento editado em sede de controle de constitucionalidade os mesmos conceitos e diferenciações dos demais.¹⁵

3.2. Efeitos e Conteúdo das Decisões Judiciais: aspectos conceituais e sua relação com a Eficácia

No contexto acima exposto, vale anotar que o *feito* se distingue, também, do *conteúdo* do provimento judicial.

¹²Nesse sentido, vide Eduardo José da Fonseca Costa, As noções jurídico processuais de eficácia, efetividade e eficiência, op. cit., p. 282. Ver, também, José Roberto Bedaque, para quem “esta (a efetividade) deve ser a preocupação do processualista” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 516).

¹³Luigi Paolo Comoglio faz menção à *effettività soggettiva*, *effettività técnica*, *effettività qualitativa* e *effettività oggettiva* (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 4, p. 1070, dic. 1994).

¹⁴Cf. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 142; grifamos.

¹⁵Nesse sentido, Teori Zavascki, por exemplo, atribui à *eficácia* da sentença (em sede de controle de constitucionalidade) o mesmo e consagrado conceito de *eficácia* de qualquer decisão judicial, qual seja, a “*aptidão para produzir efeitos*” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 20).

Em lição esclarecedora, Barbosa Moreira afirma que “os efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem”, notadamente porque este último (o conteúdo) “*integra* a decisão”, enquanto o efeito é *exterior* a ela (“é o que resulta da decisão”).¹⁶

Barbosa Moreira ressalva, ainda, que a diferenciação entre uma figura e outra nem sempre se manifesta com nitidez. Um exemplo dessa situação seria o emprego da expressão “efeito declaratório da sentença”. Nesses casos, se o doutrinador não tiver o cuidado de explicar em que consiste o efeito mencionado, há o risco de se confundir o *efeito* com a *própria declaração* (que é o conteúdo da sentença) – o que, para Barbosa Moreira, seria uma impropriedade.¹⁷

De todo modo, é natural que a linguagem doutrinária chegue a ponto de dar conotação semelhante a *conteúdo* e *efeito* da decisão,¹⁸ até mesmo porque há uma forte relação entre essas figuras, na medida em que o ordenamento atribui a cada decisão efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo,¹⁹ inclusive *na seara do controle judicial de constitucionalidade* – como será estudado em capítulo futuro.

Aliás, tão profunda é a relação acima apontada, que a doutrina contemporânea distinguiu as classes de sentenças, conforme a natureza do *conteúdo* da

¹⁶*Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 177 a 179. Seguindo essa linha de pensamento, Paulo Lucon assevera: “O conteúdo de uma sentença não se confunde com seus efeitos, que são as alterações por ela provocadas sobre as relações jurídicas existentes no mundo exterior, fora do processo.” E fazendo referência ao próprio Barbosa Moreira, Paulo Lucon arremata “Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra” (Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, p. 149, dez. 2005). Anote-se, todavia, que *tal premissa não é pacífica*. Ovídio Baptista, por exemplo, em ostensiva crítica ao pensamento de Barbosa Moreira, rejeita a tese de que o efeito não integraria o conteúdo da sentença; para Ovídio, tanto a eficácia, quanto os efeitos (ainda que resultem da decisão ou sejam externos a ela) se produzem no *interior* da sentença. Justifica o autor que tais considerações repercutiriam no campo dos limites objetivos da coisa julgada (*Sentença e Coisa Julgada*, op. cit., especialmente p. 176, 177 e 182). Crítica semelhante também apresenta Debora Baumöhl: “o nascedouro da eficácia do provimento ocorre justamente no seu conteúdo e, portanto, não se pode dizer que ela lhe seja exterior. *Posterior, talvez, exterior, nunca*” (*A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47).

¹⁷*Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 177-178.

¹⁸Não estamos, com isso, defendendo a possibilidade de usar essas expressões como sinônimas, dado que são entidades jurídicas distintas e inconfundíveis. O fato é que o *efeito* se mostra tão atrelado ao conteúdo do provimento, que chega a ser compreensível (mas não justificável) porque alguns doutrinadores fazem uso desses verbetes como se tivessem o mesmo significado. A propósito da relação entre conteúdo e efeito das decisões, vide o trabalho de Junior Alexandre Moreira Pinto, que aborda com detalhes a existência e correspondência entre efeito e conteúdo, mas conclui que não existe uma *correspondência estrita e indispensável* entre uma figura e outra, pois “*além do efeito correspondente, uma tutela pode projetar efeitos próprios de outras categorias*”, como por exemplo, a sentença de conteúdo declaratório ter efeito de formar título executivo (*Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 202-210; 259).

¹⁹Cf. Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 176.

decisão e – por via de consequência – dos efeitos processuais que daí decorrem e incidem sobre a situação de direito material;²⁰ trata-se da consagrada tripartição das categorias de sentença em *declaratória, constitutiva e condenatória* (quadro ao qual parte da doutrina acrescenta as modalidades de sentença *mandamental* e sentença *executiva lato sensu*).²¹

Como será visto ao longo deste trabalho, o tema da classificação das sentenças repercute sobre o alcance temporal dos efeitos das decisões editadas em sede de controle de constitucionalidade; a matéria, assim, será abordada mais detalhadamente, por opção metodológica, em tópicos próprios.

E ainda no que tange ao sentido e extensão dos conceitos de *efeito* e *conteúdo* das decisões, cumpre destacar que Liebman neles se alicerçou para apresentar sua conhecida construção doutrinária sobre a coisa julgada e sua interação com os *efeitos* da sentença.

A propósito, defendeu o ilustre jurista que a sentença gera efeitos perante todos, indistintamente (não se limita às partes do processo); esse fenômeno, denominado por Liebman de *eficácia natural da sentença*, decorre da *imperatividade* inerente a qualquer ato provindo de órgão estatal. Ponderou o mestre, então, que a coisa julgada material *não seria um desses efeitos*, mas, sim, uma *qualidade* que torna os efeitos da decisão insuscetíveis de modificação no futuro.²²

A originalidade dessas ideias na época,²³ realçada pela precisão técnica dos conceitos, encontrou muitos adeptos (dentro e fora da Itália). No Brasil, apesar de alguns temperamentos, a doutrina é, ainda hoje, predominantemente favorável à tese de Liebman, “sobretudo no que se refere ao seu perfil conceitual”.²⁴

Entretanto, especificamente no campo das definições de *conteúdo* e *efeitos* da sentença, vale destacar que Barbosa Moreira critica a construção de Liebman,

²⁰Na doutrina alemã, Hellwig foi um dos que, ao tratar da classificação das sentenças, observou a estreita correspondência entre conteúdo e efeito: “*Der Inhalt und nach ihm sich bestimmend Wirkung dieser Urteilsarten [...]*”, isto é, “*O conteúdo e a eficácia, determinada de acordo com ele, dessas espécies de sentenças [...]*”. A tradução é de Barbosa Moreira (*Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 177).

²¹Pontes de Miranda, inspirado na doutrina alemã, foi pioneiro no Brasil, ao acrescentar as categorias de sentença *mandamental* e sentença *executiva*: “As sentenças (assim como as ações) podem ser classificadas conforme as forças que têm: podem ser declarativas, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas” (*Tratado das ações*, op. cit., p. 161).

²²*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38-41.

²³Os primeiros ensaios de Liebman sobre o tema foram publicados em 1935.

²⁴Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 90.

apontando que o mestre italiano teria atribuído pouca relevância ao conceito de *conteúdo*.²⁵ José Rogério Cruz e Tucci, em recente manifestação, entende ser procedente a objeção de Barbosa Moreira.²⁶

De todo modo, o que se nota no atual panorama doutrinário é que não existe propriamente uma uniformidade na abordagem conceitual de *efeitos*, *conteúdo* e *eficácia*²⁷ (o que faz com que tais expressões sejam utilizadas amplamente e em mais de uma acepção, inclusive, no trato das decisões judiciais em que se exerce o controle de constitucionalidade).

De outro lado, por derradeiro, não se pode negar que há um consenso doutrinário no sentido de que *efeitos*, *eficácia* e *conteúdo* – no mínimo – se entrelaçam.²⁸ Por tal razão, ainda que o presente estudo se volte precipuamente para o exame dos *efeitos* (das decisões judiciais editadas no controle de constitucionalidade), convém advertir que a *eficácia* e o *conteúdo* desses pronunciamentos são aspectos que também serão – inevitavelmente – abordados, em determinadas situações, ao longo deste trabalho.

3.3. Tipos de efeitos das decisões judiciais

O estudo dos *efeitos* das decisões judiciais conduz à investigação de como e quando eles se operam, o campo pelos quais se estendem e a quem alcançam. Para tanto, e nas palavras de Ovídio A Baptista, “é preciso, antes de tudo, saber de que espécie de efeitos estamos a tratar”.²⁹

²⁵Segundo o jurista fluminense, a conclusão *liebmaniana* de que a imutabilidade da decisão se projeta sobre os efeitos da decisão não mostra precisão no conceito de conteúdo e de efeitos, pois o que a imutabilidade da sentença alcança é o seu conteúdo – e não os efeitos (*Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: _____. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 112).

²⁶*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 90-91.

²⁷Nesse contexto, há o entendimento de que a confusão que se faz sobre tais figuras jurídicas seria até mesmo uma das grandes responsáveis pelo dissenso doutrinário que ainda existe, por exemplo, acerca do tema da classificação das sentenças. É o posicionamento, aliás, de Debora Baumöhl (*A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, op. cit., especialmente p. 13, 47, 50).

²⁸Nas palavras de Barbosa Moreira, existe uma “relação íntima” entre efeitos e conteúdo das decisões (*Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, op. cit., p. 177). Compartilhando esse pensamento, Debora Baumöhl, no estudo das classificações das sentenças, chega à conclusão de que *conteúdo* e *eficácia* das decisões são “verdadeiramente indissociáveis” (*A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, op. cit., p. 47).

²⁹*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 76.

É o que será feito a seguir, mas sem uma incursão exaustiva na tipologia dos efeitos das decisões judiciais, dados os fins e objetivos do presente trabalho.

Antes, ainda, uma nota de caráter terminológico. No estudo dos efeitos das decisões, as “sentenças” assumem um sentido amplo e podem abranger outras modalidades de provimento judicial. Seria pouco profícuo se o sistema autorizasse apenas a sentença (em seu sentido estrito) a produzir efeitos e excluísse outros tipos de decisões como, por exemplo, uma decisão interlocutória editada liminarmente (antecipação de tutela, outras medidas liminares, etc.).³⁰

3.3.1. Efeitos secundários³¹

Num quadro de efeitos possíveis das sentenças, a doutrina alemã, entre o fim do século XIX e o início do século XX, classificou dois grandes grupos:

(a) de um lado, o dos chamados *efeitos principais da sentença*, que seriam os efeitos resultantes da natureza da tutela jurisdicional prestada na sentença (declaratórios, constitutivos e condenatórios);³²

(b) e, de outro, o dos denominados *efeitos de fato ou efeitos privatísticos secundários ou colaterais* (*Tatbestandswirkungen, privatrechtlichen Nebenwirkungen*), que seriam aqueles provocados pelo só *fato* da prolação da sentença (independentemente da vontade do juiz). Ainda ao lado desta classe de efeitos, a doutrina germânica agrupou os

³⁰É o que afirma Paulo Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 148. Nesse sentido, empregando a expressão “sentença” em sentido amplo, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 20.

³¹Convém, aqui, fazer ressalva de caráter *metodológico*: como será visto no capítulo IV, tendências e atuais posições do direito processual civil acerca dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade fixam balizas em conceitos e aspectos doutrinários do denominado *efeito secundário* da sentença, pelo que tal tema passa a ser *desde logo* analisado neste item 3.3.1 da dissertação. As características de outros grupos de efeitos e que guardam relação com o objeto de estudo deste trabalho serão abordadas na sequência, em item próprio, nos limites do necessário para a melhor compreensão do tema que se propôs estudar.

³²Consoante esclarece Enrico Túlio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 23 e 71. Entre nós, no estudo dos efeitos das sentenças, Pontes de Miranda acolheu a doutrina germânica, com a ressalva de que à classe dos *efeitos principais* (que o processualista denomina *eficácia própria* da sentença) devem se acrescentar *efeitos mandamentais* e os *executivos ‘lato sensu’*, que também emanam diretamente do conteúdo da sentença, segundo o processualista. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 5, p. 64-78). Tais questões serão enfrentadas no item 3.3.4 a seguir.

chamados *efeitos reflexos* (*Reflexwirkungen*), entendidos como aqueles que repercutem na esfera do direito de terceiros.³³

Na Itália, Calamandrei foi um dos pioneiros na abordagem do tema, denominando de *efeitos do julgado* aqueles que decorrem diretamente do conteúdo da decisão (conforme a vontade do Estado, através da figura do juiz) e apontando, ainda, outra modalidade de efeitos que podem advir da sentença: os que se operam automaticamente por *força de lei e independentemente da vontade do juiz*.³⁴

Mais precisamente, adotando as posições genéricas e catalogação dos atos e fatos jurídicos elaboradas pela Teoria Geral do Direito, Calamandrei procurou diferenciar efeitos que emanam da sentença qualificada como um *ato jurídico* daqueles que derivam da sentença vista como um *fato jurídico em sentido estrito*.³⁵ Ou seja, enquanto *ato jurídico*, a sentença representaria uma declaração de vontade que produz certos efeitos porque estes são queridos pelo juiz. Enquanto *fato jurídico em sentido estrito*, a sentença pode produzir determinados efeitos, não porque o juiz assim desejou, mas porque a sentença deve ser considerada como um *fato produtor de efeitos jurídicos* pré-estabelecidos pela lei.³⁶

³³ A propósito, Liebman anota que esse quadro da doutrina germânica segue as proposições contidas nas obras de Wach, Kisch, Hellwig, Kuttner, Goldschmidt e Rosenberg. Especificamente quanto aos denominados efeitos reflexos, Liebman anota que a doutrina germânica se embasa nos estudos de Ihering sobre os efeitos dos fatos jurídicos perante terceiros (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 71). De outra parte, Moacyr Lobo da Costa esclarece que esses tratadistas alemães, no estudo dos efeitos secundários, mais se preocuparam em “*cuidar do lado dogmático da questão quanto à natureza desses efeitos [da sentença], se de direito público ou de direito privado, em face do direito germânico*” (Efeitos secundários da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 32, p. 9, out./dez. 1983).

³⁴ *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 270-277. O texto foi originalmente publicado em 1932, na *Rivista di Diritto Processual Civile*. Antes desse período, o interesse pelo tema havia se despertado, na Itália, apenas por Giacomo Delitala (1930) e Gaetano Morelli (1931), mas no campo das sentenças internacionais, conforme ressalva o próprio Calamandrei (*Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, op. cit., p. 271).

³⁵ De acordo com as definições e critérios fornecidos pela Teoria Geral do Direito (elaborada basicamente por civilistas), fatos são acontecimentos da vida, que modificam a realidade; quando esses acontecimentos têm previsão legal, passam a ter relevância jurídica, sendo denominados *fatos jurídicos*; dentre esses fatos, distinguem-se, ainda, aqueles que ocorrem e produzem efeitos independentemente da ação / vontade humana (aos quais se dá o nome de fato jurídico em sentido estrito) daqueles outros que se produzem e operam efeitos em razão do agir humano (atos jurídicos) – conforme sistematiza Roque Komatsu; quando adentra no estudo dos atos e fatos processuais, o referido autor também aborda a existência da teoria da *sentença como fato jurídico*, acentuada por Calamandrei (*Da invalidade no processo civil*, op. cit., p. 105, 118-119).

³⁶ “[...] *Talvolta la sentenza produce certi effetti non già perchè il giudice abbia voluto che si producessero e perchè la loro produzione abbia costituito oggetto, dichiarato o implicito, del giudizio, ma perchè fuor del campo entro il quale può spaziare il potere di decisione spettante al giudice, la sentenza viene considerata dalla legge come fatto produttivo di effetti giuridici, dalla legge stessa prestabiliti e non dipendenti dal comando contenuto nella sentenza [...] Potremo parlare in questi casi della sentenza come fatto giuridico in senso stretto*” (*Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, op. cit., p. 270-271).

Quanto aos efeitos associados à sentença como ato jurídico, Calamandrei os chama de ‘*internos*’ (que seriam equivalentes aos efeitos principais, da doutrina alemã); assim como denomina ‘*externos*’ aqueles efeitos correspondentes à sentença como fato jurídico.³⁷ Exemplos dessa última categoria de efeitos, para Calamandrei, seriam: a inscrição de hipoteca judiciária, os efeitos decorrentes das tutelas coletivas provenientes de sentença da Justiça do Trabalho italiana e outros.

De outra parte, em aguda crítica ao estudo da doutrina germânica e também à de Calamandrei, Salvatore Satta revelou-se tendente a excluir a existência desses efeitos ditos ‘externos’ (ao se referir a eles, Satta usa a expressão *efeitos secundários da sentença*,³⁸ terminologia também empregada por Liebman e até hoje utilizada predominantemente pela doutrina contemporânea, inclusive por processualistas brasileiros).³⁹

Na realidade, Satta rejeitou a tentativa de se introduzir a noção de sentença como fato jurídico e de a ela correlacionar os efeitos secundários, notadamente por invadir o campo do direito material e mais especialmente o do direito civil. Além disso, Satta ponderou que efeitos secundários seriam meras consequências produzidas pelos efeitos principais da sentença e, por fim, negou os exemplos de efeitos secundários fornecidos por Calamandrei.⁴⁰

³⁷“[...] in quanto, pur essendo la sentenza una dichiarazione di volontà ossia un atto giuridico, qui no vengono in considerazione gli effetti per i quali la sentenza è atto giuridico, cioè gli effetti (che possiamo chiamare *interni*) di cui appar come causa la volontà dichiarata nella sentenza; ma altri effetti (che possiamo chiamare *esterni*...l'avverarsi delle quali non dipendi dalla volontà del dichiarante” (Appunti sulla sentenza come fatto giuridico, op. cit., p. 271).

³⁸Gli effetti secondari della sentenza. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Milano, v. 11, p. 251 et seq., 1934.

³⁹*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 71, 73-74. A terminologia ‘efeitos secundários’ da sentença tem ampla aceitação pela doutrina brasileira, v.g.: Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3, p. 34; José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. 3, p. 310-313; Humberto Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 581. Contra, criticando essa expressão por considerá-la *imprecisa*, vide Ovídio A Baptista da Silva, o qual emprega o termo *efeito anexo* (*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 89).

⁴⁰Gli effetti secondari della sentenza, op. cit., p. 257 e 259. Confirmam-se, ainda, as análises (a esse trabalho de Satta) feitas por Liebman, o qual desacolhe a tese de Satta, tendente a excluir a existência de efeitos secundários preconizados por Calamandrei (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 72 a 75). Confirmam-se, também: Moacyr Lobo da Costa, *Efeitos secundários da sentença*, op. cit., p. 8-9 e Carlos Silveira Noronha. *Do conteúdo e dos efeitos secundários da sentença civil*. 1998. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998, p. 374-375.

Refutando a tese negativista de Satta, Enzo Enriques se dedicou a demonstrar a procedência da doutrina de Calamandrei, adotando, com rigor metodológico, também as proposições da Teoria Geral do Direito sobre atos e fatos jurídicos.

Em um primeiro momento, Enzo Enriques se preocupou em realizar a distinção de fato jurídico *em sentido lato* e *em sentido estrito*, assentando que, seja qual for o exato conteúdo da sentença, ela se qualifica, no mínimo, também como um *fato jurídico em sentido lato*, eis que a sentença representa um evento de modificação da realidade, que é valorável juridicamente.⁴¹

Prossegue Enzo Enriques esclarecendo que as categorias de *ato jurídico* e *fato jurídico em sentido estrito* são diferentes, mas não totalmente excludentes, pelo que seria possível a sentença ostentar ambas as classificações, dependendo das consequências jurídicas que a decisão irradiar.⁴²

Nessa esteira, Eduardo Couture⁴³ afirmou que o Direito pode se reportar às sentenças, algumas vezes, como um *fenômeno resultante da atividade humana*, isto é, como *fato jurídico em sentido lato*, mas também elas podem se configurar como um *ato jurídico* (uma vez que não seria possível separá-las do ato de vontade do juiz que a prolatou).⁴⁴

Liebman também contribuiu com relevantes discussões em torno dos efeitos secundários. Ponderou o mestre italiano que a doutrina de Calamandrei (distinguindo as

⁴¹“Fatto giuridico è ogni modificazione dalla realtà che produce un effetto giuridico, ovvero ogni fatto che è oggetto di una qualificazione giuridica” (*La sentenza come fatto giuridico*. Padova: Cedam, 1937, p. 21).

⁴²“Comprendere la sentenza nel concetto di fatto giuridico in senso stretto, classificarla in questa categoria, significa negarle il carattere di atto giuridico, ma non negarglielo in modo assoluto, bensì solo relativamente a certe sue conseguenze giuridiche, cioè in base a certe norme” E conclui, posteriormente: “è perciò possibile che una stessa fattispecie concreta produca effetti in qualità di atto g. ed effetti in qualità di fatto g. in senso stretto” (*La sentenza come fatto giuridico*, op. cit., p. 29 e 190). Assim, o autor analisa os efeitos produzidos pela sentença: (i) na *qualidade de ato jurídico* (isto é, como ato jurisdicional emergente da vontade do Estado) e os denomina ‘efeitos essenciais’; (ii) e na *qualidade de fato jurídico em sentido estrito*, chamando-os de *efeitos secundários* (*La sentenza come fatto giuridico*, op. cit., p. 169-171).

⁴³*Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951, n. 121, p. 182.

⁴⁴Ainda a esse respeito, o estudo da sentença como ato ou fato jurídico faz lembrar “a velha e surrada discussão”, nas palavras de Cândido Dinamarco, sobre a sentença como ato de vontade ou de inteligência do juiz. Contudo, hoje a doutrina sabe que “a vontade substancial dirigida no sentido da decisão a tomar é do Estado e não do juiz – o qual atua impessoalmente no processo e não como uma pessoa comum em seus negócios. Quanto aos efeitos secundários [da sentença], sequer a vontade subjetiva do juiz tem qualquer relevância.” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 209). A propósito do antigo debate sobre sentença como ato de vontade ou de inteligência do juiz, vale conferir os argumentos de ambas as correntes, detalhados por Alfredo Rocco. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 28-31, item 13 (“La sentenza come atto del giudice: se sia atto della intelligenza o atto della volontà”).

sentenças como ato ou fato jurídico) tem pontos fracos,⁴⁵ mas possui o mérito de esclarecer a terminologia ‘efeitos de fato’ (empregada pela doutrina germânica) e o de procurar assinalar diferenças ente os efeitos secundários e principais da sentença.

Destaca Liebman, ainda, que os efeitos da sentença (enquanto fato jurídico) se caracterizam não por serem menos importantes (até mesmo porque, não raro, podem ser os mais relevantes, na prática) e não apenas por decorrerem de imposição da lei (até porque todos os efeitos da sentença se produzem por força de lei). O traço marcante desses efeitos (que Liebman chama de *secundários*) é a sua *falta de autonomia*, ou seja, são acessórios e consequentes aos efeitos principais (ocorrem automaticamente, por força de lei, quando se produzem os efeitos principais); além disso, não fazem parte do objeto da sentença.⁴⁶

Entre nós, a doutrina – predominantemente – acolhe as premissas de Liebman sobre os efeitos secundários.⁴⁷

Convém assinalar, contudo, que Pontes de Miranda (mais inspirado na doutrina germânica), trabalhou a ideia de uma *eficácia geral da sentença*, concebendo-a em três aspectos: a de uma *eficácia própria* (que contemplaria os chamados *efeitos principais* da sentença), a de uma *eficácia anexa* (que seriam efeitos ‘anexados’ à sentença pela lei; equivale aos denominados *efeitos secundários*) e a de uma *eficácia reflexa* (conjunto de efeitos que se irradiam sobre terceiros estranhos à relação processual).⁴⁸

⁴⁵*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 72-75. Liebman crítica a construção doutrinária de Calamandrei, ponderando, em síntese, que: (i) todos os efeitos da sentença se produzem por força de lei, tanto os principais, quanto os secundários; (ii) quando a sentença produz efeitos principais, a sentença não é apenas um ato jurídico, mas propriamente um *negócio jurídico*, segundo classificação da Teoria Geral do Direito; somente se a sentença ostentasse essa condição de negócio jurídico é que seria exato referir-se à vontade do juiz.

⁴⁶*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 75. Por isso, para Liebman, tais efeitos secundários não devem ser postulados pelas partes nem estar contidos e indicados na decisão.

⁴⁷Conforme salientam: Ada Pellegrini Grinover em suas notas à obra de Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 77 e Moacyr Lobo da Costa, *Efeitos secundários da sentença*, op. cit., p. 9. Dentre esses adeptos, podem ser mencionados: Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 34; José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 312; Humberto Theodoro Junior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 581; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 140; Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 208-209); Barbosa Moreira. A sentença penal como título executório civil. *Revista de Direito Penal*, n. 4, p. 47, 1971; Rogério Lauria Tucci. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3, passim. Ovídio A. Baptista também parece acolher a doutrina de Liebman, ao mencionar que este último tem razão em rejeitar, parcialmente, a tese de Calamandrei sobre os efeitos da sentença como fato jurídico (*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 89).

⁴⁸*Tratado das ações*, op. cit., p. 173 e *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, op. cit., especialmente p. 65 e 72.

Nesse contexto, adotando muitas das premissas conceituais de Liebman e a proposta de sistematização de Pontes de Miranda (sobre a eficácia das decisões), Ovídio Baptista propõe o seguinte esquema classificatório dos efeitos da sentença:⁴⁹ (a) *eficácia direta*, capaz de gerar efeitos declaratórios, condenatórios, constitutivos, mandamentais e executivos da decisão; atinge a todos (*erga omnes*), como um *ato jurídico*; (b) *efeitos reflexos*, que se projetam precipuamente a terceiros que tenham vinculação jurídica com o objeto do processo; (c) *efeitos anexos*, que nascem – mormente – da vontade do legislador e independem de manifestação das partes ou do juiz.

De um modo geral, na abordagem dos efeitos secundários da sentença, a doutrina brasileira também não deixa de se voltar para a identificação e descobertas de casos que se enquadram nessa situação.

Nesse particular, a inscrição de hipoteca judicial, prevista no art. 466 do CPC, é o caso mais comum e menos polêmico de efeito secundário ou anexo da sentença,⁵⁰ mas a doutrina processual brasileira aponta, ainda, diversos outros exemplos.⁵¹

No que diz respeito ao objeto desse trabalho, um exemplo de efeito secundário do julgamento como fato jurídico “é também o que decorre da declaração de inconstitucionalidade da lei, quando o Senado suspende a execução da lei declarada inconstitucional, por força do disposto no art. 52, X, da Constituição em vigor”.⁵²

⁴⁹*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 80-89 e 94-95. Vale destacar que Augusto Guilherme Diefenthaler efetuou uma resenha desse pensamento de Ovídio Baptista e publicou no artigo Eficácias da sentença. *Revista EMARF*, Escola de Magistratura Regional Federal - TRF 2ª Região n. 2, p. 121-122, 2000.

⁵⁰Cf. Ovídio A. Baptista, *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 88. Aliás, a inscrição da hipoteca judicial é exemplo de efeito secundário citado por Calamandrei, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, op. cit., p. 271, com ampla aceitação da doutrina.

⁵¹São exemplos de efeitos secundários no direito brasileiro: dissolução de comunhão de bens, nos casos de sentença de separação judicial (art. 1575, CC); perda do direito de usar o sobrenome de outro cônjuge, quando declarado culpado na ação de separação judicial (art. 1578, CC); perempção do direito de demandar, nos termos do art. 268, par. único do CPC; haver-se por enunciada a declaração de vontade de quem foi condenado a emití-la (CPC, art. 466-A), consoante anota Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, op. cit., p. 581-582. Ovídio A. Baptista ainda relaciona outros exemplos: indenização devida pelo que obteve execução provisória, em virtude de sentença depois reformada ou anulada; taxas e outros efeitos fiscais incidentes sobre sentenças; cessação de tutela, se o filho vence a ação de filiação (*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 88). Pontes de Miranda indica, também, a dissolução da sociedade pela decretação da falência (*Tratado das ações*, op. cit., p. 216-217). Sobre a exequibilidade civil da sentença penal como exemplo de *efeito secundário*, vale conferir a obra de Bruno Burini. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, especialmente p. 100-108.

⁵²Cf. José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 313. Também nesse sentido: Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 140. Esses efeitos serão analisados mais detidamente no capítulo IV deste trabalho.

É certo, ainda, que até os dias de hoje, não é uniforme o conceito de *efeitos secundários* na doutrina processual, a qual também utiliza como sinônimas as expressões *efeitos anexos*⁵³ ou *indiretos*.⁵⁴

De todo o modo, e embora os diversos estudos sobre o tema não sigam um perfil metodológico homogêneo, é possível dizer que, em linhas gerais, a doutrina processual brasileira acolhe as seguintes características dos efeitos secundários: (a) eles se manifestam por imposição da lei;⁵⁵ (b) ocorrem independentemente de pedido das partes; (c) a vontade do juiz é irrelevante para a questão.

3.3.2. Efeitos reflexos

Além dos efeitos principais (também chamados de efeitos próprios, diretos ou típicos) e secundários (ou anexos), uma decisão judicial também pode provocar os denominados *efeitos reflexos*, cuja característica marcante é possibilitar que terceiros juridicamente interessados (em razão de vínculos de conexão ou acessoriedade) possam intervir, por instrumentos previstos em lei, na relação jurídica que é tema do *decisum*.⁵⁶

Na realidade, a questão da posição de terceiros perante um provimento judicial já era abordada pelos próprios romanos⁵⁷ e foi alvo de preocupação dos juristas de todos os tempos, conforme assevera Moacyr Amaral Santos.⁵⁸

Nos tempos contemporâneos, a doutrina alemã foi quem enfrentou essa temática com grande destaque e influência na doutrina de diversos outros países,

⁵³Terminologia usualmente empregada por Ovídio A. Baptista da Silva (*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 88-89 e, especialmente, 166) e, ainda, por: Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 30-31; Araken de Assis, *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 91; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, op. cit., p. 64-75.

⁵⁴Cf. Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 30.

⁵⁵Embora não haja objeção a tal premissa, há alguns temperamentos sobre esse modo de pensar. Carlos Noronha, por exemplo, defende a tese de que os efeitos secundários poderiam decorrer de uma disposição implícita do sistema jurídico: “Há casos e são inúmeros, em que o efeito secundário não vem expresso na lei, mas encontra-se implícito no sistema” (*Do conteúdo e dos efeitos secundários da sentença civil*, op. cit., p. 367).

⁵⁶*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 87-88. Para atingir essa conclusão, Ovídio se vale de muitas das premissas de Liebman e também da linha de pensamento de Pontes de Miranda.

⁵⁷A propósito de como os juristas romanos enfrentavam os problemas trazidos pela extensão dos efeitos da sentença a terceiros, vale conferir a abordagem histórica que José Rogério Cruz e Tucci pelo prisma dos limites subjetivos da coisa julgada (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., especialmente pp. 43-54).

⁵⁸*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 71.

principalmente com a *teoria dos efeitos reflexos dos fatos jurídicos*, de Ihering, preconizando a idéia de que *os atos jurídicos produzem efeitos queridos e previstos, isto é, efeitos diretos, mas também produzem efeitos indiretos e reflexos (subentendidos como não queridos, nem previstos, mas inevitáveis)*.⁵⁹

A referida teoria (construída com foco no direito material e posteriormente desenvolvida por Adolf Wach,⁶⁰ no direito processual) serviu de subsídio para as construções doutrinárias de Chiovenda⁶¹, Betti,⁶² Carnelutti⁶³ e outros⁶⁴ a respeito da eficácia subjetiva da coisa julgada. Ademais, como anota Ada Pellegrini Grinover, as classificações – de terceiros – feitas por Chiovenda e Betti são acolhidas por Liebman, pela doutrina brasileira e até pelo CPC vigente.⁶⁵

Sobre o tema, Liebman fez uma resenha crítica dos trabalhos dos autores acima citados e realçou a ideia de que os efeitos reflexos também se realizam em razão da *eficácia natural da sentença* que a todos alcança.⁶⁶

A partir de tais premissas, Liebman ainda reforçou a sua teoria de que apesar de os efeitos da sentença alcançarem a todos, a *imutabilidade* desses efeitos não se expande para quem não participou do processo (ou seja, a coisa julgada fica confinada apenas às partes, não atingindo a terceiros). Com isso, os terceiros podem atacar a sentença

⁵⁹Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 73.

⁶⁰Cf. *Manual de derecho processal civil*. Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 2, p. 424 e ss. A respeito das influentes ideias de Wach, vide Fernando Alberto Correa Henning, *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, passim.

⁶¹É de Chiovenda, inclusive, a conhecida afirmação de que *todos são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes, mas não podem ser por ele prejudicados* (*Principii di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, p. 922).

⁶²*Diritto processuale civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 603 et seq.

⁶³*Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, op. cit., n 102, passim.

⁶⁴Sobre a evolução doutrinária das teorias desenvolvidas por todos os juristas apontados e também outros nomes de destaque, vale conferir o aprofundado estudo de José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 54-101.

⁶⁵Tais constatações de Ada Pellegrini estão nas anotações feitas à obra de Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 112). A classificação de Liebman (aceita pela doutrina brasileira), que toma como ponto de partida as formulações de Chiovenda e Betti, são: *terceiros indiferentes* (entendidos como aqueles que não sofrem nenhum prejuízo com a irradiação dos efeitos da sentença ou que sofrem prejuízo de fato, prático ou econômico; estes terceiros não podem se insurgir contra a sentença que afeta seus interesses) e *terceiros juridicamente interessados*, os quais podem se opor à sentença que afeta seu direito; essa categoria se subdivide em *terceiros que dizem ter os interesses iguais aos das partes* e *terceiros titulares de relação dependente da relação jurídica julgada no processo* (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., especialmente p. 142 e 143).

⁶⁶*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., especialmente p. 81-109.

que lhes prejudicou, acusando-a de injusta. Este prejuízo não pode ser meramente de fato ou econômico; há de ser “jurídico”, por afetar um *direito* desse terceiro.⁶⁷

Coerente com sua posição, Liebman salientou, assim, a distinção que faz entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada.⁶⁸ Na prática, tal diferenciação tem grande relevância, pois permite ao terceiro interessado paralisar os efeitos da decisão que o prejudica, *mesmo depois do trânsito em julgado daquela decisão*.⁶⁹

A doutrina brasileira majoritária compartilha do modo de pensar de Liebman, como já asseverado (inclusive com relação à diferença entre o alcance dos efeitos da sentença e o da coisa julgada. Aliás, até mesmo o direito positivo consagra essa distinção).⁷⁰

Convém ressaltar apenas que, para Liebman, a doutrina germânica agrupou os efeitos secundários e reflexos num mesmo lado, por terem ambos em comum a peculiaridade de derivarem da sentença como um *fato jurídico*⁷¹ (isto é, trazendo a ideia de que tais efeitos se produzem independentemente da vontade do juiz). Há passagens no estudo de Liebman destacando até mesmo que os alemães chegam a considerar os *efeitos reflexos* como *secundários*.⁷²

Todavia, a doutrina brasileira ressalta que tais modalidades de efeitos são distintas.

⁶⁷Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, op. cit., especialmente p. 103, 107, 142-144 e 147.

⁶⁸Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, op. cit., especialmente p. 50-52, 79, 121-127.

⁶⁹Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 89.

⁷⁰Nas palavras de Barbosa Moreira, “*Quanto aos efeitos da sentença que não se confundem com a autoridade da coisa julgada, o Código reconhece claramente, segundo revela o exame sistemático, que eles são capazes de atingir a esfera jurídica de terceiros, seja embora por via reflexa. É o que explica a existência de institutos como a impropriamente chamada ‘assistência litisconsorcial’, que pressupõe a idoneidade da sentença para ‘influir na relação jurídica’ entre o ‘assistente litisconsorcial’ e o adversário da parte assistida (art. 54), e o do recurso do terceiro prejudicado (art. 499 e § 1º)*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 179). É pacífico, ainda, o entendimento de que os artigos 461 e 472 do CPC consagram a teoria de que a coisa julgada (e não os efeitos da sentença) é que não beneficia, nem prejudica terceiros. Anote-se, apenas, que apesar de não haver dúvidas quanto ao sentido do art. 472, sua redação é criticada do ponto de vista gramatical; Barbosa Moreira, por exemplo, diz que “A redação é pouco feliz”, mas não deixa dúvidas de que ela se refere aos limites subjetivos da coisa julgada – e não dos efeitos da sentença (Solidariedade Ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, p. 71, dez. 2005).

⁷¹Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, op. cit., p. 71.

⁷²“*Dissemos que a doutrina germânica denomina ‘efeitos reflexos’, os efeitos secundários da sentença que se produzem para os terceiros*” (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 86).

Nesse particular, Ovídio Baptista assinala que as principais diferenças entre uma categoria e outra seriam: (a) ao contrário do efeito secundário (ou *anexo*, como prefere denominar Ovídio), o efeito reflexo não decorre de uma previsão legal, mas sim “de circunstâncias acidentais” que colocam terceiros numa relação de dependência com o objeto da sentença; (b) o efeito reflexo nasce de uma eficácia interna à demanda, enquanto o anexo deriva de uma eficácia externa; (c) diversamente dos efeitos reflexos, os efeitos anexos não podem ser impugnados (quer pelas partes, quer por terceiros).⁷³

Carlos Noronha, em estudo específico, também anota que os efeitos reflexos e secundários percorrem canais distintos na perspectiva da eficácia da sentença, pois enquanto os primeiros se projetam no plano subjetivo, os efeitos secundários militam no plano objetivo.⁷⁴

Afastando a ideia de que efeitos anexos alcançariam somente as partes e efeitos reflexos se projetariam apenas a terceiros, Ovídio Baptista faz, ainda, os seguintes confrontos: (a) *os efeitos anexos podem atingir tanto as partes quanto a terceiros*, os quais de forma alguma poderão vulnerar ditos efeitos; já com relação aos efeitos reflexos, é possível a sua impugnação, por terceiros; (b) *também as partes* (e não apenas os terceiros) podem ser atingidas por efeitos reflexos, desde que qualquer delas seja titular de uma relação jurídica ou conexa, decidida pela sentença.⁷⁵

Como exemplo de efeitos reflexos, a doutrina costuma se referir: àqueles que atingem o fiador, por conta da sentença entre credor e afiançado; aos que se irradiam sobre os devedores solidários, em relação à sentença que condena o devedor réu;⁷⁶ aos que derivam da sentença da ação de anulação de doação com encargo (que pode refletir desfavoravelmente sobre o terceiro que foi beneficiário da doação) ou aos que derivam da improcedência da ação reivindicatória (que podem refletir favoravelmente para o adquirente da coisa litigiosa, não admitido na causa).⁷⁷

Como será examinado em item próprio, no *controle judicial de constitucionalidade* também sobressai a peculiaridade de suas sentenças produzirem (em certos casos) os chamados *efeitos anexos* (ou *secundários*) e também *reflexos*, eis que tais

⁷³*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 86-88 e 95. Para o referido autor, a eficácia interna diria respeito aos efeitos declaratórios, condenatórios e constitutivos; a externa seria referente aos efeitos que não estão incluídos no pedido das partes.

⁷⁴*Do conteúdo e dos efeitos secundários da sentença civil*, op. cit., p. 368.

⁷⁵*Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 89.

⁷⁶José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 87.

⁷⁷É o que anota Augusto Diefenhaeler, *Eficácias da sentença*, op. cit., p. 121.

decisões podem repercutir, por força de lei, e ainda que de forma indireta, sobre outras situações e pessoas, independentemente de manifestação da autoridade judicial a respeito.⁷⁸

3.3.3. Outras denominações dos efeitos da decisão judicial

A doutrina constitucional também se debruça sobre a tipologia dos efeitos das decisões do controle judicial de constitucionalidade. Geralmente, ela os classifica sob o ponto de vista: (a) *subjetivo*, catalogando-os como *inter partes* ou *erga omnes* (ou seja, ou as consequências da decisão de constitucionalidade da norma ficam limitadas ao caso concreto ou se irradiam para todos); (b) *objetivo*, apontando o que exatamente sofre os efeitos das decisões do controle de constitucionalidade; e (c) *temporal*, sendo *ex tunc* ou *ex nunc* (as decisões operam retroativamente ou a partir da data em que foram publicadas).⁷⁹

Falam-se, ainda, em efeitos outros, tais como o *pro futuro*, o *repristinatório*, *ultra partes*, o efeito vinculante, etc. A abordagem de todos esses fenômenos será feita sob a ótica do direito processual, em capítulos posteriores.

3.3.4. Classificação das sentenças (à luz do seu conteúdo e dos efeitos que produzem)

Em seus estudos sobre a eficácia da sentença e coisa julgada, Liebman asseverou que um dos méritos insignes da doutrina contemporânea fora justamente o de sistematizar as categorias de sentenças, segundo o seu conteúdo e seus efeitos.⁸⁰ O jurista se referia à consagrada catalogação das sentenças como *condenatória*, *constitutiva e declaratória* (denominada também de classificação *ternária*).⁸¹

⁷⁸Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 30-31.

⁷⁹Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 79-87; 248.

⁸⁰*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 20.

⁸¹A propósito, Flávio Luiz Yarshell pondera que a dita sistematização “clássica” das sentenças possui uma certa impropriedade, sob o ponto de vista do resultado do processo: “A referida sistematização procura levar em conta um dado essencialmente processual, ou seja, a natureza do provimento ou a natureza dos efeitos processuais daí decorrentes. Embora isso seja cientificamente correto, essa ‘pureza’ não se sustenta – ou a menos não satisfaz – porque assim como não se completa o pedido imediato sem o mediato, não há como pensar no resultado do processo – exatamente por ser ele instrumental – sem a conjugação das eficácias processual e material do provimento final” (*Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 141; destacamos). Compartilhando desse modo de pensar, embora com outra roupagem, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma não ser satisfatória a ideia de a eficácia da sentença se situar exclusivamente no campo do direito processual ou no domínio exclusivo do direito material (O problema da eficácia da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, p. 9, out./dez. 2003).

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que essa construção “durante muito tempo reinou absoluta”.⁸² Contudo, toda a matéria relativa à catalogação de sentenças (e também das ações) passou a ser alvo de intensa revisão no Brasil, destacando-se, inicialmente, o pensamento de Pontes de Miranda.

O referido jurista acrescentou às categorias já existentes as modalidades de sentença *mandamental* e sentença *executiva*.⁸³ Essa “nova” orientação (denominada de *classificação quántupla* ou *quinária*)⁸⁴ foi adotada posteriormente por Ovídio A. Baptista e ainda vem ganhando outros adeptos com posição de realce na doutrina processual brasileira.⁸⁵

É necessário apontar que, na sua construção doutrinária, Pontes de Miranda desenvolveu a conhecida teoria da *eficácia preponderante*, partindo da premissa de que uma única decisão pode contemplar efeitos diversos e distintos.⁸⁶

Mais precisamente, o ilustre jurista propôs como critério diferenciador das classes de sentenças a *preponderância* (e não a exclusividade) dos efeitos da decisão, atribuindo pesos variáveis de um a cinco, correspondendo o peso maior ao efeito preponderante.⁸⁷ Classificou, pois, como *declaratória*, a sentença *preponderantemente declaratória*, como *constitutiva*, a *preponderantemente constitutiva*, como *mandamental*, a *preponderantemente mandamental* e assim por diante.⁸⁸

Nada obstante existam severas restrições a certos aspectos dessa construção, a doutrina atual acolhe – e reputa ser um grande mérito de Pontes de Miranda – a percepção de que uma sentença pode possuir mais de uma eficácia.⁸⁹

⁸² *Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 520.

⁸³ “As sentenças (assim como as ações) podem ser classificadas conforme as forças que têm: podem ser declarativas, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas” (*Tratado das ações*, op. cit., p. 161).

⁸⁴ Debora Baumöhl lembra que o provimento mandamental (além de concebido pela doutrina alemã) tem por antecedente histórico os interditos romanos, pelo que tal categoria nada tem de ‘nova’ (*A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, op. cit., p. 39).

⁸⁵ *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., especialmente p. 65 e 68. A propósito, Antonio Carlos de Araújo Cintra indica autorizadas vozes doutrinárias que acompanham a classificação ‘quinária’: Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Kazuo Watanabe, entre outros (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4, p. 270).

⁸⁶ “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura.” (*Tratado das ações*, op. cit., p. 124).

⁸⁷ Somados, estes pesos atingem necessariamente o valor “15” – daí a referida construção de Pontes de Miranda também ser denominada pela doutrina de “teoria da constante quinze”.

⁸⁸ Justifica Pontes de Miranda que a classificação em cinco categorias atende à *preponderância* dos efeitos (à força) “porque se tivéssemos de atender a todos os efeitos, desceríamos à casuística” (*Tratado das ações*, op. cit., p. 162).

⁸⁹ Nessa linha, João Batista Lopes menciona que a posição de Pontes de Miranda é recusada pela generalidade de processualistas brasileiros, mas o critério de *preponderância de efeitos* é guia seguro para resolver

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, dados os limites e objetivos do presente estudo, passemos ao exame das características conceituais de cada uma dessas categorias de sentença (e tudo – frise-se – com o propósito de, posteriormente, em capítulo próprio, serem extraídas conclusões específicas sobre os *efeitos das decisões do controle de constitucionalidade*, inclusive *quando* se projetam em função da natureza do pronunciamento judicial).

A sentença classificada como *meramente declaratória*⁹⁰ é aquela que se presta a eliminar a dúvida objetiva⁹¹ acerca da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica ou de um direito.⁹² Excepcionalmente, a lei pode prever a declaração de meros fatos. No direito brasileiro, o art. 4º do CPC ampara a invocação do provimento meramente declaratório⁹³ e o seu inciso II prevê a única possibilidade de mera declaração de um fato (falsidade documental).⁹⁴

Costuma-se dizer que a sentença meramente declaratória será *positiva* ou *negativa*, conforme tenha sido declarada – ou não – a existência da relação jurídica; as sentenças que rejeitam o pedido do autor também são consideradas *declaratórias negativas* (salvo a que é editada em uma demanda em que o autor postula declaração de cunho negativo, caso em que a sentença de *rejeição* acaba adquirindo conteúdo *declaratório positivo*).⁹⁵

problemas como a identificação da natureza da ação proposta (Ação declaratória. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 31); ainda compartilham desse pensamento: Barbosa Moreira, para quem “a tese de classificação de acordo com o elemento preponderante é basicamente correta” (A sentença mandamental: da Alemanha para o Brasil. Revista de Processo, São Paulo, n. 97, p. 255, jan./mar. 2000) e Kazuo Watanabe, que afirma ser possível a combinação de todas as eficácias em um único provimento (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 66, p. 169, mar. 1996); entre outras autorizadas vozes.

⁹⁰A expressão “meramente” é usada para distinguir essa categoria da sentença declaratória em sentido amplo; vale dizer daquela outra que, como toda a sentença civil do processo de conhecimento, tem natureza declaratória, “*pois sempre seu objetivo é definir qual a vontade concreta da lei e atuar entre os sujeitos da relação jurídica que vem submetida à decisão do juiz*”, nas palavras de Paulo Lucon (*Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 153).

⁹¹Por *dúvida objetiva* entende-se que “*a incerteza não deve ser puramente subjetiva ou acadêmica. Ela precisa ter se manifestado por fatos exteriores com importância prática*”, explica Liebman (*Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, p. 234), para que não sirva o processo como mero instrumento de consulta. Nesse contexto, “*não basta a simples dúvida sobre o direito afirmado, mas efetivamente a demonstração de ocorrência de fato externo que ponha esse suposto direito em dúvida ou em perigo*” (Sidnei Amendoeira. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102).

⁹²Nesse contexto, afirma Bedaque: “*A tutela declaratória ou de accertamento tem por função conferir a certeza ao direito ou à situação jurídica deduzida no processo*” (*Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 521).

⁹³Para Sidnei Amendoeira Jr., a referida norma seria até dispensável, uma vez que a função declaratória está presente em todos os provimentos e é inerente à função jurisdicional (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, op. cit., p. 102). No mesmo sentido: Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 143 e Paulo Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 153.

⁹⁴Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 303.

⁹⁵Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 303.

A propósito, cabe registrar a polêmica que se fomenta na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade – ou não – de se promover a execução de sentença de natureza puramente declaratória⁹⁶. Para os fins deste trabalho, cabe investigar se há derivações nessa temática, caso o pronunciamento judicial declaratório esteja baseado em *inconstitucionalidade* de um ato legislativo *proclamada em uma ação direta de inconstitucionalidade* (por exemplo). Esses e outros aspectos pertinentes serão examinados ao longo deste estudo, sob o enfoque da repercussão das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade de ato normativo.

Já a categoria *sentença constitutiva* é caracterizada como aquela que constitui, modifica ou extingue uma situação jurídica, independentemente de qualquer atividade posterior de efetivação do provimento editado.⁹⁷ Tradicionalmente, as sentenças constitutivas costumam ser classificadas como *positivas* ou *negativas*, conforme haja uma criação/ modificação ou extinção da situação jurídica existente entre as partes.⁹⁸

Há consenso doutrinário no sentido de que a sentença constitutiva contempla dois elementos (ou *momentos*):⁹⁹ (a) o de natureza declaratória, em que se

⁹⁶ Antes da edição da lei 11.232/05, a doutrina majoritária *negava* a possibilidade de a sentença declaratória constituir título executivo judicial (nesse sentido: Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 4, op. cit., p. 227 e Araken de Assis, *Manual do processo de execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 156). De outra parte, com proposições favoráveis à execução de sentença declaratória, vide Teori Zavascki. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003, especialmente p. 55-56. Atualmente, na jurisprudência do STJ, tem despontado o seguinte entendimento: “não procede a afirmação de que a sentença meramente declaratória jamais é título executivo; ela terá força executiva quando contiver certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta, relativa à obrigação com as características acima referidas.” (Nesse sentido: EREsp 609.266/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 11.09.06, EREsp 502.618/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 01.07.05), mas a aplicação desse pronunciamento não se dá de forma automática e indiscriminada (REsp 602469 / BA, Rel. Min. Carlos Meira, DJU 31.08.2007).

⁹⁷ Sobre isso, Paulo Lucon esclarece: “A *executividade das sentenças constitutivas é estabelecida a partir de atos independentes da participação do obrigado. Com o trânsito em julgado da sentença de natureza constitutiva, não há a instauração de um processo de execução. Seu grau de efetividade é de tal ordem elevado, que apenas a sentença é apta a proporcionar o resultado prático desejado*” (*Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 157). A esse respeito, Flávio Yarshell, baseado na doutrina italiana e nas lições de Celso Neves, refere-se à desnecessidade de posterior execução do provimento constitutivo, fazendo analogia com o mecanismo próprio do provimento executivo (*Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 146).

⁹⁸ Cf. Paulo Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 155-156, o qual também anota outras subclassificações (fornecendo exemplos elucidativos sobre cada uma delas), tais como: constitutiva em sentido estrito, constitutiva extintiva e constitutiva modificativa, além das sentenças constitutivas necessárias e as não-necessárias.

⁹⁹ Liebman afirma: “Também na sentença constitutiva existe em primeiro lugar, ou, mais precisamente, a declaração de existência das condições requeridas pela lei para que possa ocorrer a modificação jurídica; e a ela acrescenta-se a decretação dessa mudança” (*Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 244). Nessa linha, Bedaque denomina de *momento cognitivo* e *momento substitutivo* esses elementos lógicos consubstanciados na sentença constitutiva: “Na tutela constitutiva, após o reconhecimento do direito potestativo (momento cognitivo), dá-se a eliminação de qualquer incerteza à sua existência e verifica-se a modificação jurídica desejada (momento substitutivo)” (*Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 523).

reconhece o direito à modificação jurídica postulada; e (b) o de natureza propriamente constitutiva (que é a própria modificação jurídica desejada).¹⁰⁰

A chamada *sentença condenatória* presta-se a eliminar uma ‘*crise de adimplemento*’, sendo tradicionalmente definida pela doutrina como aquela que declara a existência de um direito a uma prestação, contendo, ainda, uma *sanção*¹⁰¹ correspondente. Vale dizer, é a decisão que prepara campo para a prática de atos de execução (atos materiais de invasão na esfera jurídica do devedor), a fim de que se satisfaça o credor.

As sentenças *mandamentais*¹⁰² e as *executivas lato sensu*,¹⁰³ de um modo geral, caracterizam-se por terem seus atos de execução praticados, sem a necessidade de se instaurar um processo autônomo; há um consenso de que tais categorias representam uma variação do modo pelo qual seu respectivo provimento é efetivado em termos práticos.

Assim, tem prevalecido o entendimento de que a sentença *executiva lato sensu* diferencia-se por conter a determinação de atos sub-rogatórios (medidas que substituem a vontade do devedor), enquanto a *mandamental* contém ordens a serem cumpridas diretamente pelo devedor, sob pena de serem aplicadas medidas tendentes a compelir o devedor ao adimplemento.¹⁰⁴

¹⁰⁰Em conhecida lição, Chiovenda atribui caráter “potestativo” ao direito do autor à *constituição* de uma nova situação jurídica (*Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1935, v. 1, n. 52). Apesar de essa construção *chiovendiana* ser acolhida predominantemente na doutrina processual, ela não ficou imune a críticas na Itália (provenientes de Francesco Cardopatri), conforme ressalva Flávio Yarshell (*Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 147).

¹⁰¹Essa *sanção* não se confunde com a *sanção* do direito material. Trata-se de uma concepção liderada por Liebman (lançada originalmente por Chiovenda), diferenciando o momento de *verificação* e o de *efetivação* do direito: “Na condenação há alguma coisa a mais, acrescida à declaração que é constante nas sentenças. Esse segundo provimento, que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não lhe tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte” (*Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 237).

¹⁰²No caso específico das sentenças mandamentais, tal categoria foi originalmente concebida pela doutrina alemã de George Küttner e seguida posteriormente por Goldschmidt. Como informa Barbosa Moreira, essas idéias foram esquecidas na Alemanha, vindo a “*reflorescer*”, anos depois, no Brasil, com Pontes de Miranda e, mais tarde, com Ovídio Baptista, que modernizaram o conceito de sentença mandamental (A sentença mandamental: da Alemanha para o Brasil, op. cit., p. 254).

¹⁰³Barbosa Moreira adverte que a doutrina atual se vale da terminologia “sentença executiva *lato sensu*”, mas Pontes de Miranda a chamava, originalmente, apenas de “sentença executiva” sem o complemento “*lato sensu*” (Sentença executiva? *Revista de Processo*, n. 114, p. 147-148, mar./abr. 2004). Ainda nesse sentido, Paulo Lucon critica a expressão ‘sentença executiva *lato sensu*’, já que não se sabe quais seriam as ‘executivas *stricto sensu*’ (*Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 162). Propondo uma “inversão” no nome “tutela executiva *lato sensu*”, vale conferir o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 315).

¹⁰⁴Nesse sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, para quem “a diferença não está no efeito, que é idêntico em todas: eliminação da crise de direito material. O que caracteriza cada uma é a forma com que o efeito se produz: medidas de sub-rogação em processo autônomo ou no mesmo processo, medidas coercitivas, ordens” (*Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 518); Debora Baumöhl, *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*, op. cit., p. 59; Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, op. cit., p. 163-164.

Os exemplos típicos de *sentenças executivas lato sensu* são daquelas editadas nos casos de despejo, reintegração de posse e ação de depósito. Já as *sentenças mandamentais* costumam ser identificadas nas regras do art. 461 do CPC e 84 do CDC,¹⁰⁵ além de outros exemplos como a sentença de procedência do mandado de segurança e a da ação de nunciação de obra nova. A jurisprudência do STF também aponta como exemplo de decisão mandamental aquela proferida no âmbito do mandado de injunção,¹⁰⁶ mas a questão não é pacífica.¹⁰⁷

Registre-se não haver um consenso doutrinário acerca do provimento *mandamental* e do *executivo lato sensu* como categorias autônomas de classificação das sentenças.¹⁰⁸ Mais ainda: registram-se novas propostas classificatórias e insatisfações até mesmo com a classificação tradicional, muitas vezes rotulada de “claramente insuficiente”, por ter como parâmetro apenas o processo de conhecimento, dentre outras críticas.¹⁰⁹

Polêmicas à parte, não é o caso de se eleger, aqui, a melhor classificação ou adotar uma delas como sendo a única cabível, até mesmo porque elas variam, segundo o ângulo de análise da doutrina processual. O propósito de uma classificação doutrinária é

¹⁰⁵Barbosa Moreira, contudo, entende que as sentenças relativas a essas hipóteses da lei não são exclusivamente mandamentais (A sentença mandamental: da Alemanha para o Brasil, op. cit., especialmente p. 262).

¹⁰⁶“O novo writ constitucional, consagrado no art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a *constituir* direito novo[...]”, de modo que tem “caráter essencialmente *mandamental* a ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (MI 284-DF, voto do Ministro Marco Aurélio, publicado na RTJ 139/712; nesse sentido, ainda, MI 191-0-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01.02.90; destaques não constam do original).

¹⁰⁷Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende uma natureza *constitutiva* da decisão do mandado de injunção (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123); já Hely Lopes Meirelles trilha o entendimento do STF, ressaltando a natureza *mandamental* do pronunciamento (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: Malheiros Ed., 1989, p. 144). Conforme será visto em capítulo próprio, a controvérsia sobre o caráter *mandamental* ora referido interfere nas conclusões acerca dos *efeitos da decisão* do mandado de injunção, instrumento pelo qual se exerce o controle de constitucionalidade da *omissão normativa*.

¹⁰⁸Cândido Dinamarco e Flávio Yarshell, por exemplo, consideram tais categorias como desdobramentos da condenação (vide, respectivamente, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 242-246; e *Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 125); Sidnei Amendoeira pondera que as tutelas *mandamental* e *executiva* têm carga condenatória e o que diferencia uma e outra é o grau de exacerbação do efeito condenatório (aplicação de sanção); adotando as críticas de Carlos Alberto de Salles sobre classificação ternária, Sidnei Amendoeira conclui que aquelas ‘novas’ categorias possuem caráter autônomo (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, op. cit., p. 137).

¹⁰⁹Dentre os diversos processualistas que criticam a classificação tradicional, cabe destacar a posição de Cassio Scarpinella Bueno, o qual traz nova proposta classificatória, baseado em critérios que, a seu ver, melhor ajudam a compreender as diversas classes de sentença e, com isso, possibilitam um uso melhor das técnicas de efetividade processual (*Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 307-332, especialmente, p. 315).

justamente possibilitar uma melhor compreensão do objeto estudado.¹¹⁰ Assim, o que há de se considerar, para fins deste estudo, são as características de cada classe de sentença, importantes para determinadas conclusões a respeito dos efeitos das decisões judiciais no cenário do controle judicial de constitucionalidade.

Estabelecidas essas observações, vale fazer nota, por fim, de um relevante aspecto que está diretamente relacionado com as diferentes classes de sentença: o *momento no qual a decisão começa a produzir seus efeitos*.¹¹¹

Sobre o tema, Eduardo Couture, por exemplo, afirma que a distinção entre sentenças declaratórias e constitutivas, no mínimo, influi em matéria de *retroatividade*.¹¹² Com base nessa premissa, aliás, sustenta-se que *a eficácia do julgado no tempo*¹¹³ é reflexo direto da natureza do provimento (ou seja, do conteúdo e dos efeitos da decisão).¹¹⁴

A esse respeito, a sistemática brasileira (legal e doutrinária) usualmente se pauta nas seguintes diretrizes: (a) as sentenças *meramente declaratórias* e as de natureza *condenatória* produzem efeitos *ex tunc* (retroativos);¹¹⁵ (b) as sentenças constitutivas, na maioria dos casos, operam efeitos *ex nunc*, isto é, produzem efeitos jurídicos para o futuro, “a partir do momento em que passam em julgado”, podendo, apenas algumas vezes, remontar “ao momento do pedido”,¹¹⁶ se houver previsão legal nesse sentido.

¹¹⁰Para Bedaque, as classificações nada mais são do que “tentativas de agrupar fenômenos, segundo determinado ponto de vista, para melhor conhecê-los.” Assim, eleger uma classificação como sendo a única admissível é, muitas vezes, “conclusão incompatível com a visão científica do direito processual” (*Efetividade do processo e técnica processual*, op. cit., p. 510).

¹¹¹O alcance temporal das decisões judiciais é tema de elevada complexidade, segundo a doutrina processual (nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 51). De qualquer maneira, sem pretensão exaustiva da matéria, ela será abordada em tópicos posteriores, com foco nas decisões do controle judicial de constitucionalidade.

¹¹²“*La distinción entre sentencias declarativas, de condena y constitutivas tiene considerable influencia en materia de retroactividad*” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 1951, op. cit., p. 227).

¹¹³Tal expressão, consoante explica Remo Caponi, opera-se fundamentalmente com dois significados: o primeiro diz respeito à identificação do momento no qual a decisão começa a produzir efeitos; o segundo concerne à incidência da eficácia da sentença transitada em julgado (*L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 3).

¹¹⁴Nesse sentido, v. Junior Alexandre Moreira Pinto, o qual acrescenta, ainda, que “*a ocorrência dos efeitos ex tunc ou ex nunc está interligada com o conteúdo do provimento desejado pelo autor*” (*Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*, op. cit., p. 128-129).

¹¹⁵Cf. Paulo Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, op. cit., p. 154 e Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 306. Contudo, conforme ressalva Junior Alexandre Moreira Pinto, a retroatividade da decisão condenatória não é plena como a da meramente declaratória, já que a eficácia daquela primeira “somente alcança o momento da propositura da demanda, ou até mesmo da citação” (*Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*, op. cit., p. 128).

¹¹⁶Cf. Liebamn, *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 246; é também a posição de Cândido Dinamarco, que faz estudo específico do momento da eficácia da sentença constitutiva (*Fundamentos do direito processual civil*, op. cit., p. 592-597).

No que se refere ao objeto deste trabalho, como mencionado alhures, há polêmica doutrinária em torno da natureza das decisões tomadas, tanto no plano do controle concreto, quanto no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (se meramente declaratória ou constitutiva) e, a partir daí, se tais provimentos se operam *ex tunc* ou *ex nunc*. Também se registram apontamentos sobre o caráter *mandamental* de determinadas decisões do controle de constitucionalidade (como as que são prolatadas no âmbito do mandado de injunção) e as consequências processuais que daí derivam. Toda essa matéria será abordada com maior profundidade, em item próprio.

CAPÍTULO IV. EFEITOS DAS DECISÕES NO MODELO DE CONTROLE DIFUSO-INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1. Efeitos *inter partes*

É tradicional a afirmação de que no controle difuso-incidental brasileiro a pronúncia sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo se impõe somente às *partes que litigam no caso concreto* e que tal decisão não se projeta fora do processo em que foi proferida.¹ Daí a se dizer, inclusive, que tal pronunciamento judicial irradia efeitos *inter partes*.

Alfredo Buzaid explica que essa eficácia é limitada às partes porque “a controvérsia se funda em ameaça ou ofensa *ao direito subjetivo individual dos contendores*”, ou seja, “os juízes resolvem *in casu o direito do particular*, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislatura ou do executivo”, pelo que “os efeitos do julgado valem *inter partes*, não se estendendo *erga omnes*”.²⁻³

Ademais, como explica José Rogério Cruz e Tucci, “por força de imperativos de natureza técnica e política, no que toca aos limites subjetivos, *a sentença e a coisa julgada devem projetar efeitos entre as partes*”.⁴ Nesse sentido, Nelson Nery Junior afirma que a decisão, no controle concreto e difuso da constitucionalidade, “tem efeito apenas para as partes, por força do CPC 472, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.⁵

Sustenta-se que a eficácia geral do julgamento (que abrange a todos) poderia até ocorrer, mas desde que a declaração judicial de inconstitucionalidade se

¹Cf. Ada Pellegrini Grinover. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*. In: O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Ed., 2005 p. 177.

²*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., especialmente p. 87 e 135.

³A propósito, o jurista espanhol Francisco Fernandez Segado (professor da Universidade de Madrid), anota que, via de regra, no modo difuso de controle, as decisões são *inter partes* e no modo concentrado são *erga omnes* (La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI, op. cit., p. 79-80). Entretanto, há exceções. No Chile, Uruguai e Paraguai, por exemplo, exerce-se controle *concentrado* pelas suas respectivas Cortes Supremas, com decisões que projetam efeitos apenas *inter partes*, como observaram Cândido Dinamarco (A função das Cortes Supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, p. 7-8, abr./maio 1998) Keith S. Rosenn (Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada, op. cit., passim).

⁴*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 39; destacamos.

⁵Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 78.

apresentasse como *objeto principal do processo* – e não quando constitui uma *questão prejudicial*, como é o caso da discussão da constitucionalidade da norma no caso concreto.⁶

Com efeito, a controvérsia sobre a constitucionalidade – no controle difuso-incidental – se oferece como uma *premissa lógica e necessária* à conclusão do pronunciamento judicial e se submete, por isso, ao regime das *questões prejudiciais* (CPC, art. 469, III).⁷ Como consequência, a questão da constitucionalidade: (a) integra a *motivação* do julgado ou a *causa de pedir* da demanda submetida a julgamento;⁸ (b) *não é alcançada pela coisa julgada material*.⁹

Assim, nada impede que a controvérsia sobre a constitucionalidade instaurada incidentalmente em um processo se restabeleça em outro feito.

Nesse sentido, aliás, posiciona-se Barbosa Moreira ao se referir às hipóteses em que é declarada inexistente a dívida tributária de um certo exercício fiscal, em razão da *inconstitucionalidade* da lei que instituiu o tributo. Defende o processualista que é lícito ao órgão judicial apreciar novamente a questão para considerar constitucional a mesma lei e julgar que o tributo é devido em outro exercício fiscal. É que a questão da inconstitucionalidade constitui *motivo* daquela primeira decisão e, portanto, “sobre ela não se forma a coisa julgada”.¹⁰

⁶Cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 87-88, 135-136. No mesmo sentido parece entender Allan Brewer Carriés, ao afirmar que a eficácia *inter partes* no controle difuso exercido na América Latina “*es la consecuencia directa del antes mencionado aspecto relativo al carater incidental del metodo difuso de control de constitucionalidad*” (*La jurisdicción constitucional en America Latina*. In: BELAUNDE, García; Segado, Fernandez (Coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 130).

⁷“Art. 469. *Não fazem coisa julgada*: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da *questão prejudicial*, decidida incidentalmente no processo” (destacamos).

⁸Na clássica lição de Carnelutti, o termo “questão” designa um ponto duvidoso – de fato ou de direito – que é relevante no processo. Questão prejudicial é aquela matéria de mérito que influi no resultado do julgamento. *Quando resolvidas, as questões (inclusive as prejudiciais) se transformam em fundamentos da sentença* (*Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, op. cit., p. 353).

⁹O pronunciamento do juiz sobre o pedido – feito à luz da causa pedir – se encontra no *dispositivo* do julgado. Daí a se concluir que a coisa julgada se restringe a essa parte da decisão. Trata-se, com efeito, de regra prevista no direito brasileiro (art. 469 do CPC), pela qual apenas o dispositivo transita em julgado; excluem-se os motivos, a verdade dos fatos (ainda que utilizada como fundamento da sentença) e a *apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no curso do processo*. Nesse sentido, vide lição de Ada Pellegrini Grinover. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 65, p. 75, dez. 2001.

¹⁰Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 246, p. 31, 1974. Em outra obra, o autor também afirma: “Se a questão logicamente subordinante houver sido examinada *incidenter tantum*, a respectiva solução não ficará coberta pela *auctoritas rei judicatae*, de sorte que a qualquer juiz será lícito, depois, apreciá-la e decidi-la livremente, em feito onde ela venha constituir, por sua vez, a questão principal” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 129).

De igual modo, Ada Pellegrini afirma que na declaração de inconstitucionalidade pelo sistema difuso, “a decisão sobre a prejudicial é proferida *incidenter tantum*, sem qualquer efeito de coisa julgada material e sem efeitos vinculantes, *podendo os tribunais continuar a divergir sobre a interpretação constitucional*”.¹¹

Convém registrar que em nosso sistema processual, nos termos dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC, a decisão sobre alguma *questão prejudicial* pode adquirir autoridade de coisa julgada material, se a parte interessada lançar mão da ação declaratória incidental.¹² Por essa via, a questão prejudicial passaria a ser apreciada *principaliter* e não *incidenter tantum*.¹³

Assim, na hipótese específica da discussão da constitucionalidade no caso concreto, a jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha e, hoje, ministra do STF, entende pelo cabimento da ação declaratória incidental. Nesse caso, a procedência do pedido, por vias transversas, poderia surtir efeitos sobre “outros processos em que a pessoa pública, que tenha figurado na primeira demanda, pretenda agir ou esteja a agir nos mesmos moldes que em que o fazia e com fundamento no mesmo ato normativo”, afirma a autora.¹⁴

Entretanto, para Rodolfo de Camargo Mancuso a discussão sobre matéria constitucional *não pode se reduzir ao esquema da ação declaratória incidental*, pois ainda que se trate de uma questão prejudicial, “a questão constitucional não pode ser equiparada a uma *relação jurídica* – CPC, art. 5º – nem a um *direito* – CPC, art. 325 (...) então ela fica decidida *incidenter tantum* (CPC, art. 469, III), não integrando assim os limites objetivos da coisa julgada (CPC, art. 468)”.¹⁵

Por outro fundamento, afigura-nos correto concluir pelo não-cabimento da ação declaratória incidental, na hipótese. Passando a discussão sobre a constitucionalidade de uma norma a figurar como pedido (e não mais como causa de pedir), o processo

¹¹Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 58, out./dez. 1996; destacamos.

¹²Consoante ensinamento de Alfredo Buzaid, a função precípua da ação declaratória incidental é “atender aos princípios da brevidade e da economia, resolvendo num mesmo processo com autoridade de coisa julgada, duas lides, ao invés de uma apenas, a saber, a lide prejudicial e a lide principal, de modo que ambas passam a ser, por força do pedido das partes, duas lides principais” (*Ação declaratória no direito brasileiro*, op. cit., p. 374).

¹³Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, op. cit., p. 301. Nesse mesmo sentido: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 129. De todo modo, mesmo sendo a questão acobertada pela coisa julgada material, a regra é de que a imutabilidade e indiscutibilidade dessa decisão são restritas às partes do processo, salvo previsão legal em sentido contrário (CPC, art. 472).

¹⁴*Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Leud, 1991, p. 179-180.

¹⁵*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 409.

individual adquire conotação de um instrumento de *fiscalização principal e abstrata*, subvertendo as regras próprias estabelecidas (na CF e na legislação infraconstitucional) para esta modalidade de julgamento.¹⁶

De outra parte, Glênio Heckman parece entender que a controvérsia constitucional, mesmo se enquadrando como uma *questão prejudicial*, pode ser acobertada pela coisa julgada, *sem a necessidade de se manejar ação declaratória incidental*, pois, baseado nas idéias de Ronaldo Cunha Campos, defende que a coisa julgada se estende a todos os elementos da decisão, inclusive à resolução das questões prejudiciais.¹⁷

Com a devida vênia, não perfilhamos desse último entendimento, seja por contrariar expressamente a disposição contida no art. 469, III do CPC, seja pela dificuldade de aceitação das premissas relacionadas aos limites objetivos da coisa julgada aqui envolvidos.

Com efeito, para Ronaldo Cunha Campos, a coisa julgada compreenderia não somente o comando da sentença, mas também os motivos e demais elementos da decisão porque a razão do pedido (acolhido) se converte em razão de decisão; desse modo, como a razão compreenderia tanto o suporte fático quanto o preceito de uma norma jurídica, a coisa julgada também abrangeria o fato jurídico que determinou o comando da sentença.¹⁸

Entretanto, como bem pondera José Maria Tesheiner, a teoria de que a coisa julgada se estende a todos os elementos da decisão fora baseada nas idéias de Savigny, as quais eram sustentáveis na vigência do CPC de 1939, mas que sem dúvida foram repudiadas pela doutrina restante e pelo próprio CPC atual.¹⁹

¹⁶Em sentido semelhante, vide Juliano Taveira Bernardes, para quem “é imprescindível que o pedido da demanda incidental possa também, em tese, ser objeto de ação declaratória autônoma. No entanto, como o ordenamento jurídico proíbe ação autônoma, na via de controle concreto, cujo objeto seja a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, a proposta esbarra, ademais, na impossibilidade jurídica do pedido da declaratória incidental.” Para o mesmo autor, não caberia a ação declaratória incidental, na hipótese, por falta de interesse processual, pois a conferência de efeitos da coisa julgada sobre a questão constitucional não é requisito indispensável à consecução do controle concreto de constitucionalidade (*Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_52/Artigos/Art_Juliano.htm>. Acesso em: 19 maio 2009).

¹⁷*O cumprimento da norma do Artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente da argüição de inconstitucionalidade: uma nova perspectiva de tratamento*. 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 102-103; 105-107.

¹⁸*Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 139.

¹⁹José Maria Tesheiner menciona que a tese de Ronaldo Cunha Campos não se sustenta porque dizer que a coisa julgada se estende a todos os elementos da decisão levaria a *res judicata* a ter extensão maior que a própria *res iudicanda* – o que seria incompatível com o sistema. Além do mais, a referida teoria fora baseada nas idéias de Savigny, as quais eram sustentáveis na vigência do CPC de 1939, mas que sem dúvida foram repudiadas pela doutrina restante e pelo próprio CPC atual (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 153).

Ademais, como esclarece Antonio Carlos de Araújo Cintra, justamente para se evitar as incertezas que vicejavam ao tempo do CPC de 1939, o legislador de 1973 fixou objetivamente os limites da coisa julgada também no art. 469, discriminando de forma “superabundante” que *os motivos da sentença não são aptos a adquirir a coisa julgada*.²⁰

Seguindo esse raciocínio e também a premissa *carneluttiana* de que as questões prejudiciais, quando resolvidas, se transformam em fundamentos da sentença, *a discussão sobre constitucionalidade da norma* não foge à regra de que, na qualidade de questão prejudicial, sua resolução integra os motivos da decisão, não sendo acobertada, pois, pela coisa julgada material.

Por qualquer ângulo que se enxergue a questão, portanto, a declaração incidental – sobre a compatibilidade (ou incompatibilidade) da norma em face da Constituição – fica circunscrita às partes do processo e não se reveste da autoridade da coisa julgada.

4.1.1. Efeitos *inter partes*: sua repercussão sobre a norma questionada

Uma outra importante consequência também se revela nas decisões judiciais do controle difuso-incidental: a de que a norma considerada inconstitucional *não é extirpada do mundo jurídico*, ou seja, sua incidência é afastada apenas no caso concreto²¹ e a norma ainda continua eficaz,²² podendo qualquer juiz aplicá-la em outro feito, caso entenda que ela é constitucional. Ou seja, também *sob essa outra perspectiva*, as decisões de constitucionalidade, nessa modalidade de controle, têm seus *efeitos limitados às partes* da situação submetida a julgamento.

²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 301.

²¹ Gilmar Mendes afirma que o controle difuso-incidental “tem o condão de afastar a incidência da norma inconstitucional no caso concreto” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 247).

²² Cf. Ada Pellegrini Grinover, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*, op. cit., p. 178. Os conceitos de eficácia, existência e validade das normas jurídicas são controvertidos na doutrina, principalmente no campo da Teoria Geral do Direito. Uma importante contribuição para essa discussão é a classificação dos atos jurídicos do direito privado *transportada* para o direito público; nesse cenário, muito aplaudidas são as idéias de Elival da Silva Ramos, para quem a sanção aplicada ao vício da inconstitucionalidade se projeta no plano da *eficácia*, exceto no caso da inconstitucionalidade por omissão, cuja caracterização da irregularidade se dá no plano da *existência* (*A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, op. cit., p. 11; *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 47).

Para que a decisão que considera inconstitucional um ato normativo – no controle difuso-incidental – tenha eficácia *perante todos*, é necessário que o julgado seja definitivo, provenha do STF e que o Senado Federal, nos termos do art. 52, IX da CF,²³ suspenda a execução, no todo ou em parte, da norma inconstitucional.²⁴

André Ramos Tavares acrescenta, entretanto, que a intervenção do Senado não é mais a única maneira de atribuir eficácia geral às decisões de controle concreto do STF, já que hoje também há *súmula de efeito vinculante*, “que produzirá a generalização das decisões concretas da mesma forma como operaria a resolução do Senado Federal”.²⁵

Vale dizer: sem a manifestação do Senado Federal ou sem a edição da denominada “Súmula Vinculante”, *os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de uma norma ficam restritos às partes envolvidas no litígio*.

Regina Nery Ferrari, nesse contexto, chega a afirmar que *os efeitos do pronunciamento judicial no controle difuso terão o mesmo alcance normal das decisões judiciais*, não havendo nenhuma *especialidade* no fato de o resultado do julgamento ser precedido de um exame sobre a constitucionalidade de um ato ou omissão normativa.²⁶

4.1.2. Efeitos *inter partes* e as tendências acerca da eficácia subjetiva das decisões do controle difuso-incidental

Sem prejuízo das considerações expostas no item anterior, vem ganhando destaque um outro tipo de posicionamento: o de que existiriam contornos juridicamente diferenciados nas decisões de constitucionalidade no controle concreto, quando proclamadas pelo STF. Mais até: autorizadas vozes sustentam que as decisões a respeito da

²³*In verbis*: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”

²⁴Como assevera Sérgio Resende de Barros “Nos termos do controle difuso brasileiro, portanto, o Supremo Tribunal Federal é senhor da *constitucionalidade* e o Senado Federal o senhor da *generalidade*” (Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 234 e ss., abr./jun. 2003).

²⁵*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 104. Nada obstante, como será visto ao longo deste trabalho, os efeitos generalizantes da intervenção do Senado e da Súmula Vinculante apresentam diferenças. A respeito da denominada “Súmula Vinculante” e os efeitos que produz, remetemos o leitor às considerações constantes do capítulo V.

²⁶Prossegue a autora, concluindo que os efeitos da decisão judicial no controle concreto “são iguais a todas as sentenças judiciais, ocorridas em processos comuns, porque o que se visa é resolver uma relação jurídica, e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária para a solução da *litis*” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 186).

legitimidade de uma norma em face da Constituição “têm vocação natural para assumir uma *projeção expansiva*, para fora dos limites do caso concreto”, mesmo em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade,²⁷ em que é necessária a atuação complementar do Senado ou a edição de uma súmula vinculante para ocorrer a generalização dos efeitos da decisão ora tratada.

Segundo esse entendimento, o fenômeno se manifesta em virtude da proeminência do órgão julgador (afinal, o STF é órgão de cúpula do Judiciário e o guardião da Constituição Federal, nos termos do art. 102, *caput* da CF)²⁸ e dos próprios princípios constitucionais envolvidos nesse tipo de julgamento (isonomia e segurança jurídica).

A esse último respeito, Mauro Cappelletti já alertava que os órgãos judiciários podem emitir diferentes decisões sobre a legitimidade constitucional de uma mesma norma; tal situação poderia trazer conflito entre os órgãos, causar insegurança jurídica e configurar uma situação perniciosa para os indivíduos, para a coletividade e para o Estado.²⁹ Teori Zavascki e Rodolfo Mancuso trabalham justamente com essas idéias relacionadas à falta de uniformidade dos julgados no controle difuso-incidental e daí advém a premissa de que a projeção expansiva dos efeitos das decisões do STF seria um mecanismo que visa à preservação da *segurança jurídica*, da isonomia e que também objetiva evitar a repetição desnecessária do julgamento da mesma questão.³⁰

Há de se anotar que essa possível vocação expansiva das decisões do STF já foi observada por Lucio Bittencourt em meados do século passado. Com base nos ensinamentos de Liebman (no sentido de que *a eficácia natural da sentença atua com*

²⁷Nesse sentido, pronunciam-se Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., especialmente p. 405-406 e Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 25-26. Aliás, tais premissas acadêmicas de Zavascki são refletidas nos julgamentos que realiza, na condição de ministro do STJ: “Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ” (REsp 819850, DJ 19.06.2006; no mesmo sentido: REsp 905795, DJ 17.05.2007, REsp nº 884230, DJ 16.08.2007, todos relatados pelo Ministro Teori Albino Zavascki).

²⁸Juan Carlos Hitters explica que na Argentina, cujo sistema de controle de constitucionalidade combina os métodos difuso e incidental, com decisões que projetam eficácia unicamente *inter partes*, também ocorre um semelhante fenômeno “expansivo” com os pronunciamentos da Suprema Corte: na prática, tais decisões são aplicadas e acolhidas *espontaneamente* pelos tribunais inferiores, isto é, sem haver um dispositivo legal que os obrigue a adotar, obedecer ou seguir essas decisões. Tal se dá “*por el respecto que se tiene al Alto Tribunal, y por ese deber moral o institucional*” (*La jurisdicción constitucional en Argentina*, p. 295). Tal situação também foi observada por Cândido Dinamarco no artigo A função das Cortes Supremas na América Latina, op. cit., p. 7-8.

²⁹*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 143.

³⁰Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., especialmente p. 25-30; Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., especialmente p. 405-406.

relação a todos, ao passo que a coisa julgada só vale entre as partes), Lucio Bittencourt sustentava a existência de algumas sentenças com projeção de efeitos *erga omnes*; dentre elas, encontravam-se as decisões do STF, que proclamam a inconstitucionalidade de uma norma.³¹

A questão também não passou despercebida por Buzaid, que, entretanto, defendia não haver respaldo na Constituição (então vigente) a ideia de se atribuir eficácia geral, por si só, à decisão que decreta a inconstitucionalidade da norma. Para tanto, seria necessária a manifestação do Senado Federal.³² De todo modo, tal vocação expansiva dos julgados do STF vem se intensificando e até ostenta o título de “tendência” nos dias atuais.³³ A evidenciá-la, há algumas proposições – no sentido de se reconhecer eficácia *erga omnes* a todas as decisões do STF na via incidental – que emergiram ao longo da tramitação da proposta de Emenda Constitucional (PEC 96/92), dando ensejo à Emenda n. 45 da Constituição Federal vigente.³⁴

Embora as ideias ali apresentadas não tenham sido acolhidas, a tendência permanece. Tanto isso é verdade, que no plano legislativo ainda tramitam outros projetos, tais como: (a) a PEC n.º 406-A/2001, prevendo um incidente de constitucionalidade que irradia os efeitos das decisões do STF para além do processo em que foi suscitado,³⁵ e (b) a PEC n.º 11/2008, que contempla a revogação do art. 52, X da CF, com o propósito de que a eficácia geral dos pronunciamentos do STF tomados na via difusa não fique a depender de manifestação senatorial.³⁶

³¹ Acrescenta, ainda, o autor: “É justamente por força da ‘*eficácia natural*’ da sentença declaratória da inconstitucionalidade, que esta passa a atuar com relação *a todos*, sem distinção, tenham ou não sido partes do processo [...] O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional” (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, op. cit., p. 140-144).

³² *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 85-87. O autor chega a criticar diretamente as idéias de Lucio Bittencourt e de Castro Nunes a tal respeito.

³³ Elival da Silva Ramos, por exemplo, assim qualifica os entendimentos doutrinários que atribuem uma eficácia mais ampliada às decisões do STF (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 260-261).

³⁴ Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 261.

³⁵ De acordo com informações constantes do site oficial da Câmara dos Deputados, recente ato da presidência daquela casa, datado de 22.04.2009, determinou a criação de Comissão Especial (composta de 17 (dezessete) membros titulares e de igual número de suplentes, mais um titular e um suplente) para proferir parecer sobre a PEC 406-A/2001. Vide CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Leis e outras Proposições*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 12 maio 2009.

³⁶ Em justificação à proposta apresentada, afirma-se: “(...) parece correto cogitar de eficácia maior à generalidade das ações do controle difuso e em concreto de normas, conforme eventualmente venha a construir o Supremo Tribunal Federal”. Esses dados estão disponíveis no site oficial do Senado Federal, o qual informa, ainda, que a PEC 11/2008 se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e foi distribuída ao Senador Sérgio Guerra para emissão de relatório. Vide: SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84363>. Acesso em: 12 maio 2009.

Além disso, as recentes reformas processuais também tornam perceptível a ampliação da influência das decisões do STF sobre outros feitos, já que regras como a dos artigos 120, parágrafo único; 515, §1º; 544, §3º, 557, *caput* e §1º-A do CPC vêm, aos poucos, conferindo aos precedentes judiciais daquela Corte uma projeção que os torna “pouco menos que vinculativos”, nas palavras de Barbosa Moreira.³⁷ No mesmo sentido, Teori Zavascki reconhece aí uma importante “*força de precedente*” e a qualifica como uma espécie de *efeito reflexo* e *anexo* das decisões do STF tomadas no controle difuso-incidental.³⁸

A idéia de os efeitos da decisão de inconstitucionalidade (proclamada pela nossa Suprema Corte) não ficarem circunscritos apenas aos litigantes envolvidos no caso concreto encontra apoio, ainda, em mais uma outra tendência: a de se considerar que o controle judicial de constitucionalidade não é vocacionado para um processo de *partes*; mas sim, para um *processo objetivo*, dado o interesse público envolvido na causa.³⁹

Nesse contexto, André Ramos Tavares sustenta a necessidade de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proclamadas pelo STF, em sede de recurso extraordinário, mediante uma combinação entre os modelos difuso-concreto e concentrado-abstrato. Para o autor, a projeção de efeitos unicamente às partes “só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas”.⁴⁰

Sem prejuízo disso, Gilmar Mendes vai além da “mera” vocação expansiva e sustenta ser possível, na sistemática legal e constitucional *vigente*, reconhecer efeitos *erga omnes* às decisões do STF provenientes da via difusa, *mesmo sem a manifestação do Senado Federal*.⁴¹ Para o ilustre jurista, teria havido uma espécie de *mutação constitucional* a justificar tal postura.⁴² Tal posicionamento vem fomentando debates e reflexões no cenário da doutrina, tal como será visto no próximo item deste trabalho.

³⁷A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, p. 189, jan./fev. 2006. O assunto será retratado, mais detidamente, nos itens 4.6.2 e 7.3 deste estudo.

³⁸*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 30. Sobre a definição e fundamentação teórica de efeitos reflexos e anexos, vide capítulo II.

³⁹Nesse sentido: Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 407. Sobre as características do processo objetivo, vide itens 4.6.3 e 6.1.2 deste estudo.

⁴⁰*Recurso extraordinário: modificações, perspectiva e proposta*. In: DINAMARCO, Pedro; COSTA, Hélio Rubens; RIBEIRO, José Horácio (Coords.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

⁴¹*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., especialmente p. 270-280. Os fundamentos dessa proposição são mais detalhadamente abordados no item 4.2 a seguir.

⁴²Denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra do preceito constitucional, inclusive, através da interpretação – em suas diversas modalidades e métodos. Vale dizer: as diversas interpretações *judiciais* ou *legislativas* das normas da Constituição podem acarretar uma modificação no significado dos preceitos fundamentais – consoante a precisa e rica lição de Anna Candida da Cunha

Por fim, dois importantes registros devem ser feitos com relação à eficácia subjetiva das decisões editadas em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade.

O primeiro é que têm surgido questionamentos doutrinários sobre a possibilidade de conferir efeitos *erga omnes* às decisões do STF proferidas nessa modalidade de controle, nos casos de excepcional interesse social ou em razão de segurança jurídica, mediante aplicação analógica e extensiva do art. 27 da Lei 9.868/99. O segundo registro diz respeito à também polêmica alegação de que os efeitos das decisões de constitucionalidade do controle difuso-incidental assumiriam feições *ultra partes* ou *erga omnes* nas chamadas *ações coletivas*. Ambos os assuntos serão analisados mais detalhadamente, em item próprio.⁴³

4.2. Efeitos da Resolução expedida pelo Senado Federal

Com o advento do regime republicano brasileiro, consagrou-se o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade, inspirado fortemente no direito norte-americano. Como os efeitos das decisões nessa modalidade de controle são *inter partes*, há inconvenientes como a multiplicação de demandas com decisões díspares sobre um mesmo preceito normativo, a possibilidade de conflitos de decisões (afetando o princípio da segurança jurídica), etc.

Nos Estados Unidos, este problema era enfrentado com o princípio do *stare decisis*⁴⁴ e a força vinculante da jurisprudência combinadas entre si, tendo como consequência prática a atribuição de uma eficácia geral (*erga omnes*) às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional.⁴⁵

No Brasil, a doutrina até cogitou a adoção do *stare decisis* em nosso sistema, quando a decisão partisse do STF;⁴⁶ além disso, propostas legislativas foram

Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, op. cit., especialmente p. 64 e ss (sobre a interpretação constitucional legislativa) e p. 102 e ss (sobre a interpretação constitucional judicial).

⁴³Vide itens 4.4.1 e 4.7.3 deste estudo.

⁴⁴Sobre o tema, remetemos o leitor ao item 4.6.4.1 deste trabalho.

⁴⁵Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 28-29.

⁴⁶Teori Zavascki informa que Rui Barbosa, em seus comentários à primeira Constituição da República, defendeu a adoção do *stare decisis* quando a decisão partisse do STF (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 29).

apresentadas, como na Assembleia Constituinte de 1934, em que o Deputado Nilo Alvarenga defendia a instituição de uma Corte Constitucional, nos moldes do tribunal austríaco, atribuindo às decisões de inconstitucionalidade uma eficácia *erga omnes* e vinculante para todos os demais tribunais e juízes.⁴⁷

Entretanto, a suspensão da execução da norma inconstitucional pelo Senado foi a forma definida pelo constituinte de 1934 para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade.

Vale dizer: a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF e subordinou a eficácia *erga omnes* da decisão do STF à deliberação do Senado (art. 91, IV). Essas proposições foram incorporadas também pelas Constituições de 1946 (art. 64), 1967/1969 (art. 42, VII) e 1988 (*art. 52, X*).

Do ponto de vista processual, a manifestação do Senado representa um *efeito secundário* da decisão do STF, que reconhece a inconstitucionalidade da norma. E assim o é, explica Alfredo Buzaid, porque “não precisa ser pedido pela parte; resulta automaticamente da lei. O que o caracteriza é a sua absoluta falta de autonomia, pois é sempre uma consequência natural e necessária do efeito principal. A suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato é o complemento, na esfera legislativa, da declaração judicial de inconstitucionalidade. Aí se completa o processo, realizando-se o efeito secundário”.⁴⁸

Teori Zavascki, na mesma linha, enquadra essa atuação do Senado Federal também como um *efeito reflexo e indireto* da decisão do STF, pois a suspensão da norma inconstitucional transmite (“reflete”) efeitos para além do caso julgado, com consequências

⁴⁷É o que informam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 2, p. 8, jan./mar. 1993.

⁴⁸*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 140-141. No mesmo sentido: José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 313. Teori Zavascki prefere utilizar a expressão *efeito anexo* para dizer que o pronunciamento do Senado Federal “se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 31). Sobre os aspectos conceituais de efeitos secundários e anexos das decisões, remetemos o leitor ao capítulo II deste trabalho.

ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária.⁴⁹

Igualmente nesse sentido, Rodolfo Mancuso afirma que nas decisões do controle concreto se forma uma espécie de *efeito expansivo* a partir da projeção *erga omnes* ocasionada com a supressão do texto inconstitucional pelo Senado Federal.⁵⁰

E apesar de certa divergência doutrinária no passado, hoje predomina o entendimento de que *a atuação do Senado Federal se restringe às decisões editadas no âmbito do controle incidental*, pois a decisão do STF em sede de *controle principal* produz efeitos *erga omnes* automaticamente.⁵¹ Além disso, também ficam de fora os pronunciamentos do STF que se valem das técnicas da *interpretação conforme* e da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, já que a competência do Senado – prevista no art. 52, X da CF – se circunscreve à pronúncia de inconstitucionalidade da norma, sem abranger decisões interpretativas.⁵²

Mas sem prejuízo dessas ressalvas quanto ao alcance da manifestação senatorial, mister destacar que tal intervenção se opera por meio de *resolução*,⁵³ a qual é expedida com a finalidade de suspender a executoriedade de norma de quaisquer dos três níveis de poder (federal, estadual e municipal), que tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. “Suspender a execução” significa extirpar ou *expurgar do mundo normativo* o ato fulminado pelo STF.⁵⁴

⁴⁹*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 31; Rodolfo de Camargo Mancuso também classifica a deliberação senatorial como um *efeito indireto* da decisão do STF (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 410).

⁵⁰*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 416.

⁵¹Nesse sentido: Gilmar Mendes, o qual perfilha do entendimento de que o efeito *erga omnes* é um apanágio dos processos objetivos, em que a declaração de inconstitucionalidade é proclamada abstratamente – em tese (Eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle abstrato no plano estadual. *Repertório de Jurisprudência IOB*, Caderno 1, p. 746, out. 2002); Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 400; Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 5 ao art. 52, X da CF, p. 180; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 110; Dirley da Cunha Junior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 146.

⁵²Vide, dentre outros: Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 266-268; Glauco Salomão Leite. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, especialmente p. 83, 89-91.

⁵³Consoante disposição dos arts. 386 a 388 do Regimento Interno do Senado Federal e art. 178 do Regimento Interno do STF.

⁵⁴Cf. Themístocles Brandão Cavalcanti. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1952-1953, v. 2, p. 113. Ada Pellegrini Grinover afirma que “a resolução do Senado não revoga, nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia” (*O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*, op. cit., p. 178); perfilham, ainda, desse pensamento Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

Consideramos, ainda, que a expressão “no todo ou em parte”, contida no art. 52, X da CF, *não* significa que cabe ao Senado Federal selecionar, a seu critério, a parte da norma, cuja execução deva ser suspensa, mas sim, que compete ao Senado suspender a parte *ou* o todo (da norma inconstitucional) *que foram expressamente apontados pelo STF* na pronúncia de inconstitucionalidade. Significa que o Senado não pode ir além da decisão do STF.⁵⁵ Contudo, há entendimentos ressaltando que o Senado pode ficar aquém dessa decisão, suspendendo apenas uma parte do ato normativo reconhecido pelo STF como inconstitucional.⁵⁶

A partir desse contexto, um aspecto bem debatido é se a atividade do Senado seria *discricionária* ou *vinculada*.⁵⁷

O entendimento dominante (inclusive do STF e do próprio Senado Federal) é o do caráter discricionário (ou facultativo), pois se trata de *ato político* que se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa, não havendo sanção específica, nem prazo certo para o Senado se manifestar.⁵⁸ De outro lado, a corrente contrária pondera, em síntese, que atribuir um caráter facultativo à atividade senatorial seria: (a) desconsiderar os inconvenientes dos efeitos *inter partes* do controle difuso-incidental e as razões históricas que levaram a instituir a atribuição do Senado; (b) admitir que um ato político poderia se sobrepor a um exame jurídico sobre a inconstitucionalidade.⁵⁹

⁵⁵Nesse sentido: Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. 3, op. cit., p. 85-86; Palhares Moreira Reis. O Senado Federal e as leis inconstitucionais. *Revista da Procuradoria Federal Especializada INSS*, Brasília, n. 3, p. 109, out./dez. 2002; Gilmar Mendes, pautando-se em antigo entendimento do STF, aponta que o Senado não tem competência para examinar o mérito da decisão do STF para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la. Vale dizer: “o ato do Senado deveria de se ater à extensão do julgado do Supremo Tribunal Federal” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 264).

⁵⁶Michel Temer, por exemplo, afirma que “O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF [...] O Senado Federal não é mero órgão chancelador das decisões da Corte Suprema” (*Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 47).

⁵⁷Ives Gandra aponta, ainda, uma terceira corrente: a que atribui ao Senado Federal um poder-dever, uma faculdade-obrigação de expedir a resolução, decorrente da convicção de que assim deve agir (Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 242, jan./mar. 2000).

⁵⁸Nesse sentido STF, Mandado de Injunção nº 460-9-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.06.94; Pareceres do Senado Federal nº 154, 261 e 282; na doutrina, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 110; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 5 ao art. 52, X da CF, p. 180; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 75.

⁵⁹Atribuem caráter vinculado ao ato senatorial: Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 89; Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 4, t. 1, p. 179; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 57-58; Lenio Luiz Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002, p. 379; Dirley da Cunha Junior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 149; entre outros.

Salvo melhor juízo, a autonomia na deliberação senatorial (para não suspender a lei inconstitucional ou suspender parcialmente) nos parece legítima e consentânea não apenas com o papel político desempenhado pelo Senado, mas com a própria orientação contida no art. 52, X da CF (que, como visto acima, confere uma certa liberdade àquela instituição no tocante à suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF na via difusa). Cremos, assim, ser de natureza discricionária a atividade senatorial ora em comento.

Para os fins do presente estudo, interessa-nos a não menos polêmica discussão doutrinária sobre o *alcance temporal* da resolução expedida pelo Senado Federal, isto é, se tal ato irradia efeitos *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (não-retroativos).

Seguimos o posicionamento que defende a projeção de efeitos *ex tunc*. É que a competência do Senado foi instituída para obviar inconvenientes como a proliferação de demandas repetidas e conflitos de decisões sobre um mesmo preceito normativo, pelo que a deliberação senatorial deve ter efeitos retroativos, como se a lei jamais houvesse existido, a fim de que se mantenha a segurança jurídica no sistema. Ademais, a manifestação do Senado não equivale a uma *revogação* da norma inconstitucional (esta sim, tem efeitos *ex nunc*, já que a revogação importa proclamar que, a partir dela, o ato normativo revogado não tem mais eficácia); a resolução ora tratada apenas proclama que a norma inconstitucional não produziu efeitos desde o instante do seu nascimento.⁶⁰

Os que entendem pela irradiação de efeitos *ex nunc*, vale registrar, adotam os seguintes fundamentos: (a) como o ato de Senado projeta efeitos *erga omnes*, tal deliberação não pode recuar ao passado, pois atingiria outras partes cujos direitos e obrigações não foram questionados em casos concretos – o que, além de injusto para os atingidos, seria inconveniente para a paz social; (b) embora a decisão editada no âmbito do controle difuso-incidental seja *ex tunc*, a deliberação do Senado não pode ter esse efeito, pois o Senado não é órgão de jurisdição constitucional e sua deliberação apenas suspende a eficácia de uma norma inconstitucional, não declara a norma inconstitucional.⁶¹ Seguindo

⁶⁰Cf. Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 262-263; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 111.

⁶¹Nesse sentido: Sérgio Resende de Barros (O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 170-171, jan./jun. 2003); Olavo A V Alves Ferreira (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 66); este autor acrescenta, ainda, que o caráter discricionário da resolução do Senado é incompatível com a retroeficácia); Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 285; Ada Pellegrini Grinover, *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, op. cit.,

esse último entendimento, a lei inconstitucional deixará de produzir efeitos assim que publicada a resolução do Senado.⁶²

Em rebate ao que propugna essa segunda corrente, destacamos que a dimensão dos inconvenientes acima tratados não é tão grande ou insuperável quanto se sugere. A dicção do art. 52, X da CF e o caráter político da resolução senatorial permitem compreender que o Senado pode *dimensionar* a eficácia temporal da suspensão da norma; isto é, nada impede que o Senado retire a lei inconstitucional do ordenamento, conferindo – excepcionalmente – efeitos *ex nunc*, caso considere excessivamente gravosas as consequências que adviriam da eficácia retroativa da retirada da norma do ordenamento.⁶³

Seja como for, tal distinção – acerca da produção de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* – se reflete, por exemplo: (a) na discussão de se aplicar – ou não – a súmula 343 do STF,⁶⁴ nos casos em que há interpretação controvertida dos tribunais sobre matéria constitucional;⁶⁵ (b) na possibilidade – ou não – de se alegar a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente para se obter a inexigibilidade de título executivo judicial, nos termos dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º do CPC.⁶⁶ Esses temas serão examinados com maior detalhamento no capítulo VII.

p. 56); José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 56; Regina Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 205; Lenio Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 377; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 148.

⁶²Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 285. A propósito, André Ramos Tavares observa que a superveniência de uma nova lei com idêntico conteúdo à da que foi suspensa não faz com que cessem os efeitos da resolução: “Esta [a resolução] permanece no lapso temporal que medeia entre a resolução e a nova legislação. A novel lei aplica-se apenas para os casos futuros. Não se admite a chamada convalidação anterior” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 302).

⁶³“(…) o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade” (Eduardo Talamini. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 449). No mesmo sentido, vide Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 75.

⁶⁴“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

⁶⁵Ada Pellegrini faz a seguinte sistematização relacionada à suspensão do Senado e à aplicação da referida Súmula 343: “[...] no sistema difuso de controle, após a suspensão da lei pelo Senado, não é mais permitida divergência jurisprudencial. Se se entender – segundo a melhor doutrina que a perda da eficácia da lei tem efeitos *ex nunc*, essa proibição valerá somente para o futuro. Mas a aceitar-se a posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de a perda de eficácia ter efeitos *ex tunc*, caberia ação rescisória para desconstituir julgada que tenha aplicado a lei posteriormente declarada inconstitucional. Não incidiria, nessa interpretação, a Súmula 343” (Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, op. cit., p. 58-59; destacamos).

⁶⁶Dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina sustentam que a possibilidade de se alegar a inconstitucionalidade proclamada na via incidental se dá apenas quando a resolução do Senado opera efeitos *ex tunc* (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 75).

4.2.1. Ampliação da eficácia das decisões do STF na via difusa e o papel do Senado Federal

O papel do Senado vem sendo alvo de críticas na doutrina e taxado até mesmo de “anacrônico” e “contraditório”, pois respeitadas as razões históricas de tal previsão constitucional, a intervenção do Senado – segundo esse modo de pensar – não revelaria hoje tanta utilidade, em face da amplitude que o atual sistema constitucional empresta ao controle abstrato, outorgando ao STF a competência para editar decisões de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* e vinculantes.⁶⁷

Um dos doutrinadores que perfilha desse entendimento é Gilmar Mendes,⁶⁸ o qual argumenta, ainda, que: (a) não se pode negar a tendência em se atribuir efeitos ampliados às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo órgão de cúpula do Judiciário, *até mesmo em sede de controle incidental*; (b) a força persuasiva dos precedentes do STF ganha cada vez maior dimensão nos julgamentos dos tribunais e também ganha destaque na própria legislação (por exemplo: o art. 481, parágrafo único do CPC dispensa a instauração do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais, estando as instâncias ordinárias vinculadas a julgado anterior do STF; o legislador infraconstitucional dá poderes para o relator dar provimento ou negar seguimento a um recurso, com base nas decisões do STF – art. 557, §1º do CPC); (c) nos casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* ou nos casos em que o Tribunal *fixa uma interpretação da Constituição*, a resolução senatorial não teria serventia, já que a decisão vale *per se* e não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas apenas de um de seus significados normativos;⁶⁹ (d) nas chamadas ações coletivas, cujas decisões já têm eficácia *erga omnes*, ficaria difícil justificar a necessidade de comunicação da inconstitucionalidade ao Senado.⁷⁰

⁶⁷Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 111.

⁶⁸*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 266-268.

⁶⁹A esse respeito, Glauco Salomão Leite concorda com a tese de que tais decisões não são suscetíveis de generalização através da competência do Senado Federal, mas adverte que tais pronunciamentos podem ter efeitos ampliados por meio das súmulas vinculantes, ou seja, “As súmulas vinculantes acabaram ocupando os espaços vazios deixados pelo Senado Federal” (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 83, 89-91). Ainda sobre essa temática, remetemos o leitor ao capítulo V deste estudo, em que se examinam os efeitos processuais da súmula vinculante.

⁷⁰Sobre os efeitos das decisões proferidas em ações coletivas que veiculam declaração de constitucionalidade, vide item 4.7.3.

Diante de tais aspectos, parcela da doutrina acredita não mais haver razões para se condicionar a eficácia geral de uma decisão do controle difuso-incidental à intervenção do Senado. Assim, de *lege ferenda*, autorizadas vozes consideram ser o caso de se eliminar a atuação senatorial.⁷¹

Para Gilmar Mendes, vale lembrar, já existe uma *mutação constitucional* a dispensar a Resolução do Senado para conferir eficácia geral às decisões do STF no controle difuso, pelo que a fórmula relativa à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal teria, já hoje, simples efeito de publicidade.⁷² Existem entendimentos em sentido contrário⁷³ e acompanhamos tal modo de pensar.

Com efeito, não nos parece que o Senado atingiu o patamar de mero chancelador dos julgados do Pretório Excelso. Ainda que algumas interpretações judiciais e até mesmo inovações legislativas sinalizem vocação expansiva e grande prestígio aos precedentes proferidos *incidenter tantum* pelo STF, elas também *reafirmam* a sistemática do controle concreto, inclusive, por meio de normas como as dispõem sobre a súmula vinculante e a repercussão geral, que têm por ponto de partida a existência de decisões do STF com eficácia *inter partes*. O art. 52, X continua em vigor, em nosso sentir.

A questão já se inseriu na jurisprudência do STF, sendo discutida – atualmente – na Reclamação nº 4335/AC. Os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau

⁷¹Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 111 e Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 150.

⁷²*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 280: “[...] se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas [...] A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia”.

⁷³Elival da Silva Ramos, por exemplo, entende ser “ousada” tal proposição, discordando expressamente de um dos argumentos de Gilmar Mendes a tal respeito: o de que o art. 481, parágrafo único do CPC contemplaria um efeito vinculante das decisões do STF – tomadas no plano controle-incidental – sobre os órgãos fracionários dos tribunais (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 238-239 e 261, especialmente nota 804). Para Marcelo Passamani, a inovadora proposição ora comentada não poderia ser aceita, pois: (i) o Senado não poderia ser reduzido a um mero “cartório de registro” das decisões do STF; (ii) não há permissão legal ou constitucional conferindo efeitos *erga omnes*, automaticamente, às decisões do STF tomadas no âmbito do controle difuso-incidental. *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 158. Também nesse sentido, Glauco Salomão Leite entende que: (i) a tese da mutação constitucional viola a literalidade do art. 52, X da CF; (b) se as súmulas vinculantes foram instituídas no direito brasileiro é porque as decisões do STF, por si só, continuam a ter eficácia *inter partes*; para possuírem eficácia geral, necessária a intervenção senatorial ou a edição de súmula vinculante (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 83 e 91).

sustentaram a tese da mutação constitucional; de outra parte, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa a refutaram, ponderando, dentre outros fatores, que o Senado Federal não deve ser mero órgão de publicidade das decisões do STF e que a tese da mutação ofende ao art. 52, X da CF. Até o presente momento de confecção desta dissertação, aguarda-se o pronunciamento dos demais ministros.⁷⁴

De todo modo, o quadro que atualmente se afigura é: enquanto de um lado ainda se avolumam polêmicas doutrinárias em torno dos efeitos da deliberação do Senado, de outro lado cresce a tendência de se eliminar tal intervenção para outorgar expressamente ao STF a competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com automática *eficácia geral e vinculante*.

4.3. Eficácia temporal das decisões (efeitos *ex tunc* e *ex nunc*)

Como se comporta no tempo a decisão judicial sobre a constitucionalidade de um ato normativo é tema que já criou acirradas polêmicas e que ainda continua a agitar os meios acadêmicos e forenses com os novos contornos que se formam.

Dentre os vários aspectos que se afiguram nesse campo⁷⁵, costuma-se atribuir especial atenção à *retroatividade* da decisão judicial, isto é, se o provimento judicial projeta efeitos apenas para o futuro (*ex nunc*) ou também para o passado (*ex tunc*).⁷⁶

Mais especificamente, essa abordagem é feita por doutrina e jurisprudência sob a ótica da *natureza* da decisão judicial (se declaratória ou constitutiva) e / ou do *regime sancionatório* adotado pelo sistema de controle de constitucionalidade (se de nulidade ou

⁷⁴As informações foram extraídas do Informativo STF nº 463, disponibilizado no *site* oficial do STF, o qual dá conta, ainda, de que o ministro Ricardo Lewandoski pediu vista dos autos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 maio 2009).

⁷⁵Os efeitos das decisões judiciais no tempo abarcam aspectos diversos tais como a retroatividade e a sua duração (quando começam, se duram indefinidamente, etc.) Os aspectos relativos à retroatividade serão abordados neste item e também em outro destinado ao estudo dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado-abstrato. Os demais aspectos temporais, devido à complexidade e polêmica atual, ganham capítulo próprio (capítulo VI).

⁷⁶Como assinalado por Eduardo Couture, a delimitação temporal da eficácia da sentença, de um modo geral, é comumente designada pela expressão “retroatividade da sentença”, a qual “consiste en determinar, fundamentalmente, si la sentencia produce efectos jurídicos para lo futuro (*ex nunc*) o si, por el contrario, existe la posibilidad de que los retraiga hacia lo pasado (*ex tunc*)” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 1951, op. cit., p. 227).

de anulabilidade),⁷⁷ até mesmo porque a retroatividade das decisões do controle é considerada uma decorrência direta desses elementos jurídicos.⁷⁸

Nesse contexto, acompanhamos a orientação muito difundida e *predominante* em nosso país: a de que a decisão que se pronuncia sobre questão de constitucionalidade tem natureza *declaratória* e faz atuar a sanção de *nulidade, seja qual for a modalidade de controle judicial exercido no Brasil*.⁷⁹ Assim, tais decisões operam efeitos *ex tunc*, que, aliás, são próprios da sentença *declaratória*, como já mencionado em capítulo anterior. Por via de consequência, *a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade retroage até o nascimento da norma, inclusive no controle difuso-incidental*.^{80 - 81}

Segundo tal concepção, a decisão sobre a constitucionalidade de um ato normativo é considerada *declaratória* porque aquela pronúncia judicial não altera a situação jurídica da norma apreciada, mas apenas reconhece uma situação que já existia desde o momento do nascimento do ato normativo apreciado. “Nada constitui, nem desconstitui”, afirma Teori Zavascki.⁸²

A propósito, Alfredo Buzaid aponta os seguintes motivos para reforçar a natureza *declaratória* da decisão no *controle difuso-concreto-incidental*: (a) se a

⁷⁷Nesse sentido observa Eduardo Talamini. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 40, abr./jun. 2002.

⁷⁸Cf. Elival da Silva Santos, “a eficácia temporal das decisões do controle se vincula diretamente à natureza da sanção cominada à prática inconstitucional e, conseqüentemente, do provimento jurisdicional que a faz atuar” (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 83).

⁷⁹Nesse sentido: Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 128-130); Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 247, 262, 295; a propósito Nelson Nery Junior pondera que o entendimento é *praticamente pacífico* (Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 76). Em sentido oposto, Ricardo de Barros Leonel acentua que a regra geral das decisões no controle difuso-incidental seria a produção de efeitos *ex nunc* (*Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, p. 360).

⁸⁰Oswaldo Palu, ao tratar do controle difuso-incidental, afirma que “a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para o caso é sua nota característica” (*Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 269).

⁸¹Vale anotar que para Elival da Silva Ramos, entretanto, não seria tecnicamente correto falar em efeitos retroativos *da decisão* de controle, já que a retroatividade decorreria da *sanção* imposta *ab initio* pelo próprio ordenamento jurídico e não pelo provimento judicial (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 84 e 277).

⁸²Consoante o escólio de Teori Zavascki, a decisão que afirma a constitucionalidade *declara* que a norma é compatível com a Constituição, ao passo que a decisão que afirma a inconstitucionalidade, tal vício acarreta a *nulidade* da norma e a decisão reconhece e declara a existência dessa nulidade, conforme orientação predominante do STF e da doutrina (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 48).

inconstitucionalidade é alegada como fundamento da ação, o pedido é, de sua natureza, declaratório, “pois visa a obter a declaração da existência da relação jurídica”; (b) se a inconstitucionalidade é alegada como fundamento de defesa e o magistrado a acolhe, julgando improcedente a ação, “a sentença é igualmente declaratória porque entram nessa categoria todas as que rejeitam a demanda do autor”.⁸³

Sem prejuízo do exposto, e exclusivamente sob a ótica processual, a retroatividade *ex tunc* da decisão *declaratória* explica-se pelas peculiaridades dessa espécie de julgamento: ele se reporta à situação jurídica existente no momento em que o ato ocorreu ou quando o efeito jurídico desse ato se produziu.⁸⁴ Por conseguinte, os efeitos dessa decisão devem alcançar o próprio ato cujo efeito jurídico é objeto da situação levada a julgamento; devem os efeitos da decisão se projetar para o passado, portanto.

Sob outra perspectiva, também se explica a natureza *declaratória* em questão como uma decorrência lógica do regime de sanção de nulidade. Segundo esse ponto de vista, a sanção é aplicada de pleno direito, pelo ordenamento, quando há uma norma inconstitucional; tal imposição se dá independentemente de haver uma decisão judicial. Contudo, dessa situação podem surgir *incertezas* (p. ex. controvérsia sobre a existência – ou não – de uma inconstitucionalidade) que, de sua vez, podem ser eliminadas pelo Poder Judiciário pela via *principal* ou pela *incidental*. Sendo a eliminação da incerteza uma das características do provimento declaratório, conclui-se que em qualquer das duas hipóteses (via principal ou incidental), “está-se diante de provimentos jurisdicionais declaratórios”.⁸⁵

Tais aspectos são usualmente correlacionados, no Brasil, com as decisões editadas em controle concentrado-abstrato, inclusive por haver disciplina infraconstitucional disposta expressamente sobre a projeção de alguns efeitos das decisões editadas naquela modalidade de controle.⁸⁶ De todo modo, a *teoria da nulidade* ostenta, no

⁸³ *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 139. O saudoso processualista esclarece que tais premissas partem dos ensinamentos de Chiovenda sobre as decisões de natureza declaratória.

⁸⁴ Conforme Cândido Dinamarco: “Como afirmação que é, toda declaração tem sempre por objeto fatos passados ou direitos e obrigações também preexistentes a ela, sendo natural que a eficácia das sentenças declaratórias se reporte a situação existente no momento em que o fato ocorreu ou seu efeito jurídico-material se produziu. Elas têm eficácia *ex tunc*, colhendo as realidades desse passado e assim prevalecendo quanto aos atos e fatos ocorridos depois” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 227).

⁸⁵ Nesse sentido, Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 277.

⁸⁶ Lei Federal 9.868/99 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”) e Lei Federal 9.882/99 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”). Sobre os efeitos decorrentes das decisões editadas em sede de controle principal, vide capítulo V deste estudo.

Brasil, a condição de *princípio constitucional implícito*, pelo que traz diretrizes genéricas que *devem ser observadas* não apenas no controle-abstrato, mas também *na modalidade difuso-incidental*.⁸⁷

Razões de ordem histórica também reforçam a orientação de que a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso-concreto, no Brasil, produz efeitos *ex tunc*.⁸⁸

A partir do advento da República e influenciado pelo modelo norte-americano do *judicial review*, nosso sistema assimilou o método difuso de controle e encampou a premissa de que o vício de inconstitucionalidade torna o ato “nulo e írrito” (*null and avoid*, nos dizeres do Juiz Marshall).⁸⁹ Assim, os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade só poderiam ser mesmo *retroativos* até a origem da norma porque, do contrário, adviria a conclusão de que os atos praticados sob o império da lei inconstitucional são válidos – o que seria um paradoxo com a teoria de que a norma é nula *ab initio*, e “não teve, pois, nenhum momento de validade”.⁹⁰

A orientação relativa aos efeitos *ex tunc* manteve-se forte (e é mantida até hoje), mesmo frente à atual tendência de o sistema brasileiro enfatizar as técnicas de controle abstrato – que, via de regra, no direito estrangeiro, adotam a solução da *anulabilidade da norma*, cujas ideias foram concebidas na doutrina de Hans Kelsen.⁹¹

Nesse contexto, mas contrariamente à concepção de que a decisão do controle tem natureza declaratória e opera efeitos *ex tunc*, fazendo atuar a sanção de *nulidade*, existe o entendimento minoritário – no Brasil – de que o ato eivado de inconstitucionalidade é plenamente válido, devendo ser aplicado, mesmo pelo Judiciário,

⁸⁷Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 276.

⁸⁸É o que afirma Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 128.

⁸⁹Expressão encontrada no famoso caso *Marbury x Madison*.

⁹⁰Cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., especialmente p. 128 e 138. Ainda nesse diapasão, afirma Gilmar Mendes: “O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro” (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 317).

⁹¹Consoante esclarece Mauro Cappelletti, há “uma radical e extremamente interessante contraposição entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco, elaborado, como se lembrou, especialmente por obra de Hans Kelsen [...] enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente – trata-se, de fato, repito, de mero acerto de uma pré-existente nulidade absoluta – no sistema austríaco, ao contrário a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc*, ou com toda a certeza, ‘pro futuro’” (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 115 e 117; destacamos).

até o momento em que o STF o anule por meio de decisão de natureza *constitutiva*, operando – consequentemente – efeitos *ex nunc*.⁹²

Defensor desta ideia na Itália, Calamandrei registrou que a lei ilegítima é anulada *ex nunc*, através de um pronunciamento que só pode ter natureza constitutiva (e não declaratória), pois a lei inconstitucional deve ser considerada existente e válida, enquanto não intervém a decisão judicial para anulá-la.⁹³

Essa concepção foi adotada, entre nós, por Pontes de Miranda que sustenta ser *predominantemente constitutiva-negativa* a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade da norma.⁹⁴⁻⁹⁵ Mais contemporaneamente, Regina Nery Ferrari também assim se manifesta, com a ressalva de que, *excepcionalmente*, a decisão pode projetar efeitos *ex tunc*, diante da carga declaratória que toda a sentença apresenta.⁹⁶⁻⁹⁷

Em que pese à lógica dessa ordem de ideias, realçamos que tal orientação não prevalece no Brasil, onde razões de ordem histórica e processual (como acima apontado), bem como o entendimento de que a sanção de nulidade está implícita na CF têm levado doutrina e jurisprudência a concluir que as decisões que veiculam declaração de inconstitucionalidade operam efeitos *ex tunc*.

De todo modo, existiram – e existem – alguns tímidos temperamentos na jurisprudência do STF atenuando o rigor desses efeitos retroativos na via incidental, em nome da boa-fé e segurança jurídica. Tal tema, que diz respeito à modulação de efeitos temporais, será analisado a seguir. Antes propriamente dessa investigação, um importante registro deve ser feito com relação às omissões legislativas. As decisões que reconhecem sua inconstitucionalidade, na via difusa-incidental, quase sempre apresentam efeitos *ex*

⁹²Cf. Maria Isabel Galotti. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, p. 21, out./dez. 1987.

⁹³*La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950, p. 72.

⁹⁴“A questão sobre a inconstitucionalidade das leis é *quaestio iuris* [...] Tal *quaestio iuris praeiudicialis* é de *constituição negativa* e concreta”. Pontes de Miranda ressalva, contudo, que a “decisão desfavorável à decretação de inconstitucionalidade, essa não; é sempre *declarativa negativa*, como acontece com toda decisão desfavorável” (*Comentários à Constituição de 1967*, t. 3, op. cit., p. 591, 593 e 595; destacamos).

⁹⁵No STF, vale registrar que o Ministro Leitão de Abreu chegou a defender a natureza constitutiva-negativa da decisão que pronunciava a inconstitucionalidade de uma norma: “Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos seus destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo *caráter constitutivo* a decisão que decreta a nulidade” (REXtr 79.343-BA, j. 31.05.1977, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 82, p.791).

⁹⁶*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., especialmente p. 170 e 176.

⁹⁷Outras vozes autorizadas da doutrina atual também se posicionam de modo semelhante na análise da decisão que provém do controle abstrato. Assim, e por questões metodológicas, o assunto também será retratado no capítulo VI, mas sob a ótica daquela modalidade do controle de normas.

nunc.⁹⁸ Tal questão será mais propriamente abordada no tópico dedicado ao estudo dos efeitos do decisório proveniente do mandado de injunção, instrumento em que se exerce o controle difuso-concreto, examinando-se o vício da inconstitucionalidade omissiva.

4.4. A teoria da modulação de efeitos temporais no controle difuso-incidental

Geralmente, a doutrina proclama não existirem maiores polêmicas acerca dos efeitos da decisão judicial prolatada no controle difuso-incidental.⁹⁹ Contudo, uma nova questão vem se formando e, também, trazendo discussões.

Trata-se da possibilidade de o julgador fixar efeitos *ex nunc*, conforme as particularidades do caso concreto, ou até mesmo *estipular outros marcos temporais* (por exemplo, termos pretéritos, mas posteriores ao início da inconstitucionalidade, marcos coincidentes ou posteriores ao trânsito em julgado da decisão),¹⁰⁰ afetando o entendimento geral de que a eficácia é sempre *ex tunc* no controle difuso-incidental de constitucionalidade brasileiro.

É a chamada *modulação* ou *manipulação dos efeitos* temporais das decisões no controle jurisdicional.¹⁰¹

A bem da verdade, tal permissão é conferida expressamente ao STF, para a hipótese de declarar a *inconstitucionalidade* de uma norma no âmbito do controle abstrato; a previsão consta do art. 27 da Lei 9.868/99, *in verbis*: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir

⁹⁸Nesse sentido, Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 77.

⁹⁹Nesse sentido, Olavo A Alves Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 63.

¹⁰⁰Cf. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 339.

¹⁰¹Também chamada de *calibragem* ou de *restrição de efeitos* (Gilmar Mendes. Efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 453, jan./jun. 2005). Sobre outras terminologias empregadas pela doutrina nacional e estrangeira (tais como “graduação”, “limitação” e “flexibilização” de efeitos temporais), vide as anotações de Olavo A. Ferreira (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 88).

que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.¹⁰²

Entretanto, não é pacífica a questão de se aplicar o mencionado preceito legal nos julgamentos do controle difuso-incidental de constitucionalidade.

A esse respeito, aliás, o Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no RE AgrR 395.902-RJ, sistematizou as seguintes linhas doutrinárias:¹⁰³ (a) a que sustenta a *inconstitucionalidade* do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em qualquer hipótese, sendo incabível a modulação de efeitos, tanto na fiscalização abstrata, quanto na incidental-concreta;¹⁰⁴ (b) a que reconhece a possibilidade de o STF efetuar a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade apenas no plano do controle abstrato;¹⁰⁵ (c) a que admite o emprego da manipulação (ou modulação) pelo STF, quer no âmbito da fiscalização

¹⁰²O conteúdo desse dispositivo foi reproduzido – quase na íntegra – no art. 11 da Lei 9.882/99, que se aplica à arguição de descumprimento de preceito fundamental: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹⁰³STF, AgrReg RE 395.902-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07.03.2006.

¹⁰⁴“Existem, de um lado, autores – como LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA (“A Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato”, “in” Revista da ESMape, vol. 6, N-13, jan/jun/2001, p. 291/309), OLAVO ALVES FERREIRA (“Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos”, p. 93/98, item 3.5.3, 2003, Editora Método) e INGO WOLFGANG SARLET (“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos”, “in” *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, p. 150/171, 164/165, 2001, Atlas) – que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, não admitindo, em qualquer hipótese, a utilização da técnica da modulação (ou manipulação) dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal, quer se trate de fiscalização abstrata, quer se cuide de controle meramente incidental de constitucionalidade.” (destaques constam do original).

¹⁰⁵“Há, também, aqueles – como RONALDO REDENSCHI (“Eficácia ex nunc da Declaração de Inconstitucionalidade em Via Direta – Modificações trazidas pelo artigo 27, da Lei n. 9.868/99 – Relações com o método da ponderação de bens”, “in” *Temas de Interpretação do Direito Tributário*, p. 369/418, 2003, Renovar), CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO (“Da Declaração de “Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99”, “in” “*O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*”, p. 39/99, 2001, Lumen Juris), OSWALDO LUIZ PALU (“Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos” p. 162/180, itens ns. 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 2ª edição, RT), WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (“Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz, da Lei n. 9.868/99”, “in” “*O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*”, p. 282/285, item n. 3.6, 2001, Lumen Juris), ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (“O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal à Luz da Teoria dos Poderes Naturais”, “in” Revista Forense, vol. 373, p. 24/27, item IV, maio-junho de 2004), LUÍS ROBERTO BARROSO (“O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 160/165, item n. 5.4, 2004, Saraiva) e LÊNIO LUIZ STRECK (“Jurisdição Constitucional e Hermenêutica” p. 693/698, 697, item n. 11.6, 2ª ed., 2004, Forense) – cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que se restrinja ao plano do controle abstrato.” (STF, voto do Ministro Celso de Mello no Agr- RJ RE 395.902; os destaques constam do original).

concentrada, quer no do controle difuso-incidental.¹⁰⁶ Como será exposto ao longo desse trabalho, aderimos a este último posicionamento.

Com relação à primeira corrente, anote-se que, além da constitucionalidade da norma ora referida ser muito questionada por autorizadas vozes da doutrina, o preceito legal ora tratado é alvo, inclusive, de duas ações diretas de inconstitucionalidade, ainda pendentes de julgamento.¹⁰⁷ Por se tratar de temática mais diretamente relacionada às decisões editadas em sede de *controle abstrato*, a questão da constitucionalidade do preceito em questão será metodologicamente efetuada em item próprio, no capítulo dos efeitos das decisões editadas naquela modalidade de controle de constitucionalidade.

No que toca à segunda linha doutrinária acima exposta, e abstraindo-se da questão da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, argumenta-se que tal preceito é *consentâneo ao modelo concentrado-abstrato* e, com isso, o STF não poderia nele se pautar para efetuar a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, no plano do controle difuso-incidental.¹⁰⁸

¹⁰⁶ “[...] Registra-se, ainda, uma terceira posição doutrinária, cuja percepção do tema – tal como exposta por JÚLIO CÉSAR ROSSI (“A Reforma do Judiciário e suas implicações nos Modelos Concentrado e Difuso de Constitucionalidade”, “in” Revista Dialética de Direito Processual, 31, outubro-2005, p. 51/71), RUI MEDEIROS (“A Decisão de Inconstitucionalidade”, p. 743, 1999, Universidade Católica Editora) e GILMAR FERREIRA MENDES (“Jurisdição Constitucional” p. 365/368, item n. 6.2.2, 4ª ed., 2004, Saraiva), dentre outros – admite ser viável o emprego da manipulação (ou modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito da fiscalização concentrada ou no plano do controle meramente incidental de constitucionalidade.” (STF, voto do Ministro Celso de Mello no Agr- RJ RE 395.902; os destaques constam do original).

¹⁰⁷ ADIn 2154 e ADIn 2258, propostas respectivamente por Confederação Nacional dos Profissionais Liberais e Conselho Federal da OAB. Em síntese, argumenta-se que a matéria contida no art. 27 da Lei 9.868/99 está sujeita à reserva da Constituição, não podendo ser disciplinada por legislador comum.

¹⁰⁸ Conforme Olavo Ferreira, “não há qualquer norma expressa autorizando tal providência no controle difuso, pois a previsão da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é exclusiva para o controle concentrado”. Além disso, o autor considera a norma inconstitucional, mas ressalva que tal inovação “provavelmente será admitida como válida pelo Supremo Tribunal Federal” (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 102-103). Em sentido semelhante, André Ramos Tavares afirma que o modelo proposto no art. 27 pressupõe a “concentração”, pois na via difusa haveria inúmeras decisões divergentes sobre o marco inicial da inconstitucionalidade de uma mesma lei, comprometendo a segurança jurídica (Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 123, jan./jun. 2003). De igual modo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino: “essa possibilidade de outorga de efeitos prospectivos só é prevista nas citadas leis para as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações do controle abstrato”. Os referidos autores, contudo, reconhecem que, excepcionalmente, o STF poderia modular os efeitos temporais das decisões em sede de controle concreto, mas não em razão da regra do art. 27, e sim em nome dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé (*Controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 169).

Aliás, há recentes pronunciamentos do *STJ* encampando essa tese¹⁰⁹ e destacando, ainda, a incompatibilidade procedimental da via difusa *para se fixar temporalmente os limites da decisão, com base no mencionado art. 27 da Lei 9.868/99*.¹¹⁰ Mas há entendimento divergente naquela Corte.¹¹¹

Desse modo, vem ganhando força a terceira corrente doutrinária acima indicada: a que admite a aplicação – no controle concreto – da orientação contida no aludido art. 27 da Lei 9.868/99.¹¹²

Roque Carrazza, por exemplo, perfilha desse entendimento. Lembra que o instituto jurídico da analogia pode ser empregado quando, entre dois casos, houver *similaridade* de situações. Assim, para o conceituado autor, haveria tal semelhança no controle difuso-incidental e no controle concentrado-principal quando a declaração de inconstitucionalidade envolvesse questão de grande relevância social ou econômica, pelo que seria autorizado “aplicar analogicamente o art. 27, da Lei 9.868/99” no caso concreto.¹¹³

¹⁰⁹AgReg 967376, Rel. Min. José Delgado, DJ 24.04.2008. Ali se decidiu que “A modulação de efeitos temporais do julgado só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF e com *quorum* qualificado, na forma do art. 27, da Lei 9868/99”.

¹¹⁰Nos Embargos de Divergência 738689, DJ 22.10.2007, Rel. Min. Teori Zavascki, a tese da modulação temporal de efeitos não foi acolhida, sinteticamente, porque: (i) “em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões de *efeitos generalizantes*, com eficácia expansiva para além dos limites objetivos e subjetivos da causa, como seriam os sugeridos na proposta apresentada”; (ii) a proposta de modulação violaria, no caso, a regra da reserva de plenário e da votação favorável por *quorum* especialíssimo de 2/3 dos membros do tribunal; (c) as particularidades do caso concreto não justificavam a modulação. Pronunciaram *votos vencidos* (favoravelmente à modulação de efeitos temporais no caso concreto) os Ministros João Noronha e Herman Benjamin. Em síntese, este último Ministro sustentou que (i) o acórdão trazia brusca mudança de jurisprudência do *STJ* acerca do Crédito-Prêmio de IPI, a justificar a modulação temporal dos efeitos dessa decisão, com base no art. 27 da Lei 9.868/99; (ii) o STF aplica o art. 27 da Lei 9.868/99 em sede de controle difuso, em nome da segurança jurídica, pelo que haveria “*possibilidade de o STJ fixar temporalmente os limites de suas decisões em casos excepcionais como o presente, em que o imperativo da segurança jurídica desaconselha os efeitos ex tunc normalmente atribuídos às decisões declaratórias*”. O mesmo Ministro ressaltou que não se tratava de aplicar “as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas”.

¹¹¹Em *recurso especial* que apontava a inconstitucionalidade de uma lei municipal, o Ministro Luiz Fux afirmou que “é lícito ao Estado, ao empreender aplicação analógica do art. 27 da lei n. 9.868/99, dispor sobre os efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade” (REsp 511.478, DJ 19.12.2003).

¹¹²Dirley da Cunha Júnior, a propósito, afirma não ter dúvidas de que os preceitos do art. 27 da Lei 9.868/99 “podem servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também no âmbito do modelo de controle difuso-incidental de constitucionalidade” (*Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 144).

¹¹³*Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). *Efeitos ex tunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 68. Aliás, Roque Carrazza é favorável a empregar a mesma analogia fora do plano do controle de constitucionalidade, quando, por exemplo, um Tribunal Superior altera orientação jurisprudencial sobre determinada questão infraconstitucional que ele próprio havia pacificado há tempos atrás. Esta situação, segundo o autor, poderia causar comoção e deixar os jurisdicionados à mercê de insegurança jurídica, de modo que o Tribunal pode dispor sobre o termo *a quo* dos efeitos concretos de sua decisão, mediante a adoção da previsão contida no art. 27 da Lei. 9.868/99. Na mesma linha se pronunciou o Min. Herman Benjamin nos Embargos de Divergência 738.689, DJ 22.10.2007 (voto vencido).

Cândido Dinamarco adota a mesma conclusão, ponderando que, a despeito de não existir norma processual específica para que o julgamento de matéria constitucional, na via difusa, não afete situações já consumadas, o obstáculo pode ser superado com a análise sistemática da ordem jurídica, aplicando-se o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99.¹¹⁴

Nessa ordem de considerações, outro relevante aspecto que se levanta é o de que *recentes pronunciamentos do STF* já têm efetuado a modulação de efeitos temporais, no julgamento de processos em que se exerce o controle concreto (principalmente em sede de recurso extraordinário). Tal flexibilização tem se dado em caráter excepcional, com o propósito de assegurar a segurança jurídica aos jurisdicionados.¹¹⁵

Exemplo muito difundido da situação foi a decisão do Recurso Extraordinário nº 197.917, pelo STF, que julgou *inconstitucional* a lei orgânica do Município de Mira-Estrela – SP, a qual fixava número de vereadores superior à regra do art. 29, IV da CF. A decisão estabeleceu efeitos *pro futuro*, pois, se dotada de efeitos *ex tunc*, provocaria instabilidade jurídica ao colocar em xeque as deliberações da Casa Legislativa daquela cidade (como aprovação de leis e de contas, etc.) nos períodos anteriores à decisão do STF e ao provocar até mesmo um refazimento do processo eleitoral dos vereadores.¹¹⁶

Outro julgamento atual, e já considerado paradigmático,¹¹⁷ foi o do Recurso Extraordinário nº 556.664,¹¹⁸ em que foi apreciada a alegação de inconstitucionalidade do

¹¹⁴ *Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados: a garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III. São Paulo: Manole, 2005, especialmente p. 104-105. Acrescenta o ilustre mestre: “seria decepcionante se, existindo uma solução justa possível e desejável, ficassem os srs. juízes impedidos de adotá-la por falta de um específico instrumento processual”.

¹¹⁵ RE 442.683-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 24.03.2006; RE 197.917-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa., DJU 07.06.2004; Pet nº 2859, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 25.02.2005; RE 353657-PR, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 19.12.2007; RE 370682-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJE 19.12.07; AI 636.023, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJU 13.02.08. A propósito, Gilmar Mendes afirma que chega a ser uma *ironia* o art. 27 da Lei 9.868/99 estar em sede de controle abstrato de normas, se na prática jurídica, ele vem tendo aplicação mais intensa no contexto do modelo difuso-incidental (Efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade, op. cit., p. 453; O controle incidental e a aplicação do Art. 27 da Lei 9.868/1999. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 1, n. 12, p. 454, jun. 2005). O mesmo autor, em outra obra, cita outros casos concretos em que houve a modulação de efeitos temporais, pelo STF (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 396-413).

¹¹⁶ Rel. Min. Maurício Correa, DJU 07.06.2004.

¹¹⁷ É como opina, por exemplo, Eduardo Appio. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 101-102.

¹¹⁸ Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.11.2008. Na mesma data em que o STF declarou a inconstitucionalidade parcial da lei 8.212/91, efetuando a modulação de efeitos (dia 11.06.2008), outros recursos com matéria idêntica também foram julgados nesse sentido: REextr 559.882, DJ 14.11.2008; REextr 560.226, DJ 05.12.2008; e REextr 559.943, DJ 26.09.2008, sendo os dois primeiros de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o último, da Ministra Cármen Lúcia.

art. 45 da Lei 8.212/91 (relativo ao prazo prescricional de dez anos para a fazenda pública postular a cobrança de contribuições sociais). A modulação de efeitos foi empregada, considerando a repercussão econômica do julgado, a afetar terceiros que se encontrassem em semelhante situação fática ali retratada. Mais precisamente, o STF direcionou efeitos *ex tunc* de sua decisão a determinadas situações pretéritas que envolviam a Fazenda Pública, ao mesmo tempo em que estabeleceu uma eficácia *ex nunc* abrangendo certos atos jurídicos referentes ao interesse de determinada gama de contribuintes.¹¹⁹

Ademais, *mesmo antes* do advento da Lei 9.868/99, a jurisprudência do STF já vinha, em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro, admitindo timidamente a possibilidade de se modular os efeitos temporais das decisões no controle concreto (em termos de retroatividade), dotando-as, muitas vezes, de efeito *pro futuro*.¹²⁰

Assim, sob outra perspectiva, é possível dizer que o legislador infraconstitucional não inovou ao prever a possibilidade de se manipular os efeitos retroativos ou prospectivos da decisão, visto que tal situação, mesmo antes da Lei 9.868/99, já era posta em prática pela jurisprudência do STF, mediante a conjugação de princípios constitucionais (segurança jurídica e boa-fé). O art. 27 em questão teria apenas explicitado tal situação já existente.¹²¹

¹¹⁹Decidiu-se, em síntese, que: (a) com relação à Fazenda Pública, a decisão teria eficácia *ex tunc*, de maneira que os créditos constituídos sob a égide da lei inconstitucional não poderiam ser cobrados; (b) com relação aos contribuintes que impugnaram a existência do crédito fazendário (na esfera administrativa ou judicial), a decisão do STF teria igualmente eficácia *ex tunc*, pelo que tais contribuintes teriam o direito de receber de volta os valores eventualmente já pagos à Fazenda; (c) com relação aos contribuintes que pagaram suas contribuições, mas não se insurgiram contra a sua cobrança até a data do julgamento do STF (11.06.2008), a eficácia é *ex nunc* e, com isso, não poderão eles reaver o que foi pago indevidamente ao erário público. Tais informações foram obtidas no *site* oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2009.

¹²⁰Nesse sentido: Daniel Sarmento. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 27, abr./jun. 1998 e Carlos Roberto Siqueira Castro. Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 33, p. 24, out./dez. 1997. Este último referencia os seguintes julgados do STF: RE 78.594-SP, Rel. Min. Bilac Pinto, RE 79.343-BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, Recurso Extraordinário publicado na RTJ 71/570. Nesta mesma linha, Eduardo Talamini relaciona os seguintes julgados do STF: RE 79.628 e RE 78.209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RE 78.533-SP, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 100/1086 (Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.), op. cit., p. 47, especialmente nota 19).

¹²¹Cf. Eduardo Talamini, Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.), op. cit., p. 52. Nessa ordem de considerações, José Marcelo Menezes Vigliar, embora sem examinar especificamente as questões relativas ao art. 27 da Lei 9.868/99, constata que “houve, inquestionavelmente, uma influência do Judiciário (expressa em antecedentes) que levou à consolidação da orientação que serviu ao legislador.” (*Uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 208).

Com isso, Gilmar Mendes acertadamente afirma que sempre existiram fundamentos constitucionais legitimadores da restrição de efeitos temporais nas decisões do controle difuso-incidental.¹²²

Vale dizer, conforme se apresentam as circunstâncias dos casos concretos, os efeitos *ex tunc* podem acarretar tamanha gravidade ao sistema vigente, que seria possível afastar o princípio da nulidade da norma inconstitucional (que contempla efeitos retroativos), aplicando-se o *princípio constitucional da segurança jurídica*, de onde decorrem: (a) o respeito e proteção à boa-fé objetiva com que houve um jurisdicionado ao adotar conduta fundamentada em norma que se presumia constitucional, até então; (b) a possibilidade de se aplicar efeitos prospectivos à pronúncia de inconstitucionalidade.¹²³

Desse modo, e a despeito dos argumentos de várias ordens que autorizariam a mitigação de efeitos *ex tunc* das decisões judiciais de controle difuso-incidental, Nelson Nery Junior chega a opinar que *não seria nem necessária a aplicação extensiva e analógica do art. 27 da Lei 9.868/99* para se admitir a modulação de efeitos temporais no controle concreto, dado que *tal solução se pauta em fundamentos de ordem constitucional, de modo que a providência não depende sequer de prévia autorização legislativa para que seja tomada* –¹²⁴ constatação esta, que nos parece rigorosamente correta.

Acrescente-se a esse raciocínio que a modulação temporal também pode ser admitida mediante aplicação do *princípio da proporcionalidade* – típica solução para o equacionamento da tensão entre postulados e interesses constitucionais contrapostos numa dada situação concreta – que, no caso, seriam a nulidade da norma inconstitucional (com efeitos *ex tunc*) e a segurança jurídica, que possibilita o dimensionamento de tais efeitos temporais.¹²⁵

¹²²Gilmar Mendes acrescenta que o dogma da nulidade da lei inconstitucional, nestes casos, cede lugar não a meras razões de política e conveniência, mas sim a fundamentos de ordem constitucional (O controle incidental e a aplicação do Art. 27 da Lei 9.868/1999, op. cit., p. 456).

¹²³Cf. Nelson Nery Junior, Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 101.

¹²⁴Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 98 e 101. Nessa ordem de considerações, Paulo Roberto Lyrio Pimenta se posiciona até mais radicalmente, ao comentar o art. 27 da Lei 9.868/99: “Parece-nos que esse dispositivo é de grande inutilidade no direito brasileiro, eis que a possibilidade de mitigação da eficácia temporal da pronúncia de inconstitucionalidade encontra-se implícita no texto da Constituição” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 99).

¹²⁵De acordo com Daniel Sarmiento, “o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para uma outra finalidade, da qual não tem cogitado a doutrina pátria: ele se presta também, segundo nossa concepção, para modular os efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade, sempre que gravitarem em torno da decisão diversos interesses constitucionais em conflito”. O mesmo autor acrescenta:

Na esfera tributária, por exemplo, há um consenso doutrinário de que a pronúncia de inconstitucionalidade pode acarretar repercussões de grande impacto econômico tanto ao Erário Público, quanto ao patrimônio de empresas ou mesmo de pessoas físicas. Diz-se, assim, que o princípio da segurança jurídica atua de forma veemente no direito tributário, não havendo óbice no sistema para que, em casos de grande relevância social e econômica, possa o Tribunal aplicar o princípio da proporcionalidade e dispor sobre o termo *a quo* dos efeitos concretos de sua decisão.¹²⁶

Sem prejuízo, diz-se, ainda, que a atenuação excepcional do rigor da eficácia *ex tunc* das decisões seria *compatível* com o modelo difuso-concreto e com sistemas de constitucionalidade em que se afiguram modelos híbridos de controle. Experiências do direito estrangeiro reforçam esse argumento, que é de Gilmar Mendes.¹²⁷

Nesse particular, o jurista e, hoje, Presidente do STF, destaca que, nos Estados Unidos da América, onde se apresenta o “sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo”, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (*pure prospective* ou *prospective overruling*, quando a decisão introduz alteração na jurisprudência), outrora com aplicação apenas a processos pendentes (*limited prospectivity*).¹²⁸

Em Portugal, em cujo sistema coexistem o modelo de controle abstrato-concentrado e também incidental (à semelhança do sistema brasileiro), há previsão

“É preciso, por isso, flexibilizar este dogma [da nulidade], reconhecendo a faculdade do Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem” (Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis), op. cit., p. 38-40). No mesmo sentido: Marcelo Bonício, para quem a modulação de efeitos pode se operar no controle difuso-incidental, “mediante simples aplicação do princípio da proporcionalidade” e não por emprego da analogia com a regra do art. 27 da lei 9.869/99 (*Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189). Vide, ainda, nossas considerações a esse respeito nos item 6.5 do capítulo VI.

¹²⁶Nesse sentido, Ives Gandra examina o tema sob a ótica do contribuinte e afirma que este não tem responsabilidade alguma pela má ou imperfeita produção legislativa, pelo que não pode sofrer prejuízos com os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade (Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 248). Ainda sobre o assunto, na esfera tributária, confirmam-se as conclusões de Sérgio André Silva, para quem é possível o dimensionamento dos efeitos temporais na decisão de inconstitucionalidade apenas se for para beneficiar o contribuinte (Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade das normas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 165 e 167, ago. 2002).

¹²⁷*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 398; O controle incidental e a aplicação do Art. 27 da Lei 9.868/1999, op. cit., p. 457.

¹²⁸Cf. Gilmar Mendes, O controle incidental e a aplicação do Art. 27 da Lei 9.868/1999, op. cit., p. 457. Também assim se pronuncia Carlos Roberto Siqueira Castro, o qual informa que o *leading case* na matéria seria o caso *Linkletter v. Walker*, em 1965, proclamando o entendimento de que a natureza dos efeitos da decisão judicial (se *ex tunc* ou *ex nunc*) se sujeita à valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses (Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 33, p. 23, out./dez. 1997).

expressa na sua respectiva Constituição (art. 282º, n. 4) para que o Tribunal Constitucional promova, em nome da segurança jurídica, a modulação de efeitos temporais.¹²⁹

Na Itália, aliás, Marilisa D'Amico informa que, interpretando declarações de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, a jurisprudência começou a impor limites à eficácia *ex tunc* das decisões e, posteriormente, a própria Corte Constitucional passou a atenuar o rigor da retroação.¹³⁰

Ademais, sustenta Roberto Romboli que há duas hipóteses autorizadas da manipulação de efeitos pela Corte Constitucional italiana: (a) a denominada *decisão de ilegitimidade constitucional superveniente*, em que a pronúncia de inconstitucionalidade surte efeitos a partir da superveniência de certos acontecimentos; (b) e a chamada decisão de inconstitucionalidade baseada no *equilíbrio de valores constitucionais*, pela qual a Corte, com maior discricionariedade, *pode indicar o momento* em que a norma deve ser considerada inconstitucional, quando postulados de ordem constitucional estiverem em contraposição.¹³¹

Um outro tópico interessante que se apresenta na linha dos que, como nós, admitem a modulação de efeitos no controle concreto é a possibilidade do exercício dessa manipulação pelos demais tribunais e juízes do país – que, como se sabe, têm a competência para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de ato normativo.

¹²⁹“Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.

¹³⁰Marilisa D'Amico. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 104 e 135. A propósito, Roberto Romboli explica que a Corte Constitucional italiana realiza o controle de constitucionalidade da norma, seja pela via incidental, seja pela principal; além disso, tal manipulação sobre os efeitos temporais de suas decisões de inconstitucionalidade advêm das experiências alemã e austríaca, cujos instrumentos decisórios permitem retardar ou limitar a eficácia das suas próprias decisões de inconstitucionalidade de uma norma (El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 4, p. 183-192, 2. sem. 1999).

¹³¹La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado em via incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 48, p. 71, set./dez. 1996. O mesmo autor reproduz tais idéias no *artigo* El control de constitucionalidad de las leyes en Italia, op. cit., especialmente p. 193-194.

Leonardo Greco posiciona-se favoravelmente a esse respeito, eis que “*os próprios juízos ordinários também são guardiões dos direitos fundamentais*”.¹³²

Entendimentos contrários existem e destacam que: (a) a regra do art. 27 prevê que a modulação seja feita por um colegiado, com reserva de plenário, o que é incompatível com o sistema do julgamento de primeira instância; (b) a natureza da matéria pertenceria ao processo objetivo e não ao processo civil individual.¹³³

Tais argumentos, embora coerentes, não afastam a possibilidade de se realizar a modulação de efeitos na via difusa, eis que a medida encontra apoio na própria ordem constitucional vigente. Ademais, entendemos que a hipótese em comento sequer exige a aplicação extensiva do mencionado preceito legal; trata-se, sim, de empregar os pressupostos valorativos e principiológicos que informam aquele dispositivo (excepcional interesse social, segurança jurídica, boa-fé), os quais já eram levados a efeito pela jurisprudência mesmo antes da entrada em vigor do mencionado art. 27, como asseverado alhures. Por essas razões, como bem já concluiu o Min. Ricardo Lewandowski, “os fundamentos, que autorizam a modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva, se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de índole subjetiva”.¹³⁴

¹³²*Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior.* Disponível em <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 18 maio 2008. Na jurisprudência, anote-se que o TRF-4 já efetuou a modulação de efeitos temporais, entendendo ser aplicável nos casos concretos a regra do art. 27 da Lei 9.868/99: “De fato, especialmente depois que a Lei nº 9.868/99 veio prever de modo expresso que, em razão do interesse social, o STF fixe o alcance da declaração de inconstitucionalidade, podendo estabelecer a eficácia da decisão a partir do trânsito em julgado ou outro momento que julgar adequado, *não podem também os demais membros do Poder Judiciário deixar de, à vista dos casos concretos, debruçar-se sobre idênticas preocupações, a partir de mesmos valores jurídicos*” (TRF-4, Ap. em Ação civil Pública nº 1998.04.01.071894-4/RS, Rel. Des. Edgard A Lippman Junior, j. 17.03.2004; destacamos); nesse sentido: TRF-4, AC nº 2002.04.01.015310-7/RS, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 11.03.2003).

¹³³Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa. *O recurso extraordinário e a Emenda Constitucional n. 45/2004: uma abordagem teleológica da nova configuração constitucional e processual civil.* 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 667-668. Sobre a “reserva de plenário”, vide nossos comentários no item 4.5.1 a seguir.

¹³⁴STF, RE 370682-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJE 19.12.07. A propósito, em linha semelhante, Cândido Dinamarco já havia observado que seria um paradoxo restringir a modulação de efeitos apenas às decisões do controle abstrato de normas (*Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados: a garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos*, op. cit., p. 111-112).

4.4.1. Outras dimensões da modulação de efeitos no controle concreto

No STF há pronunciamentos referendando a possibilidade da modulação de efeitos abranger variadas perspectivas no controle difuso,¹³⁵ tais como: (a) a *subjética*, permitindo que a decisão circunscreva o seu alcance a um universo determinado de pessoas; (b) a *repristinatória*, que afastaria a aplicação de uma norma anterior também impregnada pelo vício da inconstitucionalidade;¹³⁶ (c) entre outras.¹³⁷

Nesse contexto, já se afirmou expressamente que a flexibilização de efeitos sob diferentes dimensões seria compatível com a via difusa porque além de não haver qualquer limitação expressa em lei, o expediente se dá em caráter excepcional e se ampara no dimensionamento de valores e princípios abrigados no próprio texto constitucional.¹³⁸

Especificamente com referência à modulação da eficácia *subjética* das decisões do STF, o Ministro Lewandowski parte da premissa de que a decisão plenária, “*na prática, surtirá efeitos erga omnes*” e, por conseguinte, a Corte pode limitar o alcance desse seu decisório a apenas determinado grupo de pessoas, por motivo de segurança jurídica ou relevante interesse social.¹³⁹

A propósito, no plano doutrinário, Rodolfo Mancuso – embora sem se referir expressamente ao dimensionamento de efeitos subjetivos no controle difuso – parece ter em mente a mesma premissa acima apontada, pois sustenta a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade do STF não ficar circunscrita apenas aos sujeitos que participaram do processo, quando houver “*ampliação incidental do thema decidendum*”. E isso porque “antes de revestirem a condição de partes, integram, como pessoas físicas ou

¹³⁵ Todavia, cabe registrar a existência de os posicionamentos em sentido contrário, ponderando que do art. 27 da Lei 9.868/99 se extrai apenas a possibilidade do STF efetuar modulação *temporal* de efeitos. O assunto será tratado com maior detalhamento no capítulo VI (item 6.5), por trazer discussões diretamente relacionadas a decisões de controle abstrato.

¹³⁶ Esse entendimento foi externado pelo Ministro Lewandowski no RE 353657-PR, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 19.12.2007 e no RE 370682-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJE 19.12.07.

¹³⁷ No julgamento do AgR 582280-RJ, por exemplo, Gilmar Mendes afirmou que “há possibilidade de se modular os *efeitos da não-recepção* de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional” (Informativo STF nº 442, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2009; destacamos)

¹³⁸ Vide Informativo STF nº 463, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 maio 2009.

¹³⁹ Idem.

jurídicas, a própria sociedade civil brasileira, regida *como um todo* pelo texto constitucional”.¹⁴⁰

De certo modo, não discordamos das proposições acima. É inegável que as decisões plenárias do STF, conquanto se revistam de eficácia *inter partes*, no mínimo exercem forte influência sobre o comportamento dos jurisdicionados, bem como sobre todos os juízos e tribunais do país. Por via de consequência (e somados os fundamentos autorizadores da modulação de efeitos), possível seria que o STF fixasse limitações e diretrizes sobre os efeitos subjetivos da decisão, a serem consideradas em concreto. Fica a advertência, contudo, de que o princípio da isonomia figura como uma espécie de limite à modulação da eficácia subjetiva da decisão e, portanto, deve ser tomado em alta conta.¹⁴¹

Com relação ao efeito repristinatório, cabe apontar, antes de tudo, que se trata de fenômeno jurídico admitido pela doutrina e pela jurisprudência do STF como consequência que se opera *nas ações de controle abstrato*;¹⁴² possui previsão, inclusive, no art. 11, §2º da Lei 9.868/99 (que se direciona à medida cautelar das referidas ações de fiscalização abstrata). Pelo efeito em questão, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, fica restabelecida a lei anterior que regulava o tema, a menos que haja expressa decisão judicial em sentido contrário.

Conquanto o STF apresente pronunciamentos no sentido de ser inaplicável o mencionado art. 11, §2º da Lei 9.868/99 na via incidental (eis que “essa previsão legal somente diz respeito a liminares concedidas no âmbito do controle abstrato”),¹⁴³ na doutrina se entende que os efeitos repristinatórios se compatibilizam com o exercício do controle incidental-concreto, pois, se é inconstitucional uma dada norma, significa que ela, desde o seu nascimento, não produziu efeitos válidos (nem mesmo o de revogar ou afastar a aplicação da lei anterior que regulava o mesmo tema); ou seja, nada impede que o magistrado resolva a lide com base nesse quadro legal antecedente.¹⁴⁴

¹⁴⁰*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 407.

¹⁴¹Tal como será visto no capítulo VI, a modulação de efeitos *erga omnes* (para todos) deve se compatibilizar com o princípio da isonomia, a fim de que não se estabeleça desigualdade de tratamento a determinada gama de pessoas excluídas do alcance da decisão do STF.

¹⁴²Para maiores detalhamentos acerca dos efeitos repristinatórios, vide apontamentos do item 6.4.4.

¹⁴³Vide voto do Ministro Eros Grau (STF), relator do AgrRegAI nº 465.922-RS, cujo acórdão foi publicado no DJ 11.03.2005.

¹⁴⁴Nesse sentido, vide Marcelo Passamani, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões*, op. cit., p. 200. Aparentemente de acordo, Eduardo Appio, *Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, op. cit., p. 119. Na doutrina estrangeira assim se pronuncia Rui Medeiros. *A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 656.

Nessa linha, e em manifestações monocráticas mais recentes do STF, já se aponta até mesmo a possibilidade de aquela Corte efetuar a modulação dos efeitos repristinatórios no controle difuso, desconsiderando-se o ato normativo revogado – e tudo se, por motivos de segurança jurídica e relevante interesse social, o caso concreto assim exigir.¹⁴⁵

4.5. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais (CPC, 480 a 482)

Para a melhor compreensão do tema, e apenas nos limites do necessário para o exame dos efeitos das decisões judiciais, algumas considerações devem ser feitas a respeito do controle de constitucionalidade difuso-incidental exercido nos Tribunais.

4.5.1. Aspectos Gerais

Como salientado anteriormente, pelo modo difuso-incidental, todos os órgãos judiciais desempenham o controle de constitucionalidade.¹⁴⁶

No que diz respeito aos juízes singulares, estes podem aplicar a norma que reconhecem como sendo constitucional, bem como podem afastar ou negar a sua aplicação – no caso concreto – por considerá-la inconstitucional,¹⁴⁷ não havendo uma disciplina processual específica para tais decisões.

Quanto aos tribunais, inclusive os Tribunais Superiores, o controle de constitucionalidade na via incidental se faz mediante o julgamento de recurso ou de processo de competência originária,¹⁴⁸ devendo ser observadas – quanto às questões constitucionais

¹⁴⁵Vide Informativo STF nº 463, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 maio 2009. Ali se apontam entendimentos do Ministro Lewandowski sobre o tema.

¹⁴⁶A propósito do tema, vide o escólio de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 105.

¹⁴⁷Para Lenio Luiz Streck, “o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei; apenas deixa de aplicá-la porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade” (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*, op. cit., p. 362-363). Entretanto, a doutrina em geral não acompanha essa distinção proposta por Lenio Streck, conforme salienta Luis Roberto Barroso, eis que ao afastar a incidência de uma norma por reputá-la inconstitucional, o órgão julgador procede a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça de maneira não-expressa (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 83-84).

¹⁴⁸Cf. Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2, p. 377-378.

surgidas no âmbito desses julgamentos – as regras do art. 97 da CF, dos arts. 480 a 482 do CPC, além do regimento interno desses tribunais, sob pena de *nulidade* da decisão judicial.¹⁴⁹

Com efeito, para os tribunais pronunciarem incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, devem se sujeitar ao *princípio da reserva de plenário* (previsto no art. 97 da CF)¹⁵⁰ ou regra do *full bench*,¹⁵¹ ou ainda, regra do *julgamento per saltum*,¹⁵² pela qual a inconstitucionalidade incidental do ato normativo pode ser proclamada *somente* pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos integrantes do Tribunal ou, onde houver, pela maioria absoluta dos membros do órgão especial.¹⁵³

Como salienta José Levi Mello, até a Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.77, a questão constitucional era dirimida pelo tribunal em sessão plenária. Face ao crescimento do número de julgadores em muitos tribunais, ficou mais difícil dar cumprimento à regra do *full bench*, em razão da grande quantidade de votos a ser tomada. Assim, com a referida EC 7/77 os tribunais com mais de 25 (vinte e cinco) julgadores passaram a ter permissão constitucional para instituir um *órgão especial* voltado para

¹⁴⁹Nesse sentido: Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 252; Sylvio Motta, *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2006, p. 199 e 201. Também esse é o entendimento da jurisprudência do STF: “Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro” (RE 179.170-CE, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 30.10.98; ainda nesse sentido, o STF proclamou a nulidade da decisão colegiada, por inobservância à regra do art. 97: RTJ 58/499; RTJ 71/233; RTJ 110/226; RTJ 117/265; RTJ 135/297; RTJ 508/217).

¹⁵⁰“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁵¹É como prefere denominar José Levi Mello do Amaral Júnior. Consoante explica o referido autor, a regra do *full bench*: (i) tem suas origens na jurisprudência norte-americana do século XIX, em que se assentou a orientação de que a inconstitucionalidade de uma norma deveria ser decidida “pela maioria de um *quorum* mínimo de juízes, ficando a discussão adiada até que o tribunal esteja completo”; (ii) é também denominada pela doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos da América de *full court* ou *en banc*; (iii) tem por fundamento a importância com que se reveste a questão constitucional, levando a declaração ser proferida pela maioria absoluta do tribunal julgador; (iv) foi adotada pelo Brasil com a Constituição de 1934, mantida na Constituição de 1937 e passou a assumir um perfil mais flexível a partir da Constituição de 1946, mantendo-se na Constituição de 1967 (e na Emenda Constitucional de 1977), bem como na atual Constituição (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 19-20; 25-38).

¹⁵²Utilizam essa expressão Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, op. cit., p. 567 e Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 35.

¹⁵³A exigência da reserva de plenário foi inicialmente para as regras do controle difuso-incidental, mas também se estende ao controle concentrado-abstrato. Nesse sentido: Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 84; José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 116; Sidney Sanches, Aspectos processuais do controle de constitucionalidade, op. cit., p. 514.

exercitar as atribuições do órgão pleno.¹⁵⁴ Essa regra foi mantida no art. 93, XI da CF/88.¹⁵⁵

Desse modo, a controvérsia constitucional surgida nos feitos de competência do *pleno* ou do *órgão especial* (nos tribunais onde este último órgão existir) é dirimida, respeitando-se o *quorum* mínimo, previsto no art. 97 da CF. De outra parte, se a querela constitucional surge nos julgamentos de casos concretos submetidos a *órgãos fracionários* dos tribunais (Turmas, Câmaras, Grupos de Câmaras, Câmaras reunidas, Seção, etc.), deve ser obedecida a disciplina dos arts. 480 a 482 do CPC e dos respectivos regimentos internos dos tribunais.¹⁵⁶ Trata-se do que doutrina e jurisprudência usualmente denominam de “Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”.¹⁵⁷

Em síntese, o procedimento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade se opera em duas etapas: uma primeira perante o *órgão fracionário* e a outra perante o *pleno* ou o *órgão especial*, onde este existir.

Assim, quando o órgão fracionário se deparar com questão de constitucionalidade que for arguida incidentalmente (seja pelas partes, pelo Ministério Público, juiz de primeiro grau ou até mesmo *ex officio* por um dos julgadores componentes do órgão fracionário), deve suspender o julgamento do caso concreto. Depois de ouvido o Ministério Público (CPC, art. 480), o relator submeterá a questão da inconstitucionalidade à Turma ou à Câmara, que então deliberará a respeito da questão constitucional.

Se rejeitada a questão,¹⁵⁸ isto é, se o órgão fracionário entender que a norma é constitucional, o feito prossegue com o julgamento da causa principal. Se acolhida a

¹⁵⁴ *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 34-35. A admissão de um órgão especial nos tribunais foi positivada, pela EC 7/77, no art. 144, V da Constituição de 1967.

¹⁵⁵ Na Carta de 1988, a previsão está no art. 93, XI *in verbis*: “Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por Antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno” (com redação conferida pela Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004).

¹⁵⁶ Barbosa Moreira lembra que o art. 96, I, *a* da CF outorga competência normativa aos tribunais, no tocante ao funcionamento dos respectivos órgãos, funcionamento este que poderá ser disciplinado no *regimento interno*, mas com “observância às normas de processo”, por força do art. 1214 do CPC (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 28, 35-36).

¹⁵⁷ Consoante esclarece José Levi Mello do Amaral Júnior: “Em face da regra do *full bench*, se acaso um órgão fracionário de tribunal inclinar-se pela inconstitucionalidade de um ato normativo a que deva dar aplicação ao julgar um dado caso concreto, o julgamento deve ser suspenso e a questão submetida ao tribunal pleno. É o que os tribunais brasileiros denominam incidente de arguição de inconstitucionalidade” (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 14).

¹⁵⁸ A arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada pelo órgão fracionário, por ser inadmissível ou improcedente. Consoante entendimento de Dirley da Cunha Junior, a arguição é julgada improcedente pela maioria simples dos integrantes do órgão fracionário competente (*Controle de constitucionalidade: teoria e*

arguição, um acórdão é lavrado pelo órgão fracionário e submetido ao pleno ou ao órgão especial, finalizando a “primeira etapa”. Na sequência, ou seja, iniciada a “segunda etapa” o pleno ou órgão especial decidirá pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da questão,¹⁵⁹ observado o *quorum* estabelecido no art. 97 da CF.

Tal decisão do pleno (ou do órgão especial) se incorpora ao julgamento da causa principal e em seguida, o órgão fracionário reinicia o julgamento do caso concreto que estava sobrestado,¹⁶⁰ tomando como premissa lógica e inafastável a decisão plenária.¹⁶¹

Tanto a decisão tomada pelo órgão fracionário (“primeira etapa”), quanto a proferida pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial (“segunda etapa”) são irrecorríveis (valendo as Súmulas 293 e 513 do STF),¹⁶² salvo por embargos de declaração.¹⁶³ A eventual impugnação da questão constitucional deverá ser feita, assim, quando da interposição do recurso contra o acórdão em que há o julgamento do caso concreto.¹⁶⁴

Como se vê, a competência dentro do tribunal fica *cindida*, segundo critério funcional, em que ao pleno (ou o órgão especial) cabe decidir a questão constitucional e ao órgão fracionário, depois, julgar o caso concreto, à luz do que houver se assentado no julgamento da questão prejudicial.¹⁶⁵

Anote-se, todavia, que por força do parágrafo único do art. 481 do CPC, o órgão fracionário não precisa suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade,

prática, op. cit., p. 141). Também pensa assim Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁹Consoante Gilmar Mendes, ao Plenário é proibido emitir juízo sobre a parte rejeitada ou julgada inadmissível pela Turma ou Câmara (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 250).

¹⁶⁰Pontes de Miranda explica a partir daí a terminologia *julgamento ‘per saltum’*: “Salta-se: há a decisão [do pleno ou do órgão especial] e volta-se. Continua o julgamento [pelo órgão fracionário]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. 6, p. 60; destacamos).

¹⁶¹Nesse sentido: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 42 e 48; José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*, op. cit., p. 37; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 86.

¹⁶²*Súmula 293*: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”.

Súmula 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”

¹⁶³Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 48.

¹⁶⁴Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 86.

¹⁶⁵Consoante Gilmar Mendes, “O controle incidental de normas, no âmbito dos Tribunais, comporta, desde 1934, uma *cisão funcional*, de modo que o órgão fracionário fica vinculado à decisão proferida no pleno ou pelo órgão especial da Corte (CF, art. 97)” (*Ação declaratória de inconstitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59).

caso exista manifestação anterior – acerca daquela controvérsia constitucional – por parte de respectivo plenário ou órgão especial do tribunal, bem como por parte do plenário do STF. Nesses casos, basta o órgão fracionário do tribunal aplicar automaticamente o precedente e realizar o julgamento do caso concreto.¹⁶⁶

Precisamente com relação aos processos de competência das turmas do STF, haverá remessa do julgamento ao Plenário apenas em caso de relevante arguição de inconstitucionalidade (RISTF, art. 176, §1º, cc. Art. 6º, II, *a*). O julgamento da matéria exige *quorum* mínimo de 08 ministros (RISTF, 143, parágrafo único). No caso da ausência de ministros em número que possa influir no julgamento, haverá suspensão do julgamento, aguardando o comparecimento dos ausentes (RISTF, art. 173, parágrafo único) ou a convocação de ministros do STJ (RISTF, art. 40, art. 92, II da CF/88, cc. art. 27, par. 2º, I da ADCT). Não será declarada a inconstitucionalidade se não forem alcançados 06 votos (RISTF, 173 e 174). A declaração de inconstitucionalidade se aplica a todos os casos submetidos à Turma e ao Plenário (RISTF, art. 103, 11, I e II).

Não há exatamente um consenso quanto à natureza da regra do *full bench*. Há posicionamentos no sentido de que se trata de: (a) *condição de eficácia* da decisão que proclama a inconstitucionalidade da norma em um tribunal;¹⁶⁷ (b) *norma de competência*, atribuindo ao plenário (ou ao órgão especial) o julgamento da questão constitucional.¹⁶⁸

Quanto à natureza da arguição de inconstitucionalidade tratada nos arts. 480 a 482 do CPC, há entendimentos: (a) apontando-a como uma espécie recursal *sui generis*;¹⁶⁹ (b) assemelhando-a à ação declaratória incidental (prevista nos arts. 5º, 325 e

¹⁶⁶Trata-se de construção jurisprudencial do STF positivada no parágrafo único do art.481 do CPC, por meio da Lei 9.758/98; a finalidade dessa regra é, notoriamente, evitar a inútil multiplicação de incidentes, que retardam marcha dos pleitos em que são suscitados, consoante esclarecem Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 140; José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 84; Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 43-44 e Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 36-37.

¹⁶⁷Nesse sentido: Lucio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, op. cit., p. 45-46; Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 252; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 139; Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 34. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que esta é a posição dominante (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 209).

¹⁶⁸Assim parece entender o Ministro Celso de Mello no seguinte julgamento do HC 69.921-9/MS, DJ 26.03.93.

¹⁶⁹Nesse sentido se posiciona Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 6, op. cit., p. 477). Em sentido contrário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery afirmam que a declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 480 do CPC “não é sucedâneo de recurso” (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2008, op. cit., nota 1 ao art. 480, p. 766).

470 do CPC);¹⁷⁰ e (c) considerando-a um incidente processual autônomo (ou “quase” autônomo) em relação ao feito que o originou.¹⁷¹

Mas não apenas isso. Nada obstante a arguição ora tratada se opere em sede do controle difuso-incidental, afirma-se que o instituto tem *contornos de controle de constitucionalidade abstrato*, já que a decisão é tomada sem ser considerado o caso concreto que desencadeou a arguição perante o pleno (isto é, a questão constitucional seria julgada *abstratamente*); além disso, a procedência da arguição acarretaria a pronúncia de inconstitucionalidade *em tese* do ato normativo questionado.¹⁷²

Tal observação afigura-nos coerente, inclusive, porque o legislador também emprestou um certo caráter de *objetivação* ao incidente de inconstitucionalidade, na medida em que: (a) a decisão sobre a controvérsia constitucional valerá não apenas para o caso concreto, mas também para outros feitos subsequentes (daquele tribunal) que envolvam a mesma *questio juris*; (b) não haveria partes no denominado “incidente de arguição de constitucionalidade”;¹⁷³ (c) o art. 482, § 3º do CPC consagrou a figura do *amicus curiae* (ou seja, é admitida a manifestação de outros órgãos e entidades no incidente de inconstitucionalidade) – que é da índole de processos objetivos (instrumentos em que se exerce o controle de constitucionalidade abstrato).¹⁷⁴

De todo modo, Regina Nery defende que a decisão plenária não pode ser equiparada plenamente às decisões tomadas no controle abstrato porque tal pronunciamento não deixa de ter seus *efeitos restritos ao caso concreto*; para esta autora, a extensão dos efeitos aos demais órgãos fracionários seria uma simples *exceção* prevista no art. 481, parágrafo único do CPC; assim, a seu ver, *a decisão plenária trataria*

¹⁷⁰Nesse sentido, vide José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 46-47 e 118. A despeito de não concordar com a idéia de que o art. 97 da CF seja norma atributiva de competência, o autor afirma que, de outro lado, o art. 481 do CPC é típica regra de competência.

¹⁷¹José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 46-47 e 118.

¹⁷²Assim entendem Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 141; Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 256 e José Levi Mello do Amaral Júnior, o qual acrescenta que a decisão plenária não se equipara totalmente às decisões tomadas em controle principal, por não surtir efeitos *erga omnes*, como se dá, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade (*Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 46-49 e 118).

¹⁷³Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 46-47.

¹⁷⁴Cf. Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 141. Sobre *amicus curiae*, vale conferir a monografia de Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, passim.

essencialmente de controle difuso, “pois não haveria sentido em prever a exceção, se se tratasse de decisão em um controle abstrato”.¹⁷⁵

Destaque-se, ainda, que a regra do *full bench* é somente exigida para a pronúncia de *inconstitucionalidade* da norma, mas não para a de *constitucionalidade*.¹⁷⁶ E isso porque “milita a favor da lei a presunção de sua constitucionalidade”, pelo que “a sua aplicação ao caso concreto ocorre quase que por ofício mecânico”.¹⁷⁷ Assim, qualquer câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário poderá reconhecer explícita ou implicitamente a constitucionalidade da norma, hipótese para a qual não há necessidade de se enviar a questão constitucional para o plenário ou órgão especial.¹⁷⁸

Por fim, vale anotar que nos termos da Súmula Vinculante nº 10, a regra da reserva de plenário deve ser respeitada não apenas na hipótese em que a pronúncia sobre a inconstitucionalidade é expressa, mas também quando o órgão fracionário afasta a incidência da lei no caso *sub judice*, por considerá-la inconstitucional.¹⁷⁹

4.5.2. Efeitos das decisões proferidas no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Os efeitos processuais das decisões do incidente de constitucionalidade podem ser melhor compreendidos, se analisados separadamente: primeiro, aqueles provenientes das deliberações dos órgãos fracionários; depois, os que são projetados pelas decisões plenárias.

¹⁷⁵ *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 199.

¹⁷⁶ “O postulado da reserva de plenário revela-se ininvocável na hipótese em que se tem por constitucional determinada lei ou ato normativo” (STF, AIDRExtr 156.287-1-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.05.94).

¹⁷⁷ Cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 76.

¹⁷⁸ Por esse motivo, aliás, predomina o entendimento de que nos casos em que a decisão se vale da técnica de *interpretação conforme*, não se aplica a regra do *full bench*, eis que mediante aquela técnica, a lei é declarada *constitucional* nos termos de uma determinada interpretação; já o mesmo não vale para a técnica da declaração de nulidade sem redução de texto, em que há o reconhecimento da *inconstitucionalidade* da norma. Nesse sentido, vide Emilio Peluso Neder Meyer, *A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 60; José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 107-108. Para Cláudio Colnago, a dispensa da deliberação plenária se estende a qualquer decisão interpretativa da norma constitucional (e não apenas a que se vale da técnica da interpretação conforme), já que a finalidade buscada no art. 97 da CF seria evitar a tensão entre os Poderes, “tensão esta que já seria evitada pela adoção das técnicas decisórias aqui estudadas” (*Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 193).

¹⁷⁹ Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 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”.

Assim, caso surja controvérsia constitucional no julgamento de casos concretos da competência de órgão fracionário e tendo este último rejeitado a arguição de inconstitucionalidade, efeito dessa deliberação é o *prosseguimento do julgamento da questão principal* (que, como asseverado anteriormente, estava suspenso diante da questão de inconstitucionalidade que foi suscitada, *ex vi* dos arts. 480 e 481 do CPC).¹⁸⁰

Se a rejeição da arguição de inconstitucionalidade for *parcial*, o julgamento da questão principal *continua suspenso*, mas apenas *na parte* em que se rejeitou a arguição, ou seja, os demais pontos que foram acolhidos pelo órgão fracionário devem ser submetidos à apreciação do pleno ou do órgão especial, afirma Barbosa Moreira. O mesmo autor entende, ainda, que *dificuldades de ordem prática*, todavia, *podem recomendar que o órgão fracionário não exerça qualquer atividade cognitiva até o pronunciamento do plenário ou do órgão especial* a respeito dos pontos que lhe foram encaminhados para exame.¹⁸¹

De outra parte, caso o órgão fracionário reconheça a inconstitucionalidade da norma, haveria aí um “único efeito”, segundo José Levi Mello: *a remessa da prejudicial de constitucionalidade para o pleno ou órgão especial*,¹⁸² exceto nas hipóteses do art. 481, parágrafo único do CPC, ocasião em que o órgão fracionário daria normal seguimento à sua atividade cognitiva no julgamento da questão principal.

Já com relação ao que decide o tribunal pleno ou o órgão especial, afirma-se tradicionalmente que os efeitos de tal pronunciamento são *vinculantes* para *todos os órgãos fracionários do tribunal*, isto é, a decisão plenária (seja a que considera constitucional a norma, seja a que considera inconstitucional) valerá não apenas para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade, mas também será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos em curso no tribunal, que envolvam a mesma *questio juris* constitucional.¹⁸³

Como consequência, o órgão fracionário julgará o processo à luz do entendimento firmado pelo pleno ou órgão especial, com relação à questão constitucional, não podendo julgar em desarmonia com a decisão plenária. Inclusive, perde a relevância

¹⁸⁰Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 42.

¹⁸¹Para Barbosa Moreira “É lícito aos regimentos internos dispor a respeito, mas convém que editem regras de flexibilidade suficiente para atender as várias características dos casos concretos” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 43).

¹⁸²*Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 46.

¹⁸³Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 39, 79 e 119.

toda e qualquer eventual manifestação anterior do órgão fracionário que seja contrária à premissa constitucional estabelecida na decisão plenária.¹⁸⁴

A propósito, diante de eventual superveniência de pronunciamento do STF conflitando com anterior decisão do pleno do tribunal local, o órgão fracionário do tribunal *a quo* fica vinculado ao que decidiu o Supremo,¹⁸⁵ notadamente pela supremacia que este Tribunal ostenta (é o guardião da Constituição Federal), assegurando-se, ainda, os princípios da economia processual, da celeridade, da racionalidade dos serviços judiciários, da segurança e da igualdade.¹⁸⁶

A vinculação ora tratada se opera por força da legislação constitucional (art. 97) e infraconstitucional (CPC, art. 481, parágrafo único e até de normas regimentais dos tribunais brasileiros) e *não propriamente por força da decisão em si* – que, aliás, sequer seria coberta pela coisa julgada¹⁸⁷, já que, como visto, a querela constitucional suscitada incidentalmente se submete ao regime das questões prejudiciais (CPC, 469, III).

A partir dessa força vinculativa, José Levi Mello pondera que os efeitos da decisão plenária tomada no incidente de constitucionalidade, embora não sejam *erga omnes* (como em uma ação direta de inconstitucionalidade), *extravasam os autos e transcendem o caso concreto que ensejou a decisão*.¹⁸⁸

Para Teori Zavascki, tal força vinculativa configura-se mais uma espécie de *eficácia reflexa* da decisão que declara a inconstitucionalidade, na medida em que transmite efeitos para além do caso julgado.¹⁸⁹

Em sentido diverso, porém, Barbosa Moreira menciona que enquanto não sobrevenha a resolução de suspensão pelo Senado Federal (CF, art. 52, X), a declaração de inconstitucionalidade *só gera efeitos no processo em que haja ocorrido*.¹⁹⁰

Outro importante ponto em relação aos efeitos da decisão plenária diz respeito à redação do *parágrafo único do art. 481 do CPC*. A norma positivou

¹⁸⁴Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 49.

¹⁸⁵Cf. voto do ministro Octávio Gallotti no RE 190.727, DJ 13.12.96: “o efeito da decisão do Plenário do Tribunal ‘a quo’, naquilo que vinculante ficou invertido diante da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma questão constitucional”

¹⁸⁶Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 37.

¹⁸⁷Nesse sentido, José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 51, 77, 80.

¹⁸⁸Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 51, 77, 80.

¹⁸⁹*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 30.

¹⁹⁰*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 45.

entendimentos da jurisprudência do STF, no sentido de dispensar o Tribunal local de encaminhar questão constitucional ao seu próprio plenário, quando o Pretório Excelso já tivesse se pronunciado sobre o tema.¹⁹¹ Tais julgados do STF se pautavam na segurança jurídica e economia processual, acentuando a força vinculante das decisões do pleno dos tribunais e sobretudo, do STF.¹⁹²

Barbosa Moreira, a esse respeito, não se mostra tão favorável à aplicação do art. 481, parágrafo único, nos casos em que a dispensa de instalação do incidente se basear em decisão de *inconstitucionalidade*, tomada pelo STF na via difusa. Argumenta o ilustre jurista, em síntese, que tal declaração incidental não produz só por si efeitos *erga omnes*, de modo que “Enquanto não sobrevenha a suspensão [do Senado], a norma em foco subsiste no ordenamento e a declaração de sua inconstitucionalidade *só gera efeitos no processo em que haja ocorrido*”.

O ilustre mestre fluminense faz, assim, uma distinção quanto à origem do pronunciamento do STF: se de ação direta ou se de mera declaração incidental. Desse modo, e como forma de preservar a regra do art. 97 da CF, Barbosa Moreira se inclina por fazer uma interpretação restritiva do parágrafo único do art. 481 do CPC (na cláusula atinente ao STF), apontando que o preceito incidirá apenas quando a Corte Suprema houver declarado a inconstitucionalidade em *ação direta* (cuja decisão produz efeitos *erga omnes*).¹⁹³

Em linha semelhante, entende Alexandre Freitas Câmara que o art. 481, parágrafo único é inconstitucional, pois a decisão sobre a prejudicial de constitucionalidade

¹⁹¹“Inclusive nos casos em que o pronunciamento da Corte Suprema haja sido emitido *incidentalmente*”, assevera Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 44). Nessa linha também se pronuncia Nagib Slaib Filho: “mui discretamente, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que doutrina e jurisprudência já admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade” [A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do Art. 481 do Código de Processo Civil). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 153, 1999].

¹⁹²Nesse sentido: RE 190.728, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30.05.97; AgRgAI 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.08.95, AgRgAI 161.444, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 15.09.95; RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.08.97 (os precedentes são mencionados por Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 253-254).

¹⁹³Além disso, acrescenta o jurista carioca que: (i) o art. 97 da CF não atribui ao plenário do STF o poder para suprir a falta do pronunciamento do pleno do tribunal local julgador (ou de seu órgão especial); (ii) o princípio da economia processual (invocado na jurisprudência do STF) não autorizaria órgão algum a postergar formalidade de ordem legal ou constitucional (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 44-45). Elival da Silva Ramos, ao se pronunciar sobre o art. 481, parágrafo único do CPC, também entende que não tem eficácia vinculante o reconhecimento da inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, pelo Pleno do STF (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 237-238).

proferida num processo não pode produzir efeitos em outro feito, pela diversidade de partes (isto faria com que uma decisão judicial produzisse efeitos sobre pessoas que não tiveram oportunidade de influir na formação da decisão anteriormente proferida), violando a garantia do contraditório.¹⁹⁴

Antes de esposarmos nosso entendimento, vejamos, ainda, o posicionamento de alguns opositores ao que acima foi dito.

Sidney Hartung Buarque¹⁹⁵ e Rodrigo Lourenço Lopes,¹⁹⁶ por exemplo, defendem a constitucionalidade do preceito legal ora em comento, na linha do entendimento de reiterados precedentes do STF e contra o posicionamento de Barbosa Moreira: embora a declaração incidental de inconstitucionalidade da Corte Suprema não produza efeitos *erga omnes* automaticamente, tal decisório elimina a presunção de constitucionalidade da norma, mesmo que não haja resolução do Senado Federal conferindo eficácia geral à decisão do STF.

Nagib Slaibi Filho, nessa esteira, aduz que o parágrafo único do art. 481 não vulneraria nem mesmo a regra constitucional da autonomia dos órgãos julgadores (CF, art. 99), pois a Constituição erigiu ao STF o papel de seu guardião e todos os demais órgãos do Judiciário estão jungidos ao que a Suprema Corte proclamar a respeito da inconstitucionalidade de uma norma. Tais precedentes do STF, se atendido o *quorum* qualificado do art. 97 da CF, *ganham verdadeiro conteúdo normativo*, na visão do autor.¹⁹⁷

Teori Zavascki também considera viável a dispensa de instalação do incidente como forma de se evitar a repetição desmesurada de causas que versam sobre a mesma questão jurídica, evitando um gasto inútil de tempo, dinheiro, trabalho, energia e recursos.¹⁹⁸

¹⁹⁴ *Lições de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 2, passim. Opinião semelhante é a de Glênio Hekman, para quem a norma em comento “usurpa, pois, efeitos que não poderiam ser gerados por decisões proferidas no controle concreto, mas somente por decisões definitivas, em sede de controle abstrato” (*O cumprimento da norma do Artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente da arguição de inconstitucionalidade: uma nova perspectiva de tratamento*, op. cit., p. 169).

¹⁹⁵ Incidente de Inconstitucionalidade – alcance da norma contida no Art. 481, Parágrafo Único do CPC, acrescentado pela Lei 9.756/98. *Revista da EMERJ*, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n. 19, p. 95, 2002.

¹⁹⁶ *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 132.

¹⁹⁷ O referido processualista acrescenta, ainda, que o desrespeito ao dispositivo processual mencionado desafia: (i) recurso especial por vulneração ao parágrafo único do art. 481 do CPC e (ii) reclamação do art. 102, I, *i* da CF, a garantir a competência e autoridade do STF. A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do Art. 481 do Código de Processo Civil), op. cit., p. 154.

¹⁹⁸ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 35.

Em nosso sentir, o artigo 481, parágrafo único do CPC também não nos parece incompatível com a CF. Tal dispositivo reafirma a função institucional do STF como intérprete final do texto constitucional (nos termos do art. 102, *caput* de nossa Carta Magna), justificando, assim, o dever das instâncias inferiores voltarem seus olhos para a jurisprudência daquela Corte.¹⁹⁹ Com isso, ainda que a decisão da via difusa se opere *inter partes*, a autorizada propagação desses efeitos a outros processos – para fins de aplicação do citado artigo 481, parágrafo único do CPC – encontra abrigo no próprio texto constitucional.

Vale registrar, por derradeiro, a posição intermediária de José Levi Mello, para quem a imposição do art. 481, parágrafo único do CPC seria tecnicamente irrepreensível se fosse prevista por emenda constitucional, mas a orientação desse dispositivo legal não pode ser desprezada, inclusive, porque configuraria hipótese de mutação constitucional.²⁰⁰

Seja como for, é inegável que a norma em comento realça a força das decisões do STF em matéria constitucional, como precedente.

Finalmente, resta saber se é possível propor, em novos processos, a revisão do entendimento assentado pelo pleno (ou órgão especial) do tribunal local. Nelson Nery Junior e Rosa Nery ponderam que não há vedação a que o órgão fracionário do tribunal *a quo* submeta a questão constitucional ao seu plenário ou ao órgão especial, notadamente quando houver *fundamento novo* ou *modificação na composição* do plenário ou do órgão especial, “circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior”.²⁰¹

De igual modo parece entender Gilmar Mendes, com relação ao incidente de constitucionalidade instaurado no âmbito do STF, afirmando que *a qualquer ministro é assegurado o direito de propor, em novos feitos, a revisão do entendimento assentado no Plenário*. Admite o jurista, entretanto, que segundo a concepção dominante da doutrina, essa revisão não será mais possível, após a comunicação da decisão ao Senado, ou em

¹⁹⁹Nesse sentido, Eduardo Appio se pronuncia: “Ao fixar a competência do Supremo Tribunal (CF/88, art. 102) para a guarda e proteção da Constituição, não se pode admitir que os juízes das instâncias inferiores novamente decidam a mesma e idêntica questão constitucional, inclusive, com a possibilidade de negar observância do entendimento do Supremo” (*Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, op. cit., p. 43).

²⁰⁰Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 87-88.

²⁰¹*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2008, op. cit., nota 5 ao art. 481, p. 768. No mesmo sentido: José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 82.

casos excepcionais, após a publicação da resolução suspensiva do ato pelo Senado, que é o ato que atribui eficácia geral à declaração incidental de inconstitucionalidade do STF.²⁰²

4.6. Repercussão das decisões do STF (tomadas em controle difuso-incidental) sobre outros feitos

4.6.1. Súmula Vinculante e Repercussão Geral de Questão Constitucional

Através da repercussão geral de questão constitucional debatida em recurso extraordinário e das súmulas vinculantes, as decisões sobre matéria constitucional proferidas pelo STF, *incidenter tantum*, tendem a ganhar ainda mais força, pois a sistemática trazida por aqueles referidos institutos amplia as decisões tomadas pela nossa Corte Suprema em sede de referido recurso. Por opção metodológica e complexidade das discussões envolvidas, o estudo da súmula vinculante ganha capítulo próprio, na sequência (sem prejuízo de algumas notas explicativas do instituto ao longo do presente tópico, com o intuito de melhor compreender o alcance e a dimensão que as decisões do STF têm tomado).

4.6.2. Repercussão Geral de Questão Constitucional: aspectos conceituais e procedimentais

Requisito objetivo de admissibilidade do recurso extraordinário que é,²⁰³ a repercussão geral de questão constitucional é prevista no art. 102, §3º da CF (com redação conferida pela EC 45/2004); recebe regulamentação pela Lei 11.418/2006 (que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC) e também pelo Regimento Interno do STF, que se adaptou

²⁰²Cf. Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 257.

²⁰³Nesse sentido, vide Rodolfo Mancuso. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 187-188; José Rogério Cruz e Tucci. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo (Orgs.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Ed. Podivm, 2007, especialmente, p. 256-258.

às inovações mencionadas, por meio das Emendas Regimentais nº 21/2007, 23/2008 e 27/2008.

Escaparia aos fins e limites deste trabalho examinar aprofundadamente todas essas regras e as discussões que envolvem o instituto. Todavia, para uma melhor compreensão dos efeitos da decisão que reconhece a presença – ou não – da repercussão geral, alguns contornos procedimentais devem ser traçados.

Em primeiro lugar, deverá o recorrente demonstrar, como tópico preliminar das razões do recurso extraordinário, a repercussão geral que poderá ter o julgamento da questão constitucional discutida no seu caso (CPC, art. 543-A, §2º).

O legislador não trouxe um conceito determinado sobre o que deva ser considerado como repercussão geral, mas no art. 543-A, §1º do CPC fixou o binômio *relevância e transcendência*, como critério dessa identificação, de modo que, para ser relevante, *a questão deve ser de ordem econômica, política, social e jurídica*. Tal questão deve, ainda, *transcender aos interesses das partes envolvidas no caso*, isto é, dizer respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social. Além disso, o art. 543-A, §3º presume a existência de repercussão geral sempre que o recurso extraordinário se volte contra decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF.

A competência para aferir a repercussão geral é exclusiva do STF (CPC, art. 543-A, §2º). A própria turma julgadora (órgão fracionário a que, ordinariamente, compete julgar o extraordinário) poderá decidir pela existência da repercussão geral, desde que haja no mínimo quatro votos nesse sentido (CPC, art. 543-A, §4º). Mas se houver apenas três votos ou menos, a turma deverá encaminhar os autos ao plenário da Corte (órgão que reúne a totalidade de ministros) para examinar a matéria, pois nos termos do art. 102, §3º da CF, o julgamento que rejeita a repercussão geral exige, no mínimo, votos de 2/3 (dois terços) dos membros do STF (ou seja, no mínimo, oito ministros).²⁰⁴

Cumprе ressalvar que a prévia existência de uma decisão do *pleno do STF negando* a ocorrência de repercussão geral *dispensa* a turma julgadora – em outros recursos que tratam de idêntica questão – de remeter a matéria para exame em reunião plenária. É que de acordo com o art. 543-A, §5º do CPC, a negativa da repercussão geral

²⁰⁴Vale dizer, se para negar a repercussão deverão se manifestar nesse sentido 2/3 dos membros do STF (ou seja, oito ministros), tal julgamento não pode ser realizado pela Turma (que é composta de apenas 5 ministros, nos termos do RISTF) e impõe a remessa dos autos ao órgão que reúne a totalidade dos ministros, o *pleno*.

valerá para todos os recursos extraordinários que versem sobre questão idêntica. Com efeito, seria contraproducente a remessa dos autos para o pleno deliberar sobre matéria que aquele próprio órgão já examinou anteriormente.²⁰⁵⁻²⁰⁶

Quanto ao exame de admissibilidade do recurso extraordinário realizado pelo tribunal local, não pode este negar seguimento ao recurso emitindo um juízo de valor sobre os argumentos que conduzem à presença – ou não – da repercussão geral.²⁰⁷ Contra um pronunciamento assim editado caberia *reclamação* ao STF, nos termos do art. 102, I, I da CF.²⁰⁸ Nada obstante, o tribunal de origem tem competência para deixar de admitir o recurso extraordinário na hipótese das razões recursais não consignarem expressa e fundamentadamente a preliminar de repercussão geral (requisito formal indispensável, nos termos do já referido art. 543-A, §2º do CPC).²⁰⁹

Merecem destaque, ainda, posições no sentido de que pode o tribunal *a quo* não admitir um recurso extraordinário também na hipótese de o plenário do STF já haver se pronunciado anteriormente sobre questão idêntica, *negando a existência da repercussão geral*; tal possibilidade encontraria fundamento no art. 557, *caput* do CPC (que confere poderes para o relator negar seguimento a recurso com base em jurisprudência dominante do STF) e também no próprio art. 543-A, §5º do CPC –²¹⁰ o que nos parece correto.

²⁰⁵Nesse sentido, vide Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 249. Nessa esteira, Carolina Brambila Bega conclui que apenas uma única decisão do STF, na hipótese do art. 543-A, §5º do CPC, seria suficiente para afastar a necessidade de julgamento plenário dos demais recursos extraordinários (*Repercussão geral das questões constitucionais: aspectos processuais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 145).

²⁰⁶Nesse ponto, o 543-A, §5º do CPC guarda similitude com o art. 481, parágrafo único do CPC, que afasta a obrigatoriedade da cláusula do *full bench*, quando já houver pré-existente decisão plenária sobre a matéria. Observa-se, ademais, que o dispositivo em comento (543-A, §5º) vai de encontro à vocação expansiva das decisões do STF e às reformas processuais recentes que, aos poucos, vêm conferindo aos precedentes judiciais (principalmente do STF) uma repercussão que alcança outros feitos (como, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 120, parágrafo único; 515, §1º; 544, §3º, 557, *caput* e §1º-A, todos do CPC). Sobre este último assunto vale conferir os seguintes ensaios de José Carlos Barbosa Moreira, A Emenda Constitucional nº 45 e o processo, op. cit., p. 186 e ss; e Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 35, maio./jun. 2005, passim. No presente estudo, vide considerações constantes dos itens 4.1.2, 4.6.2 e 7.3.

²⁰⁷Cf. Humberto Theodoro Junior. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 48, p. 119, jul./ago. 2007.

²⁰⁸Cf. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 249.

²⁰⁹Cf. Humberto Theodoro Junior, Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417), op. cit., p. 119.

²¹⁰Nesse sentido, vide Gláucia Mara Coelho. *Repercussão geral da questão constitucional no processo civil brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, especialmente p. 144-147; e Ricardo de Barros Leonel. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 183.

Por fim, de acordo com o art. 543-B, *caput* e §1º do CPC, se houver grande número de recursos extraordinários “com fundamento em idêntica controvérsia”, o tribunal de origem deve se manifestar selecionando e encaminhando ao STF “um ou mais recursos representativos da controvérsia”, suspendendo, ainda, o andamento dos demais recursos, até o pronunciamento do STF sobre a repercussão geral.²¹¹

4.6.2.1. Efeitos da decisão que aprecia a Repercussão Geral de Questão Constitucional

A partir do cenário acima delineado, a eficácia processual da decisão do STF (seja aquela tomada pela Turma, seja pelo Plenário) pode ser analisada sob duas óticas: (a) a dos efeitos que recaem sobre o próprio recurso extraordinário que veicula a questão constitucional debatida e (b) a dos efeitos que se projetam sobre outros recursos extraordinários, que carregam controvérsia idêntica.

Na primeira situação, se o STF negar a existência de repercussão geral, o extraordinário *não será admitido*; mas se a repercussão for *reconhecida*, o recurso deverá ser julgado no *mérito* (CPC, art. 542-A, *caput*). Essas hipóteses provocam interessante desdobramento processual: o conhecimento do recurso acarreta a substituição do acórdão recorrido pelo pronunciamento do STF; de igual modo, não se admitindo o extraordinário, não se opera tal efeito substitutivo (CPC, art. 512). Tal substituição interessa, como bem lembram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para efeitos de determinar a *competência de uma eventual ação rescisória* contra o julgado.²¹²

Com relação à segunda situação acima tratada (projeção da eficácia da decisão do STF sobre outros recursos), vejamos, inicialmente, a hipótese de *o STF negar a existência de repercussão geral*.

Nesse caso, aqueles recursos de tramitação suspensa pelo órgão *a quo* serão considerados “automaticamente não admitidos” (CPC, art. 543-B, §2º). Reside aí um

²¹¹No caso de sobrestamento indevido, cabe o recurso de agravo previsto no art. 544 do CPC, demonstrando-se que o extraordinário em questão “não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*”, conforme anotam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 251.

²¹²“Conhecido o recurso, ação rescisória deve ser direcionada para desconstituição da decisão do Supremo Tribunal Federal; não conhecido, a decisão atacada deve ser a decisão objeto do recurso extraordinário não admitido” (*Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 51).

verdadeiro *efeito vinculante*, já que o órgão *a quo* deverá se ater, *obrigatoriamente*, à decisão do STF.²¹³

Além disso, como acentuado anteriormente, a decisão negativa da repercussão geral *valerá para todos os recursos* extraordinários que versem *sobre questão idêntica*. Por conseguinte, *no âmbito do STF*, tais recursos podem ter o provimento negado, de plano (CPC, art. 543-B, §5º).

Quanto à hipótese de o STF *reconhecer* a presença da repercussão geral na questão constitucional debatida e julgar o mérito do recurso, o tribunal de origem poderá adotar as seguintes posturas, nos termos do art. 543-B, §3º do CPC: (a) indeferir o processamento do extraordinário, decretando-o como *prejudicado*, caso a decisão recorrida esteja em conformidade com o que decidiu o STF; (b) determinar o processamento do extraordinário e remetê-lo ao STF, se a decisão recorrida estiver em descompasso com o julgamento do caso paradigma (e se presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal); (c) *retratar* ou modificar sua decisão anterior, para adequá-la ao que se assentou no precedente do STF. Se acaso o tribunal local mantiver o julgado recorrido em sentido adverso à orientação do STF, este poderá “cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (CPC, art. 543-B, §4º do CPC).

Nessas hipóteses, a decisão paradigma do STF também assume um certo caráter vinculante (eis que o tribunal local deverá, obrigatoriamente, levar em consideração o reconhecimento da repercussão geral sobre a tese jurídica), mas cabe ressaltar que a retratação acima mencionada é facultativa, segundo se extrai do art. 543-B, §3º do CPC.²¹⁴

Mas como se vê, seja qual for o resultado desse julgamento do STF (reconhecedor – ou não – da repercussão geral), ele se expande para além do caso examinado e alcança outros recursos extraordinários que não foram diretamente julgados pelo STF,²¹⁵ ou seja, a decisão que afere a repercussão geral não se confina à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes; e embora não projete efeitos *erga omnes*, pode ser

²¹³Cf. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 251; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, op. cit., p. 52.

²¹⁴Nesse sentido, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2008, op. cit., nota 11 ao art. 543-B, §3º, p. 943; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 251.

²¹⁵Assim também se pronuncia Ricardo de Barros Leonel, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 191.

útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas, exercendo influência em julgamentos futuros.²¹⁶

Tal efeito expansivo foi atribuído às decisões sobre repercussão geral com o nítido objetivo de *diminuir* o número e, ao mesmo tempo, de acelerar a marcha dos recursos extraordinários no STF.²¹⁷ Em outras palavras, a decisão (que verifica se há – ou não – a repercussão geral) irradia, ainda, um grande *efeito redutor* de processos no STF, notadamente “pelos mecanismos de represamento de recursos iguais nas instâncias de origem, os quais, à luz do julgado paradigma do STF, se extinguirão sem subir à sua apreciação (art. 543-B, §2º); e ainda pela extensão do julgado negativo do STF de um recurso *a todos os demais* em tramitação sobre a mesma questão (art. 543-A, §5º)”.²¹⁸

A projeção dos efeitos da decisão que verifica a presença (ou não) da repercussão geral realça, ainda, as funções paradigmática e uniformizadora do recurso extraordinário,²¹⁹ pois tal pronunciamento deverá ser observado pelos magistrados no exame de admissibilidade de outros recursos extraordinários que veiculem a mesma questão, isto é, servirá de *paradigma*, atuando como uma “decisão-quadro” para casos futuros (art. 326 do RISTF); com isso, essa decisão propiciará, ainda, uma *uniformidade* de tratamento na solução a ser conferida ao exame de admissibilidade de outros recursos extraordinários, mediante a aplicação do entendimento consolidado pelo STF.

Ademais, é em razão dessa expansão de efeitos para casos idênticos (a alcançar um grande segmento de pessoas), que o art. 543-A, §6º do CPC autoriza a manifestação de terceiros interessados no incidente de análise da repercussão geral perante o STF. Esse terceiro atuará como *amicus curiae*, a exemplo do que já ocorre nos processos

²¹⁶Cf. Cândido Dinamarco. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. In: RENAULT, Sergio Rabello; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). *A reforma do Judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 300-301.

²¹⁷Cf. José Rogério Cruz e Tucci. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*, op. cit., p. 251. No mesmo sentido, vide Cândido Dinamarco, *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*, op. cit., p. 301.

²¹⁸Cf. Humberto Theodoro Junior, *Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417)*, op. cit., p. 118. O ilustre processualista acrescenta que a exigência da repercussão geral em processos não-repetidos em causas similares, na verdade, *não reduz tanto assim* o número de feitos no STF, “porque de uma forma ou de outra, teria aquela corte de enfrentar todos os recursos para decidir sobre a ausência do novo requisito de conhecimento do extraordinário”.

²¹⁹Nesse sentido se posicionam: Clara Moreira Azzoni, *Efeitos do recurso especial e extraordinário*, op. cit., especialmente item 2.1.4.4 e Bruno Dantas Nascimento. *Da repercussão geral: investigação sobre os aspectos processuais civis do instituto e a mudança de perfil imposta por seu advento ao recurso extraordinário brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 308-309.

em que há o controle abstrato de constitucionalidade e também no procedimento para aprovação de súmula vinculante.²²⁰

E considerada essa ampliação dos efeitos da decisão do STF para além das partes envolvidas no litígio submetido a julgamento, é possível concluir, com André Ramos Tavares,²²¹ que o pronunciamento sobre a repercussão geral de uma questão constitucional promove uma *nítida aproximação* do modelo difuso-concreto com o principal-abstrato de controle de constitucionalidade, já que tal decisão acaba efetuando uma espécie de transposição de efeitos *inter partes* (típicos das decisões editadas em sede de recurso extraordinário e demais instrumentos do controle concreto) para efeitos mais ampliativos, ultrapassando o exclusivo interesse das partes na apreciação da questão (tal como se dá com as decisões editadas no controle abstrato).

Todos esses apontamentos acima levam a concluir, ainda, que a repercussão geral acarreta uma *dualidade*. É que, se de um lado, o instituto pode conferir amplos efeitos às decisões editadas em sede de recurso extraordinário, de outro lado configura exigência rigorosa para a admissão deste recurso, eis que figura como um *elemento de contenção* ou *filtro seletor*²²² para o cabimento do recurso extraordinário, objetivando a redução de feitos que estão a cargo do STF.

De todo modo, tal contenção não significa que as portas do controle difuso-concreto estarão fechadas ao jurisdicionados. Ainda que os interesses dos litigantes figurem como secundários no incidente da repercussão geral, parece-nos que o procedimento da repercussão geral *reafirma* a sistemática difusa, direcionando

²²⁰Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*, op. cit., p. 259. Com semelhante entendimento, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 16 ao art. 543-A do CPC, p. 941.

Como já visto no item anterior, a figura do *amicus curiae* é a da índole de processos objetivos; aliás, tal intervenção processual já era admitida em nosso ordenamento, como por exemplo, no art. 482, § 3º do CPC (incidente de inconstitucionalidade nos tribunais) e, ainda, no art. 7º, 2º da Lei 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Os poderes processuais do *amicus curiae* podem se operar mediante apresentação de memoriais, pareceres, documentos, sustentações orais, etc. A respeito, vide a obra de Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, op. cit., passim.

²²¹A *repercussão geral no recurso extraordinário*. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005, passim. O tema também foi tratado por: Fernando Facury Scaf. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*, op. cit., p. 589; Gláucia Mara Coelho, *Repercussão geral da questão constitucional no processo civil brasileiro*, op. cit., especialmente p. 149-151 e por Carolina Brambila Bega, *Repercussão geral das questões constitucionais: aspectos processuais*, op. cit., p. 144. O assunto, neste trabalho, também é estudado no item 5.1, sob a ótica das súmulas vinculantes.

²²²Expressões utilizadas por Rodolfo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, op. cit., p. 188.

regramentos diversos às instâncias originárias, ao mesmo tempo em que mantém a política legislativa de prestigiar as decisões do STF.

4.6.3. A denominada “objetivação” do Recurso Extraordinário

Um dos aspectos considerados positivos no modelo brasileiro de sistema de controle de constitucionalidade é a *possibilidade de participação de qualquer pessoa interessada na provocação do Tribunal guardião da Constituição, por via do recurso extraordinário*.²²³ Ou seja, tal instrumento contempla uma espécie de “*subjetivação* no sistema”, que se traduz na defesa de interesse das partes.

Esse acentuado caráter *subjetivo* do recurso extraordinário, contudo, vem perdendo destaque para novos contornos que se formam no cenário do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Gilmar Mendes, nesse sentido, aponta que um avanço vem se dirigindo “à concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário”. Expõe o autor que dito recurso “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir de forma decisiva, a *função da defesa da ordem constitucional objetiva*. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)”.²²⁴

Desse modo, nada obstante tal recurso sempre tenha sido visto como um dos instrumentos do controle difuso-incidental-concreto, vem ele passando por mudanças, assumindo feições equiparadas a de processos em que se exerce o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, os chamados *processos objetivos*. Daí, aliás, vem a expressão “objetivação” do recurso extraordinário.²²⁵

²²³Cf. André Ramos Tavares. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto de constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 819, p. 51, jan. 2004.

²²⁴Prossegue o autor mencionando que a nova roupagem do recurso extraordinário lhe confere, assim, uma “*dupla função: subjetiva e objetiva*” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 284; destacamos).

²²⁵Rodolfo Mancuso anota que a expressão foi utilizada primordialmente pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da MC 272-9/RJ, relatado pela Ministra Ellen Gracie (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, op. cit., p. 195). A locução “objetivação do recurso extraordinário” também é encontrada na doutrina de Fredie Didier (Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 389, p. 491, jan./fev. 2007).

Por se relacionar mais diretamente aos instrumentos em que se exerce o controle abstrato de constitucionalidade, a temática do processo objetivo será abordada com maior detalhamento no próximo capítulo, referente aos efeitos das decisões editadas naquela modalidade de controle.

Contudo, e para uma adequada compreensão da chamada “objetivação” que se opera no recurso extraordinário, é importante apontar que essa espécie de processo se notabiliza por cuidar não do julgamento de um caso concreto, mas sim, *da constitucionalidade da lei em tese*, de uma relação de validade entre normas.²²⁶

Além disso, ao menos sucintamente deve ser anotado que a natureza objetiva do processo traz conseqÜências procedimentais relevantes (que, aliás, foram paulatinamente delineadas pela jurisprudência do STF),²²⁷ como, por exemplo: (a) para tutelar a ordem constitucional, o tribunal não fica vinculado à causa de pedir deduzida pelo requerente, podendo decidir com base em outros fundamentos, ainda que não invocados na inicial (ou seja, a causa de pedir é aberta); (b) restrição à aplicação de algumas regras processuais, a fim de que se proporcione proteção mais ampla e eficaz ao texto constitucional; (c) possibilidade de participação do *amicus curiae*; (d) decisões que propagam efeitos *ampliativos* (abrangendo a totalidade ou grande segmento de pessoas); (e) dentre outras.²²⁸

Algumas dessas peculiaridades têm se destacado no julgamento do *recurso extraordinário*. A título exemplificativo: (a) o STF vem realizando de forma abstrata o exame de normas apontadas como ‘inconstitucionais’; (b) também se encontram julgamentos de recursos extraordinários, cujas decisões estão baseadas em fundamentos diferentes dos que foram apresentados pelas partes (à semelhança da *causa de pedir aberta* dos processos objetivos);²²⁹ (c) o STF mitiga a aplicação de normas processuais dos processos ditos tradicionais (como as regras de limitação à cognição do recurso extraordinário); nesse particular, nossa Corte Suprema chega até a dispensar a exigência do *prequestionamento* em nome da *defesa da ordem constitucional objetiva*;²³⁰ (d) as decisões

²²⁶Consoante esclarece o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADin 1434-0, publicado na *RTJ* nº 164, p. 506: “A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o *julgamento da validade abstrata* do ato estatal em face da Constituição da República” (destacamos).

²²⁷Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 43-45.

²²⁸Para mais características e detalhamentos do processo objetivo, remetemos o leitor ao item 6.1.2.

²²⁹RE 298.694, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.2004; RE 300.020, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003.

²³⁰AI-AgR 375.011-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.10.2004; MC-RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 27.03.2003.

salientam os efeitos expansivos e a necessidade de observância dos pronunciamentos do STF em matéria constitucional,²³¹ etc.

Nessa seara, também o STJ, em matéria de sua competência, observa as decisões incidentais sobre matéria constitucional editadas pelo Pleno do STF, reconhecendo que “o recurso extraordinário deve ser visto não só como meio para a defesa de interesses das partes, mas notadamente como forma de tutela da ordem constitucional objetiva”.²³²

Mais ainda. Inovações legislativas têm acentuado no recurso extraordinário caracteres típicos dos processos objetivos. Exemplo disso é a previsão do julgamento do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais. A Lei Federal 10.259/2001 reconhece a possibilidade de eventuais interessados (ainda que não sejam partes no processo) se manifestem no recurso extraordinário, no prazo de 30 dias (art. 14, par. 7º, 2ª parte). “Trata-se de um amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*”.²³³

O assunto recebeu a atenção de Fredie Didier Júnior, que examinando as recentes decisões dos Tribunais Superiores e o arcabouço legislativo que vem se formando sobre o recurso extraordinário, ressaltou a existência de uma “transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade”.²³⁴

O referido processualista aponta na legislação outros contornos que realçam a objetivação do recurso extraordinário: (a) força vinculante das decisões do STF no âmbito do recurso extraordinário interposto em sede de Juizados Especiais Federais (art. 321, par. 5º, do RISTF); (b) a consagração da súmula vinculante (art. 103-A da CF), que pode ser editada após reiteradas decisões tomadas, inclusive, no âmbito do recurso extraordinário; (c) a edição do art. 475, §3º do CPC (que dispensa o reexame necessário quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo pleno do STF) como forma

²³¹RExtr 197.717-SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJU 07.06.2004; RExtr. 556.664, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.06.2008. Ainda a evidenciar essa tendência, vimos que o Ministro Ricardo Lewandowski já chegou até mesmo a apontar que a decisão de mérito resultante do recurso extraordinário “na prática, surtirá efeitos *erga omnes*” (Informativo STF nº 463).

²³²REsp 744937, DJ 19.06.2006; no mesmo sentido: REsp 741.737, Rel. Min. Denise Arruda. Nessa linha, asseverando a necessidade dos tribunais (inclusive o STJ) considerarem as decisões de constitucionalidade do Pleno do STF, mesmo tomadas em sede de recurso extraordinário: REsp 819850, DJ 19.06.2006; REsp 905795, DJ 17.05.2007; REsp nº 884230, DJ 16.08.2007, todos de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki.

²³³Cf. Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 284.

²³⁴*Transformações do recurso extraordinário*, op. cit., p. 494.

de se conferir maior importância e força de precedente às decisões tomadas pelo STF (inclusive no plano do recurso extraordinário).²³⁵

Fredie Didier Jr. destaca, ainda, a inovação legislativa referente à *repercussão geral* de questão versada em recurso extraordinário (CF, art. 102, §3º, com redação conferida pela EC 45/2004). Para o mencionado autor, mesmo sendo do plenário do STF a competência para decidir a respeito da matéria, seria *dispensada nova manifestação deste órgão* se a amplitude da repercussão já foi decidida anteriormente em ação de controle concentrado de constitucionalidade *ou em outro recurso extraordinário que versava sobre a tal questão*. Tal possibilidade, segundo o processualista, opera-se também “em razão da tendência de transformação do recurso extraordinário em instrumento do controle difuso e abstrato de leis”.²³⁶

Nesta mesma ordem de ideias, e embora sem se referir propriamente a uma *objetivação* do recurso extraordinário, Teori Zavascki indica modificações introduzidas no sistema, com “indisfarçável” finalidade de ampliar a eficácia das decisões tomadas pelo STF, em casos concretos. Exemplo disso, é o art. 557, §1º do CPC, pelo qual o relator pode decidir o mérito de recursos, *com base em decisões tomadas pelo STF - inclusive, as que foram editadas no âmbito do recurso extraordinário*.²³⁷

De igual modo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina notam uma “marcante tendência a que se confira maior relevância aos precedentes do STF, consistentes em decisões de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*”. Mencionados processualistas afirmam que essa tendência tem se refletido em algumas alterações do CPC, como a dos arts. 475, §3º e a do 557, §1º.²³⁸

Gilmar Mendes, nessa linha, destaca a possibilidade de o Tribunal local não submeter a questão constitucional ao Pleno ou ao órgão especial, na hipótese de haver pronunciamento do STF acerca do tema, proferido incidentalmente – situação esta, aliás, prevista no art. 481, parágrafo único do CPC.²³⁹

²³⁵ *Transformações do recurso extraordinário*, op. cit., p. 494-495.

²³⁶ *Transformações do recurso extraordinário*, op. cit., p. 498. Sobre a dispensa de apreciação quando houver anterior decisão do plenário do STF, vide item 4.6.2 retro.

²³⁷ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 38.

²³⁸ *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 76. Acrescentam ou autores que “estas normas [arts. 475, §3º e a do 557, §1º] são sintomas de uma tendência que tem feito sentir-se irreversível”.

²³⁹ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 268-270.

De todo modo, essa objetivação do recurso extraordinário, revelada por meio da *ampliação dos efeitos das suas decisões*, é considerada possível porque a tutela de interesses subjetivos seria um aspecto secundário do recurso extraordinário, não o seu principal escopo, pelo que a revisão do julgado com a modificação da solução dada ao litígio concreto é mera consequência. Sua função primordial é, pois, tutelar a uniformidade do direito constitucional,²⁴⁰ ou, nas palavras de Gilmar Mendes, é promover “a tutela da ordem constitucional objetiva”.²⁴¹

Ademais, segundo Gilmar Mendes, há uma grande aproximação dos modelos difuso e concentrado de controle da constitucionalidade a justificar essa mencionada ampliação de efeitos das decisões editadas no âmbito do recurso extraordinário, já que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado *não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*”.²⁴²

Assim, conforme tal ordem de considerações, nota-se que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade caminha a passos largos para praticamente *equiparar* os efeitos das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato e do controle concreto.

Como consequências desse entendimento, parece-nos possível, desde já, a adoção de alguns mecanismos processuais compatíveis ou típicos dos processos objetivos, como a intervenção do *amicus curiae*²⁴³ e a reclamação (CF, art. 102, I, *l*).²⁴⁴

²⁴⁰Cf. Ricardo de Barros Leonel (*Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*, op. cit., p. 365). Este autor, aliás, defende tal objetivação nos casos de recurso extraordinário interposto em face de acórdão referente ao controle estadual de constitucionalidade.

²⁴¹*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 284.

²⁴²O papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, p. 149-168, abr./jun. 2004; destacamos.

²⁴³Com efeito, como o quadro de fundamentação do acórdão transcende à situação individual posta a julgamento no recurso extraordinário ou considerando a inevitável formação de paradigma jurisprudencial que daí resulta, justifica-se o interesse de terceiros na intervenção processual acima indicada, mesmo sem expressa previsão legal específica. Nesse sentido, vide Nelson Nery Junior, Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 78.

²⁴⁴No que diz respeito à reclamação, o problema não parece residir propriamente no cabimento da medida, eis que tal mecanismo tem sido admitido pelo STF para preservar a autoridade das decisões daquela Corte, mesmo se provenientes de processos com feição subjetiva (Rcl 449-SP, DJ 24.05.2002). Questão mais intrigante, contudo, consiste em saber se terceiros teriam legitimidade para propor a medida, pois de acordo com a jurisprudência atual do Pretório Excelso, apenas aquele que foi parte no processo poderia manejar a reclamação no caso de afronta à decisão editada na via incidental (Rcl 3051 AgR-RS, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 02.08.2006; Rcl 5335 ED, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09.05.2008); para o STF, terceiros prejudicados somente podem se valer da via reclamatória na hipótese de desrespeito ao pronunciamento do *controle abstrato* (Rcl 1880-SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJ 19.03.2004). Nada obstante, se a tendência da nossa Corte Suprema se volta para que o recurso extraordinário se equipare aos instrumentos do controle abstrato e para que as decisões ali editadas

4.6.4. Eficácia ampliativa dos efeitos das decisões do STF no controle concreto e *stare decisis*

Como visto, as decisões de constitucionalidade proclamadas pelo STF no controle concreto podem apresentar efeitos mais ampliativos (para além do processo levado a julgamento) se comparadas com as decisões dos demais órgãos judiciais. Cabe indagar se tal peculiaridade cria alguma rota de aproximação com o princípio do *stare decisis*, um dos pilares do sistema jurídico da *common law*²⁴⁵ e que se notabiliza pela força vinculante de seus precedentes judiciais.

A resposta adequada a essa questão começa com uma investigação desse instituto jurídico do direito estrangeiro, obviamente, sem pretensão de exaurir tão complexo e rico assunto, mas com o escopo de examinar as características relacionadas ao fim e objeto deste trabalho.

4.6.4.1. *Stare Decisis*: principais contornos

O *stare decisis* consiste no princípio pelo qual os magistrados devem obedecer e se pautar nas decisões prolatadas pelos órgãos judiciais de maior hierarquia,²⁴⁶ de maneira que causas semelhantes sejam tratadas analogamente, ainda que as partes não sejam as mesmas.²⁴⁷ O nome de origem latina advém da máxima *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido)²⁴⁸⁻²⁴⁹.

repercutam para toda a sociedade, seria coerente com essa perspectiva possibilitar que terceiros prejudicados também possam usar a reclamação na hipótese de ofensa à decisão plenária do STF editada no âmbito do recurso extraordinário - como forma de assegurar o efetivo respeito aos julgamentos do guardião da CF.

²⁴⁵ Cf. Mary Kay Kane. *Civil procedure in a nut shell*. St. Paul: West Group, 1996, p. 213.

²⁴⁶ É o que esclarece Mortimer N. S. Sellers ao afirmar que: “*the doctrine of stare decisis requires all tribunals of inferior jurisdiction to follow precedents of courts of superior jurisdiction, to accept the law as declared by superior courts, and not to attempt to overrule their decisions*” (The doctrine of precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley v 54, p. 86, supplement, 2006).

²⁴⁷ Cf. Charles D. Cole. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 71, out./dez. 1998.

²⁴⁸ Cf. Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 8.

²⁴⁹ Entre nós, explica Sérgio Resende de Barros: “Constitui o *stare decisis* um princípio jurisprudencial, cujo enunciado integral é *stare decisis et non quieta movere*, traduzindo-se: *estar com as coisas decididas e não mover as quietas*. Significa que o juiz deve conformar-se com a jurisprudência das cortes superiores e, acima de tudo, respeitar a corte suprema, não bulindo nas decisões que já estejam pacificadas. Quer dizer: no que está quieto não se mexe.” (O Senado e o controle de constitucionalidade, op. cit., p. 165; grifos nossos). No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “a moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que já foi decidido) é

Uma das consequências dessa orientação é que a decisão judicial passa a ser de *observância obrigatória* (seja pelo próprio órgão judiciário que a proferiu, seja pelos demais que lhe são subordinados) para a solução de uma causa similar no futuro. Ou seja, o princípio do *stare decisis* opera em duas dimensões: (a) a dimensão *horizontal*, pela qual há obrigatoriedade de observância do pronunciamento judicial para a corte que o criou;²⁵⁰ e (b) a dimensão *vertical*, que se traduz na força obrigatória do precedente para os Tribunais de menor hierarquia.^{251 - 252}

Diante dessa obrigatoriedade, a decisão judicial assume valor de *precedente* no sistema da *common law*,²⁵³ pelo que o princípio do *stare decisis* é também conhecido como a regra de “aplicação do precedente” (*doctrine of precedents*).²⁵⁴

Mas o precedente não é aplicado automaticamente.²⁵⁵ É necessário que ele seja prévia e cuidadosamente analisado, a fim de se averiguar: (a) similaridades de fato

informada pelo princípio do precedente (vertical), com força obrigatória externa para todas as cortes” (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 160).

²⁵⁰Contudo, as decisões dos órgãos judiciários de primeira instância dos Estados Unidos não constituem precedentes vinculantes, conforme anota Charles D. Cole, *Precedente judicial: a experiência americana*, op. cit., p. 75. No mesmo sentido, Cazetta Júnior – que, com profundidade estudou o tema – afirma: “não há essa dimensão horizontal do *stare decisis*” nos órgãos judiciários “que estão no nível mais baixo da hierarquia judiciária” [*A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 76].

²⁵¹Ao detalhar o funcionamento dessa vinculação vertical nos Estados Unidos, a professora Toni M. Fine explica: “o juízo de primeira instância é obrigado a seguir a orientação dos Tribunais de Apelação e, bem assim, da Suprema Corte. Os Tribunais de Apelação, por sua vez, são obrigados a seguir as regras estabelecidas na Suprema Corte. A Suprema Corte adere a seus próprios precedentes [...] e somente ela pode derogar seu próprio precedente” (O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, p. 92, dez. 2000). Além disso, Charles D. Cole esclarece que nos Estados Unidos, a força vinculativa das decisões age dentro das respectivas esferas de competência dos tribunais, de maneira que a decisão de um tribunal estadual é precedente apenas dentro do sistema estadual, ao passo que uma decisão de um tribunal federal é precedente apenas no sistema federal; e mais: um órgão judiciário é obrigado a seguir as decisões de um tribunal superior em cuja região tal órgão esteja geograficamente situado; apenas as decisões da Suprema Corte têm força vinculante para todos os órgãos judiciários daquele país (*Precedente judicial: a experiência americana*, op. cit., p. 73-75).

²⁵²Há uma corrente minoritária que entende não existir a dimensão vertical no *stare decisis*, sob o fundamento de que a vinculação dos tribunais inferiores seria mera derivação da hierarquia judicial, destacando-se nessa corrente os autores Oliver P. Field (*The effect of an unconstitutional Statute*. Washington: BeardBooks, 1999, p. 163) e Enrique Alonso Garcia (*La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 165-166), consoante anota Cazetta Júnior [*A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*, op. cit., p. 75].

²⁵³Cf. Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 8. De acordo com Guido Soares: “*Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhes são subordinados” (*Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 40).

²⁵⁴Cf. Toni M. Fine, O uso do precedente e o papel do princípio do *Stare Decisis* no sistema legal norte-americano, op. cit., p. 90; no mesmo sentido: Guido Soares, *Common law: introdução ao direito dos EUA*, op. cit., p. 40).

²⁵⁵É o que explica Mortimmer N. S. Sellers ao expor que “*Stare decisis is not a mechanical formula of adherence to the latest decision*” (The doctrine of precedent in the United States of America, op. cit., p. 78).

e/ou de direito no caso do precedente e no caso *sub judice*; (b) a posição atual do tribunal com relação ao caso anterior.²⁵⁶ Esse método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode – ou não – ser análogo ao paradigma é denominado *distinguishing*.²⁵⁷

Para produzir eficácia vinculante, o precedente deve guardar absoluta pertinência com relação aos fatos ou às questões de direito suscitadas no caso em julgamento. Além disso, tal força vinculativa propiciada pelo *stare decisis* não cobre toda a decisão judicial, mas *apenas a parte nuclear da fundamentação*, denominada *ratio decidendi* na Inglaterra e *holding*, nos Estados Unidos.²⁵⁸ Ademais, qualquer raciocínio ou pronunciamento judicial que seja estranho àquele núcleo do julgamento e/ou que não seja essencial para a solução do caso é qualificado como o *dictum* ou *obiter dictum*; tal segmento da decisão não tem efeitos vinculantes com relação a casos futuros; entretanto, pode apresentar eficácia persuasiva.²⁵⁹⁻²⁶⁰

Embora a regra geral da teoria do *stare decisis* seja a força vinculante do precedente, *excepcionalmente*, pode este ser superado: (a) pela via legislativa²⁶¹ ou (b) por mecanismos que permitem aos magistrados a não-aplicação, substituição ou a revogação

²⁵⁶Cf. Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 9.

²⁵⁷Nesse sentido: Rodolfo Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 187; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 174. Gilmar Mendes explica que o método do *distinguishing* também é utilizado pelos tribunais norte-americanos “para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso” (Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, op. cit., p. 23). Ainda a esse respeito, remetemos o leitor aos nossos comentários anteriores.

²⁵⁸Cf. Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 10; Guido Soares, *Common law: introdução ao direito dos EUA*, op. cit., p. 42. A doutrina usualmente conceitua a *holding* (ou *ratio decidendi*) como a *regra de direito* ou *princípio jurídico* estabelecido pelo julgador para decidir um caso específico (nesse sentido: José Rogério Cruz e Tucci *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 175 e 177; Andréia Costa Vieira, *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 124-125; Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 185).

²⁵⁹Robert S. Summers. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MAcCORNICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 85; Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 9; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 177.

²⁶⁰Não é tarefa fácil determinar o que é *dictum* ou extrair a *holding* com precisão. Como esclarece Toni Fine: “É comum as partes apresentarem argumentos díspares sobre o que constitui um *dictum* e o que se afigura propriamente parte da opinião judicial que deve receber efeito de *stare decisis*” (O uso do precedente e o papel do princípio do Stare Decisis no sistema legal norte-americano, op. cit., p. 95); no mesmo sentido se posicionam Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 185) e Andréia Costa Vieira, a qual explica: “Grande maioria das vezes, a *ratio decidendi* é escrita em dezenas de páginas nos relatórios de casos” (*Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*, op. cit., p. 260).

²⁶¹Cf. Robert S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, op. cit., p. 396.

de uma tese antes sedimentada na decisão; tais técnicas se baseiam nas idéias de desacerto, inconveniência ou obsolescência de um precedente.²⁶²

Nesse contexto, os juízes da *common law* podem se valer – mediante motivação – de práticas como: (a) *overruling*, pela qual as cortes superiores *revogam* seus próprios precedentes ou os precedentes de cortes inferiores e estabelecem uma nova orientação;²⁶³⁻²⁶⁴ (b) *distinguishing*, método de confronto entre a decisão paradigma e o caso em julgamento, que possibilita ao magistrado justificar a aplicação – ou não – do precedente; (c) e outras.²⁶⁵

Importante anotar que a *overruling*, em princípio, opera efeitos *ex tunc* (*retrospective overruling*), ou seja, impede que o precedente revogado seja invocado como paradigma em casos pretéritos, que ainda aguardam julgamento. Mas tal prática também pode apresentar eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), permitindo que o precedente revogado continue vinculante em relação aos fatos anteriormente ocorridos.²⁶⁶

Diante do que se expôs até aqui, nota-se que uma outra importante decorrência do *stare decisis* é que o precedente judicial *ganha* – ainda que indiretamente – *dimensões que vão além do caso concreto*, na medida em que as regras estabelecidas na decisão se estendem aos futuros casos semelhantes.

Nesse contexto, e em estudo do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, Laurence H. Tribe assevera que a decisão judicial, em um primeiro

²⁶²Cf. Edward Re, *Stare decisis*, op. cit., p. 10. A propósito, como já assinalado anteriormente, referido autor norte-americano defende que o *stare decisis* “permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”.

²⁶³Cf. José Rogério Cruz e Tucci, o qual dá notícia, ainda, de modalidades como a *anticipatory overruling*, técnica pela qual um órgão judicial discorda da aplicação de um precedente emanado de uma corte superior, ao fundamento de que esta última já teria reconhecido que tal precedente não mais constitui *good law* (*Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 180). Quando a revogação é apenas parcial, tal técnica é denominada *overriding*, segundo estudo de Patrícia Perrone Campos Mello (*Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 245, p. 187, jul./set. 2005).

²⁶⁴Em trabalho recente sobre o tema, Márcia Cadore dá notícia de que os casos de *overruling* são excepcionais e limitados, se considerada a massa de julgamentos (*Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 78).

²⁶⁵Sobre um elenco pormenorizado de outros métodos empregados para a rejeição do precedente no sistema da *common law*, vale conferir o estudo de Deborah Baumöhl. *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 85-87.

²⁶⁶Como a aplicação dessa técnica com efeitos *ex nunc* é mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra, a doutrina costuma afirmar que o sistema norte-americano é mais flexível que o britânico (nesse sentido: Andréia Costa Vieira, *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*, op. cit., p. 128).

momento, projeta efeitos *inter partes*, mas ao se aplicar o princípio do *stare decisis*, as regras definidas no julgamento de determinado caso concreto podem se expandir para todos os demais casos similares.²⁶⁷

Com base nessas colocações, aliás, afirma-se que o *stare decisis* expande os efeitos subjetivos das decisões, atribuindo a estas últimas – mesmo por via transversa – uma espécie de eficácia *erga omnes*.²⁶⁸

E mais: a partir dessa propagação de efeitos da decisão para além do processo, tem-se afirmado, inclusive, que o *stare decisis* vem adotando um regime semelhante ao do modelo de fiscalização abstrata e principal de constitucionalidade, encurtando a distância que existe entre os dois sistemas-tipo de controle de normas: o norte-americano e o europeu-continental.²⁶⁹

Ambos os entendimentos acima expostos, contudo, encontram ressalvas.

Nesse particular, Roger Stiefelmann²⁷⁰ sustenta que do ponto de vista da eficácia da decisão, o alcance do *stare decisis* é menor que o dos efeitos *erga omnes*, pois aquele princípio da *common law* obriga apenas instâncias jurisdicionais (isto é, a vinculação do precedente não se estenderia a todas as demais autoridades do Estado e à

²⁶⁷ *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000. p. 215-216. Acrescenta o autor, ainda, que o grau com que uma decisão judicial de controle de constitucionalidade vincula futuras situações semelhantes nos Estados Unidos depende de fatores como: (i) se a estrutura interna de uma norma de caráter constitucional admite a emissão de juízos de valor contrários à orientação dos tribunais; (ii) se a interpretação sobre a norma de índole constitucional em dado julgamento não malferir o entendimento da Suprema Corte, a fim de que não se ameace a supremacia judicial desta última; (iii) se futuros tribunais terão competência para aplicar a norma de caráter constitucional; (iv) se a norma de caráter constitucional é adequadamente apresentada em um processo; (v) se em futuros litígios, há possibilidade dos magistrados se absterem de aplicar a norma de índole de constitucional.

²⁶⁸ Cf. Keith S. Rosenn: “Tecnicamente, as decisões dos tribunais americanos concernentes à constitucionalidade têm efeitos apenas *inter partes* [...] A doutrina do *stare decisis*, no entanto, faz com que as decisões judiciais, especialmente aquelas da Suprema Corte, vinculem *erga omnes*” (Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada, op. cit., p. 163; grifos nossos). Também nesse sentido, vide Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 81. Na doutrina pátria, Elival da Silva Ramos acompanha tal posicionamento (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 115).

²⁶⁹ Vale conferir a respeito desse assunto: Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 64-65; Francisco Fernandez Segado, *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI*, op. cit., p. 69-70; José Luiz Vasquez Sotelo. *A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’*. In: Temas atuais de direito processual ibero-americano: compendio de relatórios e conferencias apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 374. Entre nós, vide o ensaio de Roger Stiefelmann, *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, out./dez. 2006, passim.

²⁷⁰ A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais, op. cit., p. 67-68; o autor reproduz essas ideias também na obra *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 127-129.

população em geral, mas apenas ao Judiciário),²⁷¹ enquanto os efeitos *erga omnes* obrigam o Judiciário, as demais esferas políticas, administrativas (instâncias não-jurisdicionais) e toda a sociedade. E com relação aos limites, o *stare decisis* teria maior flexibilidade (é possível não seguir a orientação da Suprema Corte, mediante uso das técnicas de superação do precedente), enquanto os efeitos *erga omnes* seriam mais rígidos.²⁷²

Assim, estabelecidas algumas das características do *stare decisis*, faz-se necessário confrontá-lo com os institutos brasileiros que se notabilizam por ampliar a eficácia das decisões editadas no controle concreto de constitucionalidade (resolução do Senado Federal e a súmula vinculante), de modo a perceber se todos esses mecanismos guardam traços de significativa convergência, sob a ótica dos efeitos processuais das decisões.

A questão ganha contornos ainda mais relevantes, eis que muito se fala, atualmente, sobre uma gradativa e constante aproximação entre os regimes da *civil law* e da *common law*. É o que será visto a seguir.

4.6.4.2. Ampliação dos efeitos das decisões do STF no controle concreto, sua aproximação com o *stare decisis* e a dicotomia *civil law* - *common law*

Com efeito, o antagonismo dessas duas grandes famílias jurídicas (*civil law* e *common law*)²⁷³ vem passando por uma releitura, no sentido de que os precedentes judiciais vão ganhando espaço nos países de direito codificado e, ao mesmo tempo, as normas legais vêm se acentuando nos países ligados tradicionalmente à regra dos

²⁷¹Em sentido oposto, todavia, Alexandre de Moraes sustenta (baseado nas idéias de Thomas Cooley) que as decisões da Suprema Corte têm efeitos que se estendem também às autoridades administrativas e agentes governamentais (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 111).

²⁷²A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais, op. cit., p. 68.

²⁷³O direito comparado vale-se da técnica da classificação dos vários sistemas legais existentes no mundo, com finalidade predominantemente didática. Há um consenso de que os dois grandes grupos ou famílias que ocupam situação de destaque no mundo contemporâneo ocidental são: (a) *sistema romano-germânico*, também conhecido como romanístico ou *civil law*, que se desenvolveu com base no direito romano e adota a premissa de que a justiça é alcançada notadamente através da lei escrita; (b) sistema anglo-saxão ou sistema da *common law*, cujo ideal de justiça é alcançado, prioritariamente, pelas técnicas oferecidas ao judiciário no julgamento de casos concretos (René David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, especialmente p. 20 e 91).

Do ponto de vista da eficácia do precedente judicial, José Rogério Cruz e Tucci assinala com precisão a seguinte diferença entre os regimes jurídicos acima apontados: “O ponto de referência normativo no âmbito da *common law* é exatamente o *precedente judicial*, enquanto, no tradicional sistema de fontes do direito que vigora nos países regidos pela *civil law*, o *precedente*, dotado de força persuasiva, é considerado fonte secundária ou fonte de conhecimento de direito” (*Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 185).

precedentes judiciais.²⁷⁴ Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, embora pertençam ao sistema da *common law*, são países que adotam em matéria processual, respectivamente, as denominadas *Civil Procedure Rules* e *Federal Rules of Civil Procedure* – verdadeiros códigos de processo civil.²⁷⁵

Entre nós, é disseminada a ideia de que o sistema brasileiro se aproxima da *common law* ao se considerar que cada vez mais os entendimentos dos tribunais superiores definem a interpretação das normas e influem em julgamentos futuros,²⁷⁶ notadamente em matéria constitucional.²⁷⁷

Nessa perspectiva, a *súmula vinculante* é apontada como um dos principais institutos que potencializam, no Brasil, a aproximação entre a *civil law* e *common law*, justamente por apresentar pontos de semelhança com o *stare decisis*: (a) ambos conferem um caráter obrigatório e geral de uma orientação interpretativa proveniente de uma corte superior e (b) apresentam a necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares.²⁷⁸

²⁷⁴Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 195-196; Barbosa Moreira. *Notas sobre alguns aspectos do processo civil e penal nos países anglo-saxônicos*. In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 178. A doutrina estrangeira também tem estudado o fenômeno: Michele Taruffo, por exemplo, trata dessa aproximação sob o ponto de vista exclusivamente dos sistemas processuais desses dois modelos (Observações sobre os modelos processuais da *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, p. 141-157, abr./jun. 2003); o professor Edward Re (St. John's University – New York) também pondera que na *common law* norte-americana, a jurisprudência exerce papel preponderante, mas a legislação vem cobrindo tão extensamente todos os ramos do direito, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida de um julgamento seja somente um precedente judicial (*Stare decisis*, op. cit., p. 11).

²⁷⁵Cf. José Marcelo Menezes Vigliar. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 166.

²⁷⁶Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 189-190; vide, também, José Rogério Cruz e Tucci, para quem a hipótese tratada realça, inclusive, a função nomofilática dos tribunais superiores (*Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 187); Eduardo Parente ilustra, ainda, outros exemplos de influência da *common law* no sistema brasileiro, dentro desse espírito de valorização dos precedentes judiciais na realidade processual: (a) extensão de efeitos subjetivos das decisões em demandas coletivas, mediante inspiração no modelo norte-americano das *class actions*; (b) não-julgamento de recursos que afrontem o que se chama de jurisprudência dominante; (c) possibilidade de uma controvérsia particular gerar um processo objetivo com decisão vinculativa que atinge a todos (como no controle concentrado de constitucionalidade); (d) obrigatoriedade de observância da súmula vinculante (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 19).

²⁷⁷Aliás, é no âmbito do controle de constitucionalidade que as decisões dos tribunais superiores têm recebido valor muito próximo ao que elas desfrutam nos países da *common law* (nesse sentido: Débora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 9; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 131).

²⁷⁸Nesse sentido: Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 189; André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 21; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 131; Leonardo Moreira Lima. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. *Direito, Estado e Sociedade*, São Paulo, n. 14, p. 171, jan./jul. 1999.

De outro lado, em razão dessa grande semelhança, a súmula vinculante chega a ser vista por parcela da doutrina como uma transposição equivocada do princípio do *stare decisis* para o direito brasileiro;²⁷⁹ entretanto, outra corrente – com toda a razão, em nosso sentir – reforça a ideia de que existem diferenças a evidenciar que a súmula vinculante estaria adequadamente inserida no cenário jurídico brasileiro.²⁸⁰ As principais distinções apontadas são:

(a) através da súmula vinculante, a obrigatoriedade de observância de seu conteúdo se dá em razão da sucessiva reiteração de decisões em um dado sentido; o instituto obriga os órgãos judiciários e também a administração; já por meio do *stare decisis*, a vinculação não depende da reiteração de uma mesma solução jurídica e os precedentes vinculam apenas os órgãos judiciários hierarquicamente inferiores;²⁸¹

(b) o *quorum* para a aprovação da súmula vinculante é de 2/3 (dois terços) dos membros do STF (CF, art. 103-A, *caput*), enquanto pelo *stare decisis*, a decisão adquire efeito vinculante, desde que aprovada por maioria no tribunal;

(c) há maior rigidez no procedimento de cancelamento da súmula vinculante;²⁸²

(d) ao contrário da súmula vinculante, o *stare decisis* não é instituto típico e exclusivo para o trato de matéria constitucional.²⁸³

Nada obstante tais diferenças e controvérsias à parte sobre a inserção da súmula vinculante em nosso sistema, interessa-nos concluir, para os fins deste trabalho, que tal instituto consagra a tendência de valorização do precedente nos países de *civil law*, ao possibilitar que a solução jurídica de um caso concreto venha a regular futuros casos semelhantes. Nesse contexto, Rodolfo Mancuso sustenta, inclusive, que a jurisprudência

²⁷⁹ Assim pensa Lenio Streck. *O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04)*. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 152-153. Para esse autor, tal transposição é indevida diante da índole *romanística* do nosso sistema (incompatível com as regras do *stare decisis*).

²⁸⁰ Cf. Débora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 79-80; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 131-132.

²⁸¹ É que entende Débora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 80.

²⁸² Para maior detalhamento acerca do procedimento de revisão da súmula vinculante, vide capítulo V.

²⁸³ Nesse sentido, vide Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 131-132; Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 127.

fica alçada à condição de fonte formal do direito brasileiro, colocando nosso país “a meio caminho entre a *common law* e a *civil law*”.²⁸⁴

E a finalizar estas notas comparativas entre a eficácia das decisões do controle concreto e o *stare decisis*, resta verificar se a resolução do Senado Federal tem pontos de convergência com esse instituto do direito estrangeiro.

Nesse particular, há quem defenda a tese de que o *stare decisis* tem alcance menos abrangente que o da deliberação senatorial, ao argumento de que a natureza impositiva daquele princípio da *common law* não obrigaria outros agentes do Estado, apenas o Poder Judiciário – o que não é o caso da resolução do Senado, que a todos obriga.²⁸⁵ Entretanto, de acordo com as características já expostas, é inegável que ambos os institutos têm em comum o fator de generalizarem uma inconstitucionalidade verificada *inter partes*. De certo modo, portanto, é possível concluir que essas figuras também guardam semelhança sob a ótica dos efeitos subjetivos das decisões editadas na via difusa.

4.7. Outros efeitos e discussões

4.7.1. Controle difuso-incidental de constitucionalidade no âmbito do recurso especial

Ainda com relação ao controle de constitucionalidade exercido incidentalmente nos tribunais, não pode deixar de ser registrada a polêmica que se apresenta especificamente sobre as decisões do STJ, no âmbito do recurso especial.

É que embora pouco ou nada se controverta sobre o controle de constitucionalidade nas causas de competência originária do STJ (CF, art. 105, I) ou naquelas em que lhe caiba julgar o recurso ordinário (CF, art. 105, II), dúvidas se apresentam quanto a tal possibilidade no julgamento de *recurso especial*, cujo objeto se

²⁸⁴*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 189 e 365. Sobre o tratamento da súmula vinculante como fonte formal do direito e as consequências que daí resultam, vide item 5.4 do capítulo V.

²⁸⁵Cf. Roger Stiefelmann, *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*, op. cit., p. 68. Vale lembrar que, em sentido divergente, estudiosos do tema apontam ser mais amplo o alcance do *stare decisis* (também atinge entes governamentais); vide, também, Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 111.

restringe a questões infraconstitucionais, não se admitindo o exame de matéria constitucional decidida pelo tribunal inferior (CF, art. 105, III e CPC, art. 542).²⁸⁶

Existe um primeiro entendimento (ao qual aderimos) no sentido de que a fiscalização incidental, na via difusa, é admitida no âmbito do recurso especial, desde que a questão constitucional *não tenha sido apreciada pelo tribunal de origem*²⁸⁷ e *se configure como uma questão prejudicial* (ou seja, se a decisão do litígio reclamar, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade).²⁸⁸

Argumenta-se que se o STJ rejugasse matéria constitucional já resolvida pelo Tribunal *a quo*, ocorreria o seguinte: *ou* este Tribunal Superior usurparia a competência do STF (prevista no art. 102, III da CF) *ou* ressuscitaria matéria preclusa (caso a parte não houvesse interposto recurso extraordinário para atacar a questão constitucional) – situações que contrariam a sistemática processual e constitucional vigente.

Ademais, como o tribunal de origem não decidiu questão constitucional, à parte não é permitido interpor recurso extraordinário (CF, art. 102, III). Assim, se o litigante ingressa apenas com recurso especial (para atacar violação à lei federal) e o julgador do STJ entender que o acórdão recorrido se baseia em norma federal contrária à Constituição, ele, como qualquer outro magistrado, *não pode se esquivar de apreciar a questão de ordem constitucional*.²⁸⁹

A esse modo de pensar, doutrina e jurisprudência acrescentam, ainda, que:

(a) se o sistema constitucional vigente atribui a competência para exame da

²⁸⁶Cf. Andrea Leonardo Coimbra, “a competência deste Tribunal [STJ] divide-se em originária, recursal ordinária e recursal especial. Não há dúvidas de que, no exercício das duas primeiras atribuições o Superior Tribunal de Justiça aplica tanto a legislação infraconstitucional, quanto a constitucional. *A controvérsia cinge-se ao exame do recurso especial*” (*Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, op. cit., p. 90; grifos nossos).

²⁸⁷Nesse sentido: STF, AgRegAI 145589-7-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.06.94); na doutrina, seguem essa linha: Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 88); Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 138; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2008, op. cit., nota 4 ao art. 543, p. 938).

²⁸⁸Perfilham desse entendimento: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 33; Domingos Franciulli Neto, *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, op. cit., p. 176-177; Andrea Leonardo Coimbra, *Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*, op. cit., p. 138; José Augusto Delgado. *O incidente de arguição de inconstitucionalidade da lei tributária no âmbito do recurso especial*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, op. cit., v. 11, p. 159-167.

²⁸⁹Por trás dessa premissa, acentua-se o ensinamento de Lúcio Bittencourt, no sentido de que *os tribunais não devem fugir ao exame da constitucionalidade sempre que for útil ou conveniente para a decisão da causa* (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, op. cit., p. 118).

constitucionalidade da norma a todos órgãos do Poder Judiciário, inclusive aos de menor hierarquia, seria um paradoxo excluir tão apenas o STJ – que, além de tudo, é um Tribunal Superior;²⁹⁰ (b) entender pela impossibilidade de exame da matéria de constitucionalidade, nesses casos, levaria ao paradoxo de obrigar o Judiciário a dar validade ou eficácia a um ato normativo *nulo*;²⁹¹ (c) a arguição de inconstitucionalidade é matéria de ordem pública e, portanto, passível de exame até mesmo *ex officio*.²⁹²

Contudo, existe também a corrente que entende *não ser possível apreciar a arguição de inconstitucionalidade em recurso especial*. Argumenta-se que: (a) o STJ teria uma única função, a de verificar a violação (ou não) da lei federal, não lhe cabendo, pois, examinar a alegação de contrariedade do acórdão à Constituição Federal (que é papel do STF);²⁹³ (b) mesmo que a questão constitucional seja uma questão de ordem pública, o recurso especial possui sistemática diferenciada dos demais recursos, pelo que o exame de tais temas não se insere nos estreitos limites de cognição do especial;²⁹⁴ (c) sendo o recurso especial, historicamente, um desdobramento do recurso extraordinário (para desafogar o volume de trabalho do STF), não faria sentido que a matéria constitucional fosse apreciada em especial e pudesse ser novamente veiculada no extraordinário.²⁹⁵

Para essa última linha doutrinária, haveria uma única exceção à impossibilidade de se exercer o controle concreto no recurso especial: quando a arguição de inconstitucionalidade for para beneficiar o recorrido.²⁹⁶

²⁹⁰Nesse sentido: Carlos Mario da Silva Velloso (O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 638, p. 26, dez. 1988). Domingos Franciulli Neto (Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 175-178). Na jurisprudência: STF, AgRegAI 145589-7-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.06.94; STF, RE 298.694, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.08.2003; STJ, REsp 144.777, Rel. Min. Ademar Maciel, DJU 03.11.97); vale conferir, ainda nesse sentido, os votos de Eliana Calmon, Ruy Rosado de Aguiar e Domingos Franciulli Neto no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 215.881/PR, j. 18.04.2001, bem como o voto de Antonio de Pádua Ribeiro no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 12005-RS, j. 12.02.93.

²⁹¹Domingos Franciulli Neto, Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 178-179.

²⁹²Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 175-178.

²⁹³Cf. voto do Ministro Torreão Braz. STJ, Corte Especial. Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 12005/RS, j. 11.02.93. Andrea Leonardo Coimbra afirma, contudo: “Atualmente não predomina mais a corrente segundo a qual não seria possível, em nenhuma hipótese, apreciar questão constitucional em recurso especial”. Segundo o mencionado autor, referida corrente era liderada pelo Ministro Torreão Braz (Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 102-103).

²⁹⁴Cf. Leonardo Castanho Mendes, *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*, op. cit., p. 246.

²⁹⁵*O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*, op. cit., p. 247-248.

²⁹⁶Nesse sentido, Leonardo Castanho Mendes, *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*, op. cit., p. 221-227 e 248-249. Consoante opina Andrea Leonardo Cunha, essa é a única hipótese em que o STJ poderia analisar matéria constitucional que também foi apreciada pelo Tribunal local (Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 138).

Tal linha de entendimento se pauta na seguinte situação: um recorrente ingressa com o especial, alegando violação de uma dada lei federal; se o STJ verificar que é inconstitucional a lei abordada no recurso, tal Tribunal Superior não pode desconsiderar tal situação, pois o recorrido seria fortemente prejudicado com a circunstância de que não pôde recorrer contra o acórdão de segunda instância (até porque o recorrido ali se sagrou vencedor e não teria interesse recursal), bem como não teria êxito no STF se ingressasse com recurso extraordinário (contra o acórdão do STJ, que proclamou a inconstitucionalidade), pelo óbice do prequestionamento. Por isso, o recorrido teria interesse de o STJ apreciar a questão constitucional no plano do recurso especial.²⁹⁷

Domingos Franciulli Neto, com toda a razão, combate com veemência essa corrente, inclusive em âmbito acadêmico. Para o ilustre Ministro, entender pelo cabimento da arguição de inconstitucionalidade *apenas* quando for para beneficiar o recorrido: (a) abriria as portas para uma incoerência processual, qual seja, a de obrigar o julgador do STJ fazer um exame profundo do mérito, a fim de saber se a inconstitucionalidade beneficiaria o recorrido, para depois se voltar ao incidente; (b) violaria o princípio da isonomia entre os litigantes, porque não existe norma legal impondo tal distinção; (c) permitiria a aplicação consciente de normas inválidas ao caso concreto, desatendendo a preceito de ordem pública, sendo irrelevante quem se beneficia – ou não – da declaração de inconstitucionalidade.²⁹⁸

Sobre a polêmica, indaga-se sobre a matéria constitucional objeto do incidente de constitucionalidade no recurso especial necessitar – ou não – de prequestionamento. Domingos Franciulli Neto afirma categoricamente que *não*, pois conquanto as questões de ordem pública estejam sujeitas ao prequestionamento (como por exemplo, as condições da ação e as nulidades processuais), a discussão sobre a constitucionalidade de uma norma é questão de ordem pública que se diferencia das demais em razão da natureza do tema enfrentado (que é a supremacia e a defesa da

²⁹⁷STJ, Corte Especial. Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 215.881/PR, j. 18.04.2001. Essas idéias foram colocadas pelo Ministro Nilson Naves e foi a posição que prevaleceu no julgamento. Acompanharam o Ministro Nilson Naves os Ministros Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Sálvio Teixeira, Barros Monteiro, Helio Mosimann, Humberto Gomes de Barros, César Asfor Rocha, José Augusto Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves e Felix Fischer. Em sentido oposto, acompanhando o voto do Ministro Franciulli Neto, estavam os Ministros Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, Ruy Rosado de Aguiar e Eliana Calmon.

²⁹⁸Arguição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., especialmente p. 185-186.

Constituição), de modo que a matéria é apreciável *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não ficando o incidente a depender do prequestionamento.²⁹⁹

Seguindo essa corrente, Andrea Coimbra ressalva que a desnecessidade do prequestionamento diria respeito apenas à *inconstitucionalidade* da lei violada pelo acórdão recorrido, ou seja, a própria norma federal que o recorrente entende ter sido vulnerada está sujeita ao prequestionamento.³⁰⁰

Seja como for, superado o obstáculo de que é possível exercer o controle incidental de constitucionalidade em sede de recurso especial, interessa-nos, para os fins do presente trabalho, que o referido pronunciamento judicial do STJ se reveste de uma eficácia *persuasiva* ou *paradigmática*.

Com efeito, como uma das funções contemporâneas dos tribunais Superiores é *uniformizar* o entendimento da Constituição Federal e da lei federal no país,³⁰¹ toda decisão emanada por esses órgãos judiciais de Cúpula (como o STF, STJ, TST) ainda que em casos individuais, projeta o entendimento daquele tribunal sobre determinada matéria para além do caso concreto, atuando como um *paradigma* para casos idênticos futuros.³⁰²

Assim, pela denominada eficácia *persuasiva* ou *paradigmática* das decisões do STJ (inclusive quando este último proclama, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade

²⁹⁹Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., especialmente p. 182, 186 e 188. Abordando o tema, Rodolfo Mancuso afirma que o prequestionamento é inexigível com relação às matérias de ordem pública, eis que não precluem, são suscetíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive, *ex officio*. Ademais, tal solução prestigiaria a lógica processual e a ordem jurídica justa (*Recurso extraordinário e recurso especial*, op. cit., p. 289). Consoante estudo de Clara Azzoni, não há consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de apreciação das matérias de ordem pública (de uma maneira geral) por meio dos recursos especial e extraordinário (*Efeitos do recurso especial e extraordinário*, op. cit., especialmente, itens 2.2.6, 4.1.9 e 4.2, passim).

³⁰⁰Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 134-135. A propósito, o autor realiza a seguinte sistematização sobre as opiniões existentes acerca do assunto: “I) Acórdão recorrido não aprecia a matéria constitucional: é possível ao Superior Tribunal de Justiça analisar a constitucionalidade de lei que deva aplicar ao caso concreto. II) Acórdão recorrido aprecia matéria constitucional: a) Interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário: Se o mesmo litigante resta vencido na questão constitucional e na infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça não pode apreciar a constitucionalidade da lei que deverá aplicar, pois a competência é do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário [...] b) Interposição única de recurso especial: b.1) se o mesmo litigante resta vencido na questão constitucional e na infraconstitucional, é inviável a interposição de recurso extraordinário. Incide o enunciado nº 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça..b.2) se o mesmo litigante foi vencedor na questão infraconstitucional e vencido na questão constitucional, é inviável a interposição do recurso extraordinário. É possível ao Superior Tribunal de Justiça analisar a questão da constitucionalidade da lei a ser aplicada ao caso, sob pena de se negar ao litigante acesso à justiça” (Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial, op. cit., p. 122).

³⁰¹Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 266, 277-278.

³⁰²Cf. Nelson Nery Junior, Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 78.

de uma norma), emana-se orientação que opera uma *força* não propriamente coercitiva, mas que *influi* na livre convicção do juiz em outros processos (CPC, art. 131), sem obrigá-lo, contudo, a perfilhar a tese assentada.³⁰³

A despeito de não existir um fundamento legal expresso a embasar o raciocínio acima exposto, tal fenômeno se dá diante do prestígio e da autoridade que os Tribunais de Cúpula do país exercem sobre as demais instâncias e sobre a sociedade³⁰⁴ e também porque “nosso sistema não pode conviver com tamanho desvio das decisões provindas das mais altas Cortes do país”.³⁰⁵

4.7.2. Efeito Uniformizador e Preventivo Geral

Verifica-se nas decisões do controle de constitucionalidade o denominado *efeito uniformizador* da jurisprudência, na medida em que tais pronunciamentos atribuem às mesmas situações de direito material idêntica resolução jurídica (com consequente pacificação social).³⁰⁶

Através de uma resposta judiciária *unitária* sobre a constitucionalidade de um ato normativo corrige-se a divergência jurisprudencial e com isso se previne o ajuizamento de inúmeras ações individuais. A partir dessa ordem de ideias, afirma-se que as decisões do controle de constitucionalidade também projetam um *efeito preventivo geral*, oferecendo aos jurisdicionados um mínimo de *previsibilidade* e igualdade de tratamento.³⁰⁷

Os efeitos processuais acima apontados³⁰⁸ são constatados de maneira acentuada no controle abstrato-principal, devido à eficácia *erga omnes* e vinculante das

³⁰³Em sentido semelhante, vide Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 331 e 375.

³⁰⁴Nesse sentido, ressaltando o caráter paradigmático das decisões do STJ, Arruda Alvim afirma “conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, normalmente circunscrita às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda” (A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância de questões. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 38, out./dez. 1999).

³⁰⁵Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 277-278.

³⁰⁶Cf. Eduardo Parente, *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 88.

³⁰⁷Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 412.

³⁰⁸Tais efeitos se enquadram doutrinariamente como *indiretos*, *reflexos* ou *paralelos* porque decorrem como objetivos secundários – e não principal – da decisão judicial. Nesse sentido: Eduardo Parente, *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 85; Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 405.

decisões judiciais editadas naquela sede. Entretanto, “algo semelhante se passa também no âmbito do controle difuso ou incidental”³⁰⁹.

Nesse particular, Rodolfo Mancuso sustenta a irradiação daqueles efeitos em razão da: (a) manifestação do Senado Federal (CF, art. 52, X) que confere eficácia erga omnes às decisões do controle difuso-incidental; (b) possível projeção *ultra partes* da *eficácia natural* do julgado editado no âmbito do controle difuso; (c) da natureza *unitária* que ostenta um pronunciamento sobre matéria constitucional, mesmo em sede de controle concreto,³¹⁰ a qual é incompatível com múltiplas e contraditórias interpretações.

Sem embargo do que acima foi exposto, e ainda a evidenciar a compatibilidade do efeito *uniformizador* com a fiscalização difuso-incidental, é consagrada a lição de que os recursos extraordinário e especial (instrumentos daquela modalidade de controle de constitucionalidade) se notabilizam por apresentar função *nomofilática* e função *uniformizadora da jurisprudência*,³¹¹ as quais fazem prevalecer, no caso concreto, a exegese estabelecida pelos Tribunais Superiores, a fim de assegurar a igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

Mas não são apenas as decisões dos órgãos de cúpula do Judiciário que irradiam efeitos uniformizadores, pelo exercício do controle concreto de constitucionalidade. É igualmente conhecida na doutrina processual a lição de que as vias recursais ordinárias também podem apresentar o escopo (ainda que secundário) de prestigiar a jurisprudência e eliminar a divergência de entendimentos.³¹² Por conseguinte, os efeitos uniformizadores ora tratados podem se operar por meio de decisões proferidas pelos diversos tribunais do país no julgamento dos recursos “ordinários”. Entretanto, a propagação de tais efeitos fica, em princípio, circunscrita às partes, atuando com força meramente persuasiva com relação aos demais órgãos judiciários.³¹³

³⁰⁹Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 405.

³¹⁰Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., especialmente p. 405, 410, 412.

³¹¹A propósito, na lição de José Rogério Cruz e Tucci: “Os recursos extraordinário e especial visam precipuamente à assecuração da segurança jurídica, resguardando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a *uniformidade de interpretação da Constituição* e das leis federais; apenas remota e indiretamente prestam-se à tutela do direito subjetivo do litigante” (*Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 266; o último destaque é nosso). Vide, ainda, o escólio de Piero Calamandrei, que explorou com profundidade a função *nomofilática* do recurso de cassação e sua relação com a função *uniformizadora* (*La cassazione civile*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Ed., 1976, v. 7, p. 75 e ss).

³¹²Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 268.

³¹³Nesse sentido, Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 39-40.

De mais a mais, sobreleva a importância da jurisprudência uniformizada (notadamente dos Tribunais Superiores) em sede de controle difuso, visto que a partir dela: (i) há até possibilidade de o relator julgar sozinho, considerando o conteúdo desses precedentes (como preveem, por exemplo, as hipóteses do art. 557, caput e 557, §1º-A; 120, parágrafo único do CPC); (ii) é possível dispensar a deliberação plenária sobre matéria constitucional (481, parágrafo único; 543-A, §5º do CPC); assim como é possível (iii) dispensar o reexame necessário caso a sentença seja conforme jurisprudência dominante do plenário do STF (art. 475, §3º do CPC).³¹⁴

4.7.3. Efeitos do controle difuso-incidental exercido nas ações coletivas

Nas ações coletivas, o regime geral dos limites subjetivos da coisa julgada estipula extensão *erga omnes* ou *ultra partes*.³¹⁵

Com isso, parcela da doutrina prega a inidoneidade dessas demandas como meio de se exercer o controle difuso-incidental de constitucionalidade, já que projetando efeitos *gerais*, tais ações coletivas acabariam funcionando como instrumento de fiscalização abstrata, usurpando a competência exclusiva do STF em relação a esta modalidade de controle.

Segundo este modo de pensar, uma simples decisão de constitucionalidade em sede de ação coletiva, ainda que editada em caráter prejudicial, retiraria o efeito útil da lei, pois à semelhança das ações do controle concentrado, a demanda coletiva atuaria como uma espécie de *processo objetivo* (sem partes e voltado à tutela do interesse público), trazendo como decorrência a fiscalização abstrata da lei – só que exercida por juízes de

³¹⁴Todas essas regras, segundo Eduardo Parente, contemplam “uma aplicação prática, em um segundo plano, dos ideais de uniformização” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 76). Ainda sobre as regras processuais de valorização da jurisprudência, inclusive sob a ótica da uniformização, vide José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 259-265; quanto à incerteza da locução “jurisprudência dominante”, vide a mesma obra, p. 18.

³¹⁵Vide art. 103 do CDC. A propósito, com precisa sistematização acerca da orientação contida em referido dispositivo legal, José Rogério Cruz e Tucci aponta: “a) tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada tem extensão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova (...); b) tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada estende-se *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica base), excetuando-se igualmente a improcedência do pedido; c) tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente” Também disciplinam os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas o artigo 16 da Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) e o próprio art. 472 do CPC (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., especialmente p. 314-315).

instâncias ordinárias. Assim, haveria uma absorção de funções que a CF quis atribuir exclusivamente ao STF³¹⁶ ou, ainda, uma conversão “oblíqua e indevida” do controle concreto em controle abstrato.³¹⁷

A nossa Corte Suprema tem entendimentos variados acerca do tema,³¹⁸ mas recentemente reforçou a ideia de admitir – sem restrições quanto ao interesse tutelado (se coletivos, difusos ou individuais homogêneos) – a utilização das ações coletivas como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade.³¹⁹ E tem toda razão.

Se a declaração de inconstitucionalidade é veiculada incidentalmente, ela se submete ao regime das questões prejudiciais (CPC, art. 469, III) e, portanto, integra a *motivação* do julgado. Não há, então, nenhuma especialidade no fato de que a sentença coletiva seja acobertada de coisa julgada com expansão *erga omnes* ou *ultra partes*, eis que esta, como em todo o processo, *não abrange os fundamentos* do decisório. Ou seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade no controle concreto não transita materialmente em julgado, *fica restrito às partes* e a norma não é excluída do ordenamento jurídico. Consequentemente, não colhem as alegações de que a ação coletiva faria as vezes de uma ação de controle abstrato, desvirtuando as regras próprias dessa modalidade ou que as instâncias inferiores, no julgamento da demanda de índole coletiva, invadiriam a competência do STF.

A propósito, acertada – e sempre elucidativa – é a explicação de Ada Pellegrini Grinover: “A questão da constitucionalidade, tanto numa ação coletiva como na

³¹⁶Gilmar Mendes. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: WALD, Arnaldo (Coord.). Aspectos polêmicos da ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161-165. O autor explica: “Não se trataria de discussão sobre a aplicação da lei ao caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma”. Em sentido semelhante, também se opõem ao exercício do controle incidental na ação civil pública: Arnaldo Wald. Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 329, jan./mar. 1995, especialmente p. 7-10; José dos Santos Carvalho Filho. Ação civil pública e declaração incidental de inconstitucionalidade. *ADCOAS Informações Jurídicas e Empresariais*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 315, ago. 1998; Arruda Alvim. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 490-491.

³¹⁷Cf. José dos Santos Carvalho Filho. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 75.

³¹⁸É como critica Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 107-110. Inicialmente, o STF entendia que a ação coletiva não poderia realizar o exame incidental da norma, mas esse posicionamento está em declínio. Sobre um elenco pormenorizado de julgados que mostram a evolução de pensamento do STF e do STJ acerca do tema, vide o trabalho de Camilo Zufelato. *Coisa julgada coletiva*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, especialmente p. 431-447.

³¹⁹Rcl. 2224, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.02.06.

individual, é colocada como questão prejudicial, a ser enfrentada pelo juiz antes do julgamento da causa, e não faz coisa julgada nem mesmo entre as partes. O que faz coisa julgada é exclusivamente o julgamento da questão principal, e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia *inter partes* ou *erga omnes*”.³²⁰

E não apenas isso: a aferição incidental da constitucionalidade de uma norma em uma ação coletiva não subtrai do STF a possibilidade de fiscalizar esse mesmo ato normativo, seja porque o julgamento feito pelas instâncias inferiores pode passar pelo crivo de nossa Corte Suprema (via recurso extraordinário),³²¹ seja porque tal decisório não obsta a apreciação, na via abstrata, da mesma norma anteriormente examinada (eis que, vale frisar, não se forma coisa julgada material sobre o exame incidental da lei).

Além disso, entendemos que as ações coletivas não se caracterizam como típico processo objetivo do controle de normas.³²² Ainda que as suas sentenças se voltem para a tutela de interesses que são da coletividade e irradiem, por isso, uma eficácia geral, nessas demandas *existem* partes que, mesmo não-individuais, buscam um bem da vida *específico* a ser tutelado, com uma *situação fática concreta* subjacente a ser examinada.³²³ Ou seja, o quadro é bem distinto do processo em que o STF exerce o controle abstrato de normas – em que *não* se obtém um provimento de *efeitos concretos sobre uma dada relação* jurídica levada a julgamento, mas apenas a declaração sobre a compatibilidade – ou não – da lei em face da CF.³²⁴

Como se vê, as ações de natureza coletiva têm escopo diverso dos mecanismos processuais de controle concentrado e também por essa ótica se pode afirmar

³²⁰ *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*, op. cit., p. 182. Em sentido semelhante, também se pronunciam: Ricardo de Barros Leonel. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 402; André Ramos Tavares, Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, op. cit., p. 113; Nelson Nery Junior e Rosa Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, nota 7 ao art. 1º da Lei 7347/1985, p. 815; Teori Zavascki. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 252; Camilo Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, op. cit., p. 440, dentre outros. A respeito da causa de pedir da ação coletiva e sua repercussão sobre a coisa julgada, vide os apontamentos teóricos de Rodolfo Mancuso. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 229-230; 450 e ss.

³²¹ A propósito, vide STJ, AgR-REsp 628396-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 28.09.2004.

³²² Sobre as características e maiores detalhamentos acerca do processo objetivo e dos principais mecanismos do controle abstrato, remetemos o leitor às nossas considerações constantes do item 6.1.2.

³²³ Nesse sentido, vale conferir o escólio de Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 398-399.

³²⁴ Vale destacar, a esse respeito, o preciso paralelo traçado por Nelson Nery Junior e Rosa Nery sobre o objeto da ação civil pública e o da ação direta de inconstitucionalidade: “o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC e a LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei, enquanto o pedido da ADIN é a própria declaração de inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIN” (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., p. 815).

que o exercício do controle incidental realizado na demanda coletiva não significa que esta via seja utilizada como substituta dos mecanismos processuais do controle abstrato.³²⁵

Nesse contexto, cumpre destacar que o Anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo brasileiro desautoriza, em seu art. 4º, parágrafo único, qualquer tentativa de inviabilizar a fiscalização difusa e incidental de normas nas ações coletivas: “A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso”.³²⁶

De outra parte, mas muito embora não se trate de situação corriqueira, é forçoso reconhecer que os efeitos de uma decisão de ação coletiva, na prática, podem eventualmente coincidir com a declaração de inconstitucionalidade *erga omnes* proveniente de uma ação de controle abstrato. “Seria o caso, por exemplo, de uma ação promovida pelo Ministério Público contra a União, postulando que a demandada se abstenha de lançar determinado produto, ao fundamento de que é inconstitucional a lei que o criou. Embora a inconstitucionalidade esteja colocada como fundamento do pedido, a eventual sentença de procedência, porque beneficiaria a todos os possíveis destinatários da norma, presentes e futuros, acabaria tendo eficácia subjetiva e objetiva idêntica à da sentença em ação de controle abstrato”.³²⁷

Essa equivalência de resultados práticos surge, na verdade, como sintoma da ampliação das formas de acesso à justiça em nosso país, inclusive por meio do sistema processual coletivo.³²⁸ Assim, não permitir o ajuizamento da ação coletiva, por uma alegada proximidade ou identidade de efeitos, representaria violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) – conclusão esta que se reforça com o fato de que as medidas concretas postuladas em uma demanda de índole coletiva não poderiam ser alcançadas nas ações de controle abstrato de normas.

³²⁵Teori Zavascki também chega a essa conclusão e a aponta que justamente por terem objetivos distintos (as vias principais do controle de normas e as demandas coletivas) é que a ação popular e o mandado de segurança coletivo – espécies de ação coletiva que seriam – não podem atacar a lei em tese; assim, “a súmula que inibe a impetração de mandado de segurança individual contra a lei em tese (Súmula 266 do STF) tem inteira aplicação ao mandado de segurança coletivo” (*Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, op. cit., p. 257).

³²⁶Na exposição de motivos consta, ainda, que: “A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade.” O conteúdo desse anteprojeto é disponibilizado no *site* oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual: ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>>. Acesso em: 17 maio 2009.

³²⁷Teori Zavascki, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, op. cit., p. 253.

³²⁸Cf. Camilo Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, op. cit., p. 437.

De toda maneira, a apontada proximidade de efeitos, mesmo na prática, não é tão estreita quanto se coloca. Em primeiro lugar, sob a ótica da norma examinada, vê-se que ao contrário do que se dá nas vias principais do controle de normas, a lei declarada inconstitucional na ação coletiva continuará válida e poderá ser questionada em demandas futuras (até mesmo nas ações de controle abstrato). Em segundo lugar, o alcance desses efeitos pode ser mais restrito nas demandas de natureza coletiva, pois nesta sede apenas certos atos jurídicos poderão ser atingidos com a decisão *erga omnes*: aqueles submetidos à relação jurídica supra individual discutida no processo.³²⁹ Por esses motivos, o STJ já concluiu ser “insubsistente a tese de que a sistemática [da ação civil pública] teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade”.³³⁰

Vale anotar, também, a existência de julgados admitindo o exercício do controle incidental em ações coletivas apenas quando for possível delimitar o grupo de beneficiados do julgado; o raciocínio seria o seguinte: se os efeitos do provimento forem amplos a ponto de se igualarem com aqueles provenientes de uma ação de controle abstrato, não seria admissível a demanda de natureza coletiva.³³¹ Entretanto, como já mencionado, é indiferente a extensão dos efeitos subjetivos da decisão, pois a declaração incidental de inconstitucionalidade não é abrangida por tal eficácia. Não merece subsistir, pois, tal distinção encontrada em alguns arestos.³³²

Ainda em prol da possibilidade de se realizar a fiscalização difusa nas ações coletivas, doutrinadores³³³ indicam algumas espécies de preceitos normativos que são insuscetíveis de exame em ações do controle abstrato, mas que poderiam ter a constitucionalidade aferida incidentalmente na ação civil pública,³³⁴ nessa hipótese, afirma-se que mesmo projetando efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, a sentença não pode ser taxada de “usurpadora” da competência do STF, já que o tema da inconstitucionalidade

³²⁹Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 400-402.

³³⁰REsp 305.150-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.05.2005.

³³¹AgR-REsp nº 620.615-DF, Rel. para o acórdão Min. Teori Zavascki, DJ 02.08.2004. A propósito, André Ramos Tavares cita outros arestos nessa linha (Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, op. cit., p. 123)

³³²Apresentando crítica semelhante, vide Camilo Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, op. cit., p. 438; e André Ramos Tavares, Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, op. cit., p. 121.

³³³Teori Zavascki, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, op. cit., p. 254; Ricardo Leonel, *Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 403; e André Ramos Tavares, Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, op. cit., p. 120-121.

³³⁴Como por exemplo, normas pré-constitucionais e normas de efeitos concretos. A esse respeito, aliás, remetemos o leitor às nossas considerações do item 6.1.

não poderia ser levado a julgamento por meio de alguma via processual do controle abstrato.³³⁵

Mas não se pode deixar de registrar, ainda, um último complicador apontado por aqueles que não admitem o controle de constitucionalidade nas ações coletivas: um possível *conflito prático* de decisões, no sentido de que a análise da lei na demanda de natureza coletiva poderia contrariar julgado do STF a respeito de um mesmo ato normativo.³³⁶

Todavia, “não há motivo para alarde”, na feliz expressão de Ricardo Leonel.³³⁷ Em se tratando de matéria de índole constitucional, há grande probabilidade de reexame do tema pelo STF em sede de recurso extraordinário, eliminando-se eventuais divergências sobre a questão. Além do mais, como o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento, tal decisão não interfere ou inviabiliza outra (ainda que em sentido oposto). Mais ainda: na hipótese de uma superveniente decisão do STF (oriunda da via abstrata) em sentido contrário a uma pré-existente sentença coletiva, o choque de posições pode até gerar um inconveniente – mas que é próprio dos sistemas que adotam a coexistência dos modelos difuso e concentrado, e não exatamente da ação coletiva.³³⁸

Sem embargo de tudo o que acima se expôs, a situação é bem diferente quando a questão da constitucionalidade figura como pedido (e não como causa de pedir) da ação coletiva.

Aí sim, eventual declaração de inconstitucionalidade projetaria efeitos *erga omnes*, de forma semelhante às ações do controle direto, já que a ação coletiva objetivaria a análise de uma norma jurídica em abstrato (isto é, sem se conectar a uma situação fática concreta), rendendo ensejo a uma decisão que transitaria em julgado com eficácia subjetiva expandida. Tal situação sim, subverte o sistema de controle de constitucionalidade

³³⁵Vale registrar que mesmo a ADPF (uma das vias do controle abstrato que pode ter por objeto normas pré-constitucionais e normas de efeito concreto) não seria cabível na hipótese, devido ao seu caráter subsidiário previsto no art. 4º, §1º da Lei 9.882/99; ou seja, havendo outro meio processual para sanar a lesividade (como, na hipótese, a ação civil pública), a ADPF não é admitida. Vide, a respeito, item 6.1.1.

³³⁶Arruda Alvim. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 491.

³³⁷*Manual do processo coletivo*, op. cit., p. 404.

³³⁸Também pensa assim André Ramos Tavares, *Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas*, op. cit., p. 119-120.

brasileiro, que não tolera a combinação de métodos abstrato e difuso; não é possível utilizar a ação coletiva com esse escopo.³³⁹

O cerne da temática aqui estudada parece residir no conteúdo do *pedido* e da causa de pedir da ação coletiva. E nesse particular, como bem observa Arruda Alvim, há que se atentar para as situações em que há um *esforço dissimulatório* do requerente que, a despeito de deduzir pretensão *incidenter tantum*, não persegue um bem jurídico concreto e visa tão apenas à declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo.³⁴⁰ Nessa esteira, “em nada importará o *nomen iuris* ‘ação civil pública’ se, em realidade pretende-se encobrir ou escamotear uma ação de controle abstrato da constitucionalidade”.³⁴¹

Em suma: a ação de índole coletiva é mecanismo idôneo para o exercício do controle de constitucionalidade, desde que feito incidentalmente e conectado a uma situação fática concreta.

4.7.4. Efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade por omissão

Nossa Carta Constitucional prevê dois tipos de remédios para coibir o problema da inconstitucionalidade omissiva do Poder Público: o mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º).³⁴² Enquanto o *writ* se destina ao controle *incidental* da omissão legislativa, esta última é mecanismo de controle abstrato – de sorte que os efeitos de sua decisão serão abordados em item pertinente ao assunto (capítulo VI). Assim, nos limites e para os fins deste trabalho, a presente abordagem se volta para o mandado de injunção.

³³⁹A doutrina é praticamente unânime quanto a essa impossibilidade, variando em pequeno grau os fundamentos desse modo de pensar. Dentre outros, confirmam-se os apontamentos de Ada Pellegrini Grinover, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*, op. cit., p. 182; Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 279, 286-292; André Ramos Tavares, *Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas*, op. cit., p. 115; Arruda Alvim, *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 490-491. Sobre as possíveis combinações de técnicas de controle de constitucionalidade em nosso país, vide nossos comentários no capítulo II, item 2.3.1.

³⁴⁰*A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 491.

³⁴¹André Ramos Tavares, *Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas*, op. cit., p. 119.

³⁴²Cabe aqui uma ressalva: como será tratado no capítulo VI, o STF já reconheceu a possibilidade de haver, excepcionalmente, controle abstrato da omissão inconstitucional também por arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), caso não haja outro meio eficaz de sanar lesividade omissiva.

Predominantemente visto como um meio processual que possibilita o exercício de um direito constitucional inviabilizado pela falta de uma norma regulamentadora, o instituto ora tratado é gerador de polêmicas e discussões tormentosas desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro,³⁴³ com algumas delas sendo contornadas pela jurisprudência³⁴⁴ e outras se mantendo vivas até os dias atuais.³⁴⁵

Precisamente com referência aos *efeitos* do provimento judicial desse instrumento, também não há uniformidade de posições. Contudo, a partir da natureza jurídica da decisão ali editada, é possível categorizar duas principais ordens de ideias apresentadas na doutrina e na jurisprudência:

(a) a tese segundo a qual o provimento do mandado de injunção teria natureza predominantemente *declaratória* (da inconstitucionalidade omissiva), dela dando ciência ao órgão inerte, para que adote as providências cabíveis.³⁴⁶ Em evolução a este modo de pensar, o STF já chegou a fixar prazo para a autoridade competente suprir o vazio normativo, sob pena do impetrante passar a ter direito de indenização³⁴⁷ ou de se atribuir

³⁴³Dentre muitas outras, destacam-se polêmicas sobre: (i) as origens do instituto (que remontariam ao direito anglo-saxão, com o *writ of injunction*; ou com o instituto previsto no art. 283 da Constituição Portuguesa; ou, por fim, com o *Verfassungsbeschwerde*, do direito alemão); (ii) o tipo de omissão que dá ensejo à impetração do mandado de injunção; (iii) a finalidade do instituto e o conteúdo da sentença; (iv) a necessidade – ou não – de se regulamentar o instituto por lei infraconstitucional. Hoje, sem regramento específico, o mandado de injunção segue a disciplina processual do mandado de segurança, consoante determinação do art. 24 da Lei 8.030/90. Para maiores detalhamentos sobre tais discussões, vale consultar, dentre outros, Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury Chadad. *Mandado de injunção: desafios e perspectivas*. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na Constituição*, op. cit., p. 410-415; e Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 294-295.

³⁴⁴Por exemplo, não será cabível o *writ* quando a norma constitucional for auto-aplicável (STF, MI 363-7-RJ-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 08.10.1991); ou para fazer cumprir lei já existente (STF, MI 15-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1990). Os exemplos são lembrados por Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 119.

³⁴⁵A doutrina ainda reclama, por exemplo, a necessidade de se criar norma infraconstitucional específica para o procedimento do mandado de injunção. Também não cessaram as discussões quanto ao conteúdo da sentença (se é possível colmatar o vazio normativo ou se pode ordenar ao legislador que o faça, etc.). Nesse sentido, vide Elaine Harzheim Macedo. *O mandado de Injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma?* In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*, op. cit., p. 740.

³⁴⁶Nesse sentido, apontando que tal posição é empregada por “diversos doutrinadores nacionais”, vide ensaio de Clóvis Fedrizzi Rodrigues. *Mandado de Injunção: de autêntico remédio constitucional à condição de ‘sino sem badalo’*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 131, p. 121, jan 2006; também registram a existência de apontamentos doutrinários nesse sentido (mas sem concordar com esse entendimento): Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 126; Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 294; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 124; na jurisprudência do STF, confira-se MI 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.07.1990.

³⁴⁷MI 283-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI 284-DF, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992; MI 447-1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.07.1994. A solução de estipular prazo para o legislador remover o estado omissivo seria de inspiração germânica, segundo aponta Moreira Alves no voto MIQO 107-DF (RTJ 133/37). No mesmo sentido, vide Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 85.

eficácia plena à norma constitucional;³⁴⁸ nesses casos, pontuou nossa Suprema Corte que o capítulo da sentença direcionado ao órgão público omissivo seria revestido de caráter *mandamental*;³⁴⁹

(b) o entendimento pelo qual a procedência do pedido do *writ* rende ensejo a uma decisão de natureza *constitutiva*, tendo o efeito de *suprir* a lacuna legislativa no caso concreto, cabendo ao órgão judicial dispor sobre a situação fática ou jurídica abusivamente não-disciplinada pelos órgãos públicos. A partir desse contexto, a corrente se desdobra entre: (b.1) os que sustentam ser possível dotar o decisório de eficácia *erga omnes*, estendendo a disciplina normativa ali criada a todos os casos que guardem similitude;³⁵⁰ (b.2) aqueles que defendem uma irradiação de efeitos *inter partes* da solução normativa contida na decisão, admitindo, ainda, possibilidade de o julgador também emitir provimentos assecuratórios dessa disciplina normativa ou do direito tutelado (como, por exemplo, uma *ordem* de fazer ou não fazer, a *condenação* a alguma prestação, a *declaração* de um ato nulo, etc).³⁵¹

Não concordamos com o posicionamento consignado no tópico “(a)” acima, que, aliás, por um bom tempo contava com o beneplácito do STF.

³⁴⁸MI 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

³⁴⁹MI 284-DF, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ26.06.1992. Na doutrina, Hely Lopes Meirelles já adotava posicionamento similar (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, op. cit., p. 144).

³⁵⁰Os ministros do STF têm se pronunciado nesses termos em recentes pronunciamentos: “(...) esta Corte passou a promover significativas alterações neste instituto, conferindo-lhe, assim, conformação mais ampla, para dotá-lo de efeito *erga omnes*. Nesse sentido é que se asseverou, naqueles julgamentos, uma sinalização para uma nova compreensão deste instituto e a admissão de uma solução 'normativa' para a decisão judicial. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos referidos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão dos interesses jurídicos de seus impetrantes, mas também estenderem os seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude e demandem a aplicação daquele esquema provisório de regulação do exercício do direito” (Recl 6200-MC RN, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.01.2009). São apontados como paradigma desse novo entendimento os votos expressos no MI 712-PA e no MI 670-ES (que ainda não foram definitivamente julgados, de acordo com o *site* do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 maio 2009).

³⁵¹Nesse sentido, vide: José Carlos Barbosa Moreira. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 110, out./dez. 1989; Celso Agrícola Barbi. *Mandado de injunção*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 391; Sérgio Bermudes. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, abr. 1989; Humberto Theodoro Júnior. *Mandado de injunção*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 423 e ss; Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 294-295; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 124; Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury Chadad, *Mandado de injunção: desafios e perspectivas*, op. cit., p. 415; Rodrigo Mazzei. *Mandado de injunção*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008, p. 265; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 144-145, dentre outros.

O ponto de partida desse entendimento era o de que o Judiciário não poderia subtrair do legislador o papel de criar normas, sendo o mandado de injunção equiparável a uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão; por conseguinte, o decreto de procedência do *writ* não poderia ir além da mera comunicação da inércia legislativa ao órgão omissor.³⁵² Em crítica, Barbosa Moreira assevera que tal posicionamento “*reduz a inovação a um sino sem badalo*. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.”³⁵³ Efetivamente, não parece fazer sentido a premissa de que a Constituição tenha criado dois institutos com idêntica finalidade. A tarefa de colmatar a omissão legislativa, pela via do mandado de injunção, volta-se para a garantia da efetividade de direitos *subjettivos* e não simplesmente para integrar a ordem jurídica lacunosa (esse escopo, como será visto no próximo capítulo, é da ação direta de inconstitucionalidade por omissão).³⁵⁴

Censuras de ordem processual também se apresentam. Reivindicar ao órgão competente a elaboração da norma faltante (se é que tal providência é cabível em sede do *writ*) não parece revestir o comando judicial de natureza meramente declaratória, mas sim, de uma eficácia predominantemente *constitutiva*, já que a decisão, *nesta hipótese*, não traz apenas um mero reconhecimento do estado de inércia legislativa, mas também constitui em mora o legislador inerte. Não há que se falar nem mesmo num provimento exclusivamente mandamental existente nessa situação; tal possibilidade residiria apenas no capítulo do decisório que contemplasse a emissão de ordem para o órgão omissor, impondo medidas tendentes a compelir o agente a elaborar a norma.³⁵⁵

Afigura-nos correta, pois, a posição “(b.2)” retro. O provimento do *writ* é predominantemente *constitutivo* – componente este, que se verifica no plano da *criação da solução normativa* para o caso concreto, *modificando* a situação jurídica anterior. Com efeito, o mero reconhecimento incidental da omissão, apenas por si, não garante o exercício do direito fundamental do impetrante, que foi paralisado pela ausência da norma; para tornar viável o gozo desse direito, cabe ao Judiciário colmatar a lacuna, formulando

³⁵²Vide MI 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.07.90, precedente do STF apontado pela quase unanimidade de estudiosos do assunto como *leading case* na matéria.

³⁵³S.O.S. para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, 11 set. 1990. 1º Caderno, p. 11; destacamos.

³⁵⁴A doutrina constitucional aponta fartas objeções nesse sentido; a propósito, vide Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury Chadad, *Mandado de injunção: desafios e perspectivas*, op. cit., p. 419; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 126; e Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 125 e ss.

³⁵⁵Aparentemente de acordo, vide Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 296. Sobre características do provimento mandamental, vide nossos comentários no capítulo anterior.

uma disciplina para prover o *caso concreto*, nada impedindo até mesmo que nesse mesmo pronunciamento adote expedientes de conteúdo declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo (*lato sensu*) para resolver a situação concreta levada a julgamento.³⁵⁶ A decisão, assim, deve irradiar efeitos *inter partes*.

Tal ordem de considerações é a que se revela mais consentânea ao objeto do mandado de injunção, que é a tutela do direito *subjutivo* do impetrante e não da ordem jurídica geral. Por essa mesma razão, dar azo a uma decisão com eficácia *erga omnes* ou estabelecer a possibilidade de se realizar um controle abstrato da omissão no *writ* não é a solução que melhor se amolda ao perfil e características do instituto, de dimensões tipicamente subjetivas – frise-se. De qualquer modo, os mais recentes pronunciamentos do STF acenam importante mudança de entendimento jurisprudencial, tendente a admitir soluções normativas para casos concretos na própria ação.³⁵⁷ Mais até: essa nova conformação atribuída aos efeitos do julgamento do STF em sede de mandado de injunção parece reforçar a vocação expansiva e a tendência de valorização dos precedentes daquela Corte (tópico este que já tratamos anteriormente neste trabalho).

Por fim, quanto à eficácia temporal do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade omissiva, via de regra, esta se opera *ex nunc* (ou seja, não retroage). Como será abordado mais detalhadamente no capítulo posterior, não é tarefa fácil definir o momento exato em que a inércia legislativa ingressa no campo da inconstitucionalidade, de sorte que os efeitos dessa pronúncia se iniciam a partir do provimento judicial que reconhece a inércia legislativa e estabelece a regra integradora para o caso concreto.³⁵⁸ Além do mais, depreender o alcance *ex nunc* da sentença do mandado de injunção é

³⁵⁶Como bem explica José Carlos Barbosa Moreira, é possível que o órgão julgador, na decisão do mandado de injunção, “formule a regra que complementa, que supra aquela lacuna do ordenamento; e em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em concreto, aquele direito, aquela liberdade constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, por exemplo, uma ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso (...)” (*Mandado de injunção*, op. cit., p. 115; destaques nossos).

³⁵⁷A propósito, Flávia Piovesan e Maria Cecília Chadad afirmam que a trajetória de insucesso até então empenhada pelo mandado de injunção se devia ao posicionamento restritivo do STF, nos termos do *paradigmático* MI 107-DF, já acima referido. Entretanto, a nova e recente orientação já exposta por vários ministros daquela Corte seria extremamente positiva e anima a promoção de um “movimento de resgate do mandado de injunção” (*Mandado de injunção: desafios e perspectivas*, op. cit., p. 423-424). Em sentido oposto, Ricardo Lobo Torres afirma ser “extemporânea e desnecessária a virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, pois “não lança qualquer nova idéia sobre o assunto nem ilumina a temática dos direitos da liberdade” (*O mandado de injunção, o processo constitucional e os direitos fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). O processo na Constituição, op. cit., p. 569).

³⁵⁸Aparentemente de acordo, vide Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 77.

expediente que se compatibiliza com o caractere predominantemente *constitutivo* desse decisório.³⁵⁹

Como se vê, a natureza e o conteúdo do provimento judicial editado no âmbito do mandado de injunção interferem com grande peso nas conclusões sobre os efeitos que tais decisões propagam.

³⁵⁹Sobre a relação da eficácia temporal *ex nunc* com os provimentos de natureza constitutiva, remetemos o leitor ao capítulo III.

CAPÍTULO V. EFEITOS PROCESSUAIS DAS SÚMULAS VINCULANTES

5.1. Súmula Vinculante: aspectos conceituais e sua relação com o controle judicial de constitucionalidade

De uma maneira geral, as *súmulas* consistem na elaboração de enunciados sintéticos e numerados, que fixam o entendimento sedimentado de um tribunal sobre determinadas matérias ou normas jurídicas.¹ Têm elas caráter *persuasivo* perante os demais órgãos judiciais, ou seja, representam elemento de influência na convicção do julgador em casos pendentes, futuros e análogos.²

Já a *súmula com efeito vinculante* (doutrinariamente batizada de “*súmula vinculante*”) é figura jurídica que também se traduz na forma de um enunciado sintético e numerado, mas sua elaboração se dá exclusivamente pelo STF³ e – como será visto – possui eficácia que vai muito além da persuasão.

Introduzida no ordenamento brasileiro pela EC 45/2004 (mediante previsão no art. 103-A e parágrafos da CF) e com regulamentação infraconstitucional pela lei

¹O vocábulo *súmula* advém da expressão “Súmula da Jurisprudência Dominante”, que foi instituída no STF por iniciativa do então Ministro Victor Nunes Leal, através da emenda de 28.08.1963 ao Regimento Interno daquela Corte. Posteriormente, o Código de Processo Civil estendeu a prática aos outros tribunais do país, cada um dos quais pode ter sua própria súmula, cabendo aos seus respectivos regimentos internos dispor a respeito (José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 26-28).

²Como bem pondera Oreste Laspro, “a finalidade dessas súmulas seria tão somente dar ao Tribunal e aos juízes inferiores preceitos de natureza acerca da interpretação da legislação, mantendo, contudo, o livre convencimento motivado de cada julgador que poderá decidir em sentido contrário à súmula, dentro do binômio independência e responsabilidade que emana da atividade judicial” (*A responsabilidade civil do juiz*, op. cit., p. 271).

Essas súmulas são de adoção obrigatória apenas pelo tribunal que as criou, pois, logicamente, tal corte prestigiará sua própria súmula. Entretanto, “em relação aos demais casos análogos, pendentes ou futuros, a súmula, a rigor, opera uma *força persuasiva*, influenciando (ainda que poderosamente) na convicção do julgador, mas *sem obrigá-lo*, propriamente, a perfilhar a tese assentada” (Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 315; 377); ainda nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 300, nota 4 ao art. 103-A; e Sérgio Shimura. *Súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 761.

³Tal exclusividade, entretanto, não impede o STF de continuar elaborando súmulas com efeitos meramente persuasivos. Nesse sentido: Sergio Bermudes. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada*, op. cit., p. 300, notas 4 e 5 ao art. 103-A; *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., 2007, p. 392; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 144. Este último autor ressalva que tal possibilidade de o STF continuar elaborando súmulas persuasivas é remota e sem utilidade prática.

11.417/2006, a súmula vinculante se apresenta como um mecanismo pelo qual o entendimento do STF sobre uma determinada matéria de caráter constitucional passa a ser de *observância obrigatória* pelos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as suas esferas.⁴

Sob outro enfoque, a súmula vinculante também pode ser vista como mais uma ferramenta do STF a propiciar o exercício do controle de constitucionalidade, já que, dentre outros objetivos, ela busca superar uma *controvérsia atual* – de natureza *constitucional* – envolvendo a interpretação, a validade e a eficácia de uma determinada norma.⁵

Ainda nesse contexto, sustenta-se que as súmulas vinculantes resultam de decisões tomadas em sede do controle difuso e concreto de constitucionalidade.⁶ Mais precisamente, dois motivos autorizam tal conclusão.⁷

O primeiro é que a “controvérsia atual” (mencionada na CF e reproduzida em lei como um dos pressupostos da súmula vinculante) é aquela existente “entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública”,⁸ ou seja, necessariamente tal divergência decorrerá de litígios judiciais apreciados por *qualquer órgão judicial* do país – característica esta que evidencia o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

⁴Nesse sentido: Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 1. Rodolfo Mancuso define a súmula vinculante como “a potencialização da eficácia das súmulas do STF, as quais, até a EC 45/2004 (art. 103-A e parágrafos) tinham força tão só persuasiva perante os órgãos jurisdicionais brasileiros, além de dispensarem, perante o STF, ‘a referência a outros julgados no mesmo sentido’ (RISTF, §4º do art. 102)” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., 2007, p. 360).

⁵Apontam a *superação da ‘controvérsia atual’* como uma das finalidades da súmula vinculante: Ada Pellegrini Grinover. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 44, p. 49, nov./dez. 2006; Ricardo de Barros Leonel. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 207; Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*. In: RENAULT, Sergio Rabello; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). *A Reforma do Judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 345. Dizer que a “controvérsia atual” se refere à *matéria constitucional* é conclusão que advém da interpretação conjugada do *caput* e do parágrafo 1º do art. 2º da Lei 11.417/2006 (cuja redação é similar à do art. 103-A, *caput* e parágrafo 1º da CF). Assim também se posiciona Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 73.

⁶Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover, *Mudanças estruturais no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 50; Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 345.

⁷Glauco Salomão Leite detalha esses motivos na obra *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 69.

⁸Vide art. 103-A, §1º da CF e art. 2º, §1º da Lei 11.417/2006.

O segundo motivo diz respeito a outro requisito de elaboração da súmula vinculante: a pré-existência de *reiteradas decisões* do STF sobre a questão a ser versada na súmula.⁹ Vale dizer: tais decisões devem decorrer de *casos concretos* (por exemplo, dos julgamentos de recursos extraordinários) até porque não haveria utilidade prática na criação de uma súmula vinculante a partir de pronunciamentos tomados pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, já que, sozinhos, eles já são de observância obrigatória.¹⁰⁻¹¹

Mas, embora derive de julgados provenientes da fiscalização difusa e concreta, a súmula vinculante não pode ser tratada como um mecanismo típico ou exclusivo dessa combinação de controle de constitucionalidade porque do ponto de vista dos efeitos que irradia, ela assume características do controle abstrato-principal, ou seja, depois de aprovada a súmula, o entendimento nela consolidado projeta efeitos não-vinculados às particularidades dos casos concretos – como será visto.

Em outras palavras: há uma transposição de efeitos *inter partes e concretos* para efeitos mais ampliativos e com força obrigatória através da súmula vinculante. Daí a se dizer, inclusive, que esta se coloca como uma espécie de *ponte* ou *elo de aproximação* entre o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade.¹²

Apresentados esses contornos (necessários para melhor contextualizar a figura jurídica ora tratada em nosso objeto de estudo), advertimos que não integra a

⁹Art. 103-A, *caput* da CF e art. 2º, *caput*. da Lei 11.417/06.

¹⁰A esse respeito, Glauco Salomão Leite ressalva em nota de rodapé que, “Curiosamente, a Súmula Vinculante nº 2 não foi criada seguindo esse modelo. Isso porque as decisões reiteradas que estão em sua base foram todas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal”. Entretanto, realça: “é inócuo editar súmula vinculante resultante de decisões que já possuem força obrigatória geral, pois ela não lhes agregará nada de novo” (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 69). No mesmo sentido: Antonio de Souza Prudente. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 31, p. 56, dez. 2005. Vale acrescentar que tal situação se repetiu na edição das súmulas 7 e 13 do STF, ou seja, na base dos precedentes dessas súmulas também há ações diretas de inconstitucionalidade. A respeito, vide: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurispurdenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_14.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2009.

¹¹Sobre os efeitos produzidos pelas decisões editadas em sede de controle abstrato, remetemos o leitor ao capítulo VI.

¹²Nesse sentido: André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 14-15; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 69-72; Debora Baumöhl acompanha esse modo de pensar, mas prefere apontar a súmula vinculante como um “*mecanismo de controle de constitucionalidade atípico*, na medida em que exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal e produz efeitos semelhantes aos das decisões proferidas naquela modalidade de controle” (*Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 74-75).

proposta deste trabalho a análise pormenorizada da súmula vinculante em torno de sua natureza jurídica, de seus aspectos procedimentais, hipóteses de aplicação ou até mesmo das críticas doutrinárias relativas à adoção desse instituto no cenário brasileiro.¹³ Contudo, tais tópicos podem ser eventualmente abordados na medida do necessário para o esclarecimento dos efeitos provocados pela súmula vinculante – foco principal dessa parte do trabalho.

5.2. Súmula Vinculante e institutos similares do direito estrangeiro

Nos exatos termos acima colocados, ligeiras notas comparativas com alguns institutos de direito estrangeiro (sem qualquer pretensão exaustiva) também se mostram importantes para uma adequada compreensão do objeto de nosso estudo.

A começar pelo direito português, também lá existe uma semelhante articulação ou “ponte” entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. É o que Carlos Blanco de Moraes chama de “*instituto da repetição do julgado*”¹⁴ ou o que Canotilho denomina de “*fenômeno da generalização*”¹⁵ e, ainda, a “*passagem da fiscalização concreta para a fiscalização abstrata*”, na nomenclatura utilizada por Jorge Miranda.¹⁶ Trata-se de previsão contida no art. 281º, n. 3 da Constituição Portuguesa, pela qual o Tribunal Constitucional poderá apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade – ou ilegalidade – de uma determinada norma que aquela Corte já tenha julgado inconstitucional – ou ilegal – em três casos concretos.¹⁷

Com efeito, tal mecanismo do direito lusitano também parte de reiteradas decisões editadas em casos concretos, veiculando abstratamente a inconstitucionalidade de

¹³Mesmo antes da EC 45/2004, muito já se debateu sobre a súmula vinculante em sede doutrinária. A esse respeito, José Rogério Cruz e Tucci faz um apontamento de diversos e valiosos trabalhos, indicando aspectos favoráveis e desfavoráveis à adoção da súmula vinculante no Brasil (*Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 281-282). Ressalve-se que tal debate parece não estar ultrapassado com a inserção da súmula vinculante em nosso sistema, eis que há manifestações atuais sustentando haver incompatibilidades entre a vinculação sumular e o ordenamento pátrio. A propósito ver Lenio Luiz Streck, *O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04)*, op. cit., p. 152-160.

¹⁴*Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. t. 2, p. 168.

¹⁵*Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 1024.

¹⁶*Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, t. 6, p. 279.

¹⁷De acordo com o art. 82º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional combinado com o referido art. 282º, n. 3 da Constituição Portuguesa, a iniciativa de se promover tal mecanismo é do Ministério Público ou de qualquer juiz do Tribunal Constitucional, conforme Carlos Blanco de Moraes (*Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 168).

uma norma para, com isso, propiciar uma eficácia generalizada de caráter obrigatório daquela declaração que surtia efeitos apenas entre as partes do processo; além disso, o expediente do direito português também “se destina a garantir os princípios da unidade jurisprudencial e da segurança jurídica”.¹⁸⁻¹⁹

Todavia, destacam-se diferenças de pressupostos e de conteúdo entre essas figuras; por exemplo, o instituto da generalização, ao contrário de nossa súmula com efeito vinculante, não requer a estratificação de entendimentos dos casos concretos em um enunciado; ademais, a edição da súmula, diversamente do fenômeno do direito português, não pressupõe uma quantidade mínima *fixa* de decisões reiteradas e tampouco se limita a veicular apenas a pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma – como verificaremos nos itens seguintes. Vale dizer: o conteúdo da súmula vinculante é mais amplo.

Sem embargo do acima exposto, é bem difundido em sede doutrinária o estudo comparativo da súmula vinculante com os institutos dos *assentos* (também do direito português) e com os precedentes judiciais obrigatórios que se refletem na doutrina do *stare decisis*. Com relação a esta última figura, fazemos referência às nossas considerações constantes do capítulo IV.²⁰

No tocante aos *assentos*, não raro, a doutrina brasileira os equipara à súmula vinculante com o intuito de direcionar críticas a esta última, uma vez que os assentos foram considerados *inconstitucionais* pelo Tribunal Constitucional português em razão da natureza normativa atribuída ao instituto (Acórdão nº 810/93).²¹

¹⁸Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 168.

¹⁹Entre nós, doutrinadores, como André Ramos Tavares, asseveram que essa ponte criada pela súmula vinculante parece ocorrer de maneira muito próxima ao ‘processo de generalização’ existente no Direito Português vigente” (*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 21). Tratando do instituto lusitano, embora sem o equiparar à súmula vinculante, vide Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 199.

²⁰De toda maneira, vale registrar aqui a elucidativa observação de Antonio Carlos Marcato: “A comparação costumeira entre os institutos do *stare decisis* e da súmula vinculante vem centrada em circunstâncias comuns, mais exatamente a preocupação exclusiva com casos concretos e a necessidade de estabelecer-se, com base nas decisões concretas assim obtidas, as diretrizes a serem adotadas no julgamento futuro de casos similares” (*Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008. Tese (Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 178).

²¹A propósito Lênio Streck afirma: “entendo possível retirar importantes lições da querela dos portugueses acerca dos assentos, a partir do Acórdão nº 810/93, que declarou sua inconstitucionalidade” Os principais argumentos de inconstitucionalidade do instituto dos assentos – que Lênio Streck indica para censurar a súmula vinculante – são: a caracterização do instituto como um *ato legislativo*, incompatível com a função jurisdicional e a violação da independência da atividade judicial (*O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04)*, op. cit., p. 158-160).

De todo modo, traduziam-se os assentos em uma proposição geral e abstrata dotada de uma certa “*coercitividade normativa*”, consubstanciada por meio de uma “decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito”.²² A partir desse contexto, afirma-se que a súmula vinculante se assemelha aos assentos notadamente porque ambos os institutos se firmam “por enunciados literais proferidos pelos tribunais supremos, que se apartam dos casos que o originaram e que possuem força obrigatória geral”.²³

André Ramos Tavares sustenta, nesse particular, que a súmula vinculante e o instituto português ora tratado se equiparam “pela origem judicialiforme da decisão e pelos seus efeitos amplos”; *mas têm muitos pontos de distinção*, como, por exemplo, a circunstância de os assentos dependerem de decisões prévias divergentes e a súmula vinculante, de decisões prévias não-divergentes; ademais, os assentos eram proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça (e não pelo seu Tribunal Constitucional), ao passo que a súmula vinculante é de atribuição exclusiva do STF, “na sua função de Tribunal Constitucional”.²⁴

Apesar das diferenças, a conotação *normativa* de ambos os institutos é, sem dúvida, elemento de destaque nesse cenário de comparações, sendo bem explorado na doutrina brasileira para daí extrair importantes consequências processuais da súmula vinculante.²⁵

Estabelecidas essas considerações genéricas, é chegado o momento de um exame mais detido dos efeitos projetados pela súmula em questão.

²²Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 938.

²³Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., nota 10 ao art. 103-A, p. 531.

²⁴*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 22-23. Para uma detalhada compilação de semelhanças e diferenças entre tais institutos, vide Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 124-127. Vale ressaltar que, para este último autor: (i) o instituto do assento exigia apenas uma única decisão para ser elaborado; (ii) ademais, os assentos não poderiam ser revistos pelo próprio Tribunal que os criou – o que não é o caso da súmula vinculante, que dispõe de mecanismos de revisão pelo STF. Para uma objetiva, mas rica compilação de características dos *assentos* do direito português, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., nota 10 ao art. 103-A, p. 531.

²⁵Valendo-se dessa comparação para concluir pela natureza legislativa da súmula vinculante e o consequente cabimento de ação rescisória ou ação direta de inconstitucionalidade em determinadas situações, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., notas 12 a 15 do art. 103-A, p. 532. Trataremos do tema mais detidamente nos itens 5.4 e 7.4

5.3. O efeito vinculante da súmula do STF

De acordo com o art. 103-A, *caput* da CF e art. 2º, *caput* da Lei 11.417/2006, a súmula do STF “terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

O *efeito vinculante* em questão significa *dotar de força obrigatória* o entendimento da Corte Suprema, condensado na súmula.²⁶

Em termos mais específicos, tal efeito quer dizer que: (a) a proposição sumulada do STF *deve* ser observada e aplicada pelos demais órgãos judiciários, nos processos que versam sobre a questão constitucional tratada na súmula;²⁷ (b) também há um *efeito inibitório* exercido sobre os órgãos da Administração Pública, obrigados a respeitar as proposições contidas nas súmulas vinculantes, inclusive, abstendo-se de se manifestar processualmente – por qualquer forma – em sentido contrário a elas.²⁸

A respeito do denominado efeito inibitório, vale destacar que faz ele parte do núcleo comum existente entre a súmula vinculante e a denominada *súmula impeditiva de recursos*, mas tais figuras jurídicas não se confundem e possuem eficácia diversa, como será visto posteriormente neste capítulo.

Feita essa ressalva, é interessante anotar que antes mesmo da EC nº 45/2004, o *efeito vinculante* já fazia parte das decisões tomadas pelo STF no âmbito do *controle abstrato* e *principal* de constitucionalidade, inclusive com previsão nos arts. 28 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, bem como no art. 102, §2º da CF.²⁹ Assim, como

²⁶Nesse sentido: Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 318 e 327; Ada Pellegrini Grinover, *Mudanças estruturais no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 49; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 72; Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, op. cit., p. 161.

²⁷Tal aplicação pressupõe a coincidência da base fática e jurídica do caso a ser julgado com a dos casos que resultaram na edição da súmula vinculante. Assim se posicionam: Sérgio Shimura, *Súmula vinculante*, op. cit., p. 766; Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci, *Reflexões sobre as súmulas vinculantes*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 312.

²⁸A esse respeito: José Carlos Barbosa Moreira, *Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos*, op. cit., p. 11-12; William Santos Ferreira, *Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 808.

²⁹Originalmente, o §2º do art. 102 da CF previa a incidência de efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito tomadas em ação declaratória de constitucionalidade; com a EC 45/2004, acrescentou-se que a incidência de efeito vinculante também se dá nas decisões editadas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade. Por questões metodológicas, o tema será analisado com maior detalhamento no capítulo das decisões editadas no controle abstrato (capítulo V).

assevera Cândido Dinamarco, estender efeitos vinculantes às súmulas do STF não chega a ser nenhum “salto histórico” no sistema jurídico brasileiro.³⁰

Nesse cenário, uma questão que surge é saber se há semelhanças e/ou diferenças entre o efeito vinculante conferido às súmulas do STF e aquele atribuído às decisões judiciais tomadas no controle principal-abstrato. A resposta afigura-nos positiva.

A começar pelas semelhanças, podemos afirmar que ambos os efeitos têm *identidade de propósitos*: a observância *obrigatória* do pronunciamento do STF sobre determinada matéria constitucional.³¹ Além disso, tais efeitos vinculantes carregam outros *pontos comuns* como: (a) o cabimento da mesma medida processual para o caso de desrespeito ou má aplicação do pronunciamento do STF: a *reclamação* (medida processual prevista nos artigos 102, I, *l* e 103-A, §3º da CF), cujo resultado é a *cassação* da decisão judicial ou *anulação* do ato administrativo;³² (b) o alcance sobre órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública;³³ (c) a possibilidade de responsabilização funcional e civil da autoridade recalcitrante (entendida como aquela que descumpre ou não observa o efeito vinculante do pronunciamento do STF).³⁴

³⁰Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 347, p. 56, jul./set. 1999. Nesse mesmo sentido, mas com outro argumento, Barbosa Moreira sustenta que as súmulas vinculantes não chegam a representar uma “novidade” em nosso sistema porque mesmo antes da EC nº 45, “já era fortíssima, na prática judiciária, a propensão dos órgãos judiciais de primeiro e segundo grau a conformar-se à jurisprudência dos tribunais mais altos – notadamente à do STF”, inclusive em razão das leis reformadoras do CPC, que – paulatinamente – prestigiaram as proposições sumuladas e a jurisprudência dominante dos tribunais superiores (Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos, op. cit., p. 11-12).

³¹Nesse sentido se pronunciam: Antonio Carlos Marcato, *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, op. cit., p. 179; Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 174-177. Com apoio na mesma lição, Glauco Salomão Leite afirma que o *caráter obrigatório* do efeito vinculante é o mesmo, seja a vinculação atribuída ao controle abstrato, seja à súmula do STF (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 164).

³²Tal medida provém de construção jurisprudencial do STF, com a finalidade de resguardar a competência daquela Corte e garantir a autoridade de suas decisões. Posteriormente, a reclamação passou a ser prevista no Regimento Interno do STF (sob a égide da Constituição de 1967) e contou com previsão constitucional expressa a partir da Carta de 1988. Com a introdução da súmula vinculante em nosso ordenamento, a reclamação passou a ser disciplinada também no art. 103-A, §3º da CF e na Lei 11.417/2006, art. 7º, §2º. A medida leva à *cassação* da decisão judicial ou a *anulação* do ato administrativo quando os órgãos Judiciários e as esferas da Administração Pública se recusam a aplicar a súmula vinculante ou a aplicam indevidamente. A respeito, vide Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 164-168; e Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., especialmente p. 180-185.

³³Cf. André Dias Fernandes. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*. Salvador: Ed. Podivm, 2009, p. 175.

³⁴A respeito, vide Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 164-168. Vale registrar, ainda, entendimentos doutrinários anteriores à previsão constitucional sobre a súmula vinculante, que já apontavam a responsabilização funcional e civil do magistrado que descumprisse a súmula meramente persuasiva (nesse sentido, vide Oreste Laspro, *A responsabilidade civil do juiz*, op. cit., p. 270-275).

De outro lado, o efeito vinculante previsto no art. 103-A da CF e aquele tratado no art. 102, §2º da CF apresentam diferenças com relação aos seus pressupostos, dimensão de eficácia e âmbito de atuação nos processos, a saber:

(a) o efeito vinculante da súmula requer a preexistência de reiteradas decisões do STF, enquanto o efeito vinculante das decisões do controle principal-abstrato prescinde dessa reiteração e pode derivar de um julgado único;³⁵

(b) ao contrário da súmula vinculante, o efeito vinculante das decisões no controle abstrato não implica qualquer estratificação de entendimentos jurisprudenciais dominantes num enunciado propositivo;³⁶

(c) o espectro da eficácia obrigatória se alarga mais na decisão com efeito vinculante do que na súmula vinculante, pois será possível que uma decisão de mérito, ainda que não condensada em súmula, passe a operar como precedente obrigatório;³⁷

(d) o efeito vinculante das súmulas se irradia *exclusivamente* em processos que têm por objeto questão constitucional *idêntica* à tratada na súmula vinculante, ou seja, diversamente do efeito vinculante das decisões de controle principal, aquele primeiro se projeta mais restritamente, eis que não atua, por exemplo, nos feitos que versam sobre *questão constitucional similar* à decidida pelo STF em outros processos.³⁸

Embora o quadro acima revele que o efeito vinculante assume conotações diferenciadas (a depender do pronunciamento judicial que ele incrementa), nota-se, contudo, que *a essência é a mesma em qualquer configuração*: atribuir obrigatoriedade ao entendimento do STF. Trata-se, portanto, de um mesmo instituto jurídico.³⁹ Resultado prático disso é que, privilegiando uma unidade conceitual, é possível empregar alguns

³⁵É o que observa Roger Stiefelmann, com apoio na lição de Marco Antonio Botto Muscari (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 175).

³⁶Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 164.

³⁷Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 309.

³⁸É o próprio art. 103-A, § 1º da CF que restringiu o âmbito de atuação do efeito vinculante da súmula do STF a processos que versem sobre “idêntica” questão constitucional. Nesse sentido: André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 176-177.

³⁹Nesse contexto, Roger Stiefelmann afirma que as semelhanças entre o efeito vinculante das súmulas do STF e das decisões do controle abstrato “militam a favor de uma unidade conceitual do instituto” (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 175). Na mesma linha, as tais semelhanças levam André Dias Fernandes a afirmar que “*Não há diferença ontológica substancial* entre o efeito vinculante que a CF-88 agregou às decisões do STF em ADIN e ADC e às súmulas do STF aprovadas nos termos dos art. 103-A da CF-88. Trata-se, portanto, do mesmo instituto (efeito vinculante)”. Salienta, ainda, que as diferenças entre uma figura e outra são apenas de caráter *acidental* e não integram a essência do instituto. (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 175).

entendimentos relativos ao efeito vinculante do 102, §2º da CF no estudo do efeito vinculante da súmula, como veremos a seguir.⁴⁰

Sem prejuízo de todo o exposto, uma adequada compreensão do efeito vinculante das súmulas do STF conduz, ainda, ao exame dos seus limites objetivos (o que é abrangido por esse efeito), subjetivos (quem é atingido por esse efeito) e também temporais (desde quando e até quando surte esse efeito). Passemos a eles.

5.3.1. Limites subjetivos do efeito vinculante da súmula do STF

5.3.1.1. Efeitos generalizantes

A literalidade do art. 103-A da CF e dos dispositivos da lei 11.417/2006 deixa a impressão de que o legislador quis restringir o alcance subjetivo da súmula vinculante, pois, diversamente do que já era previsto para as decisões do STF tomadas em sede de controle abstrato,⁴¹ as normas que tratam da súmula vinculante não fizeram qualquer referência à expressão “*erga omnes*” ou “eficácia contra todos” e, muito menos, conjugaram tal eficácia com o efeito vinculante da súmula do STF.

Consequentemente, poder-se-ia dizer que a vinculação do enunciado sumular se estende apenas aos destinatários mencionados no texto constitucional e na lei 11.417/2006 (órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública), excluindo os particulares, por exemplo.

Contudo, os efeitos vinculantes da súmula do STF podem se irradiar *indiretamente* ou de *modo reflexo* sobre o comportamento de pessoas físicas e jurídicas em geral, pois a prática de atos privados dessas pessoas pode gerar conflitos que são levados ao Poder Judiciário, cujos julgamentos devem observar e aplicar obrigatoriamente as

⁴⁰Roger Stiefelmann, nesse contexto, vale-se de entendimentos relativos à abrangência do efeito vinculante das decisões do controle abstrato e os aplica no estudo da súmula vinculante (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 177). O tema diz respeito aos limites objetivos da súmula vinculante e será mais detidamente examinado no item 5.3.2 a seguir.

⁴¹Na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99) e na arguição de preceito fundamental (art. 10, §3º da Lei 9.882/99). Como mencionado anteriormente, a redação original do art. 102, §2º da CF fazia menção explícita de efeito vinculante apenas às decisões tomadas em sede de ação declaratória de constitucionalidade; com a EC 45/2004, acrescentou-se que a incidência de efeito vinculante também se dá nas decisões editadas no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade.

súmulas vinculantes; além disso, quando a lei e a Constituição estendem a obrigatoriedade de observância da súmula do STF aos órgãos da administração pública, isso significa que esta é obrigada a agir de acordo com o preceito sumulado não apenas nas relações com seus agentes, mas também na sua interação com os particulares.⁴²

E mais: ao tomar conhecimento do teor de uma dada súmula vinculante, o cidadão particular pode condicionar ou balizar sua conduta e seu comportamento com base naquele enunciado.⁴³

Entretanto, como tal irradiação de efeitos é *indireta*, nada impede que o particular, na esfera de seus *negócios privados* e que envolvam interesses *puramente disponíveis*, pratique atos em desconformidade com a súmula vinculante; tal conduta, por si só, não se afigura ilícita.⁴⁴ Mas vale frisar que se as relações deste particular consubstanciarem pretensões ou resistências perante instâncias administrativas ou judiciais, o efeito vinculante da súmula alcançará diretamente tal cidadão particular, já que aqueles órgãos devem, obrigatoriamente, observar e aplicar a súmula vinculante em sua esfera de atuação.⁴⁵

De qualquer maneira, nota-se que a súmula vinculante produz *efeitos generalizantes*, ou seja, ela alarga a abrangência da decisão do STF editada no controle difuso-concreto, alcançando outras pessoas que não figuraram como parte na relação processual originária.⁴⁶ Por esse motivo, aliás, a súmula vinculante é considerada

⁴²Nesse sentido se posicionam: Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 315, 320, 360; Sérgio Shimura, *Súmula vinculante*, op. cit., p. 766; Rodrigo Jansen. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 838, p. 47 e 64, ago. 2005; sem se referir expressamente a uma irradiação indireta, Debora Baumöhl sustenta que a súmula vinculante exerce nos particulares um importante fator de *desestímulo* ao exercício de atos e pretensões contrárias aos preceitos sumulados (*Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 196-197).

⁴³Nesse sentido: Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci, *Reflexões sobre as súmulas vinculantes*, op. cit., p. 313; Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 320.

⁴⁴Acompanhamos, nesse contexto, a afirmação de Sergio Bermudes, para quem as pessoas particulares, “na esfera de seus negócios, bem podem adotar entendimento contrário ao do enunciado sem que, só por isso, pratiquem algum ilícito” (*A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 122).

⁴⁵Rodolfo Mancuso dá exemplos dessa vinculação indireta de pessoas físicas e jurídicas: “determinada cláusula poderá deixar de ser inserida num edital de concurso público, por se revelar desconforme ao enunciado de súmula vinculante, assim afetando os interessados no certame; um contrato de massa poderá ter sua redação reformulada, para conformá-lo ao enunciado de certa súmula vinculante, por modo a preservá-lo em caso de litígio judicial” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 360).

⁴⁶Rodolfo Mancuso prefere denominar de *pan processuais* os efeitos da súmula vinculante que afetam diretamente os jurisdicionados que figuram como parte nos processos análogos e de *efeitos reflexos*, quando atingem a coletividade de maneira indireta (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 320).

mecanismo que se insere na tendência de coletivização do processo, em que se potencializa a eficácia do julgado.⁴⁷

E a reforçar a idéia de que as deliberações sobre a súmula vinculante não se restringem aos integrantes do feito, o art. 3º, §2º da Lei 11.417/2006 permite a “manifestação de terceiros” (que atuarão na qualidade de *amicus curiae*, conforme ressalta a doutrina), para fornecer novos subsídios a contribuir para o deslinde da questão debatida.⁴⁸

Ainda a partir desse contexto de generalização das decisões do STF, uma importante nota comparativa deve ser feita entre a súmula vinculante e a resolução do Senado Federal.

Ambas têm em comum o fato de irradiarem efeitos ampliativos sobre as decisões de controle concreto, editadas pelo STF, atribuindo eficácia generalizada a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Entretanto, ainda do ponto de vista dos efeitos que tais figuras projetam, algumas diferenças se destacam:

(a) o espectro de abrangência subjetiva da súmula vinculante, de certo modo, pode ser mais restrito que o da resolução senatorial, pois os efeitos desta última são *erga omnes* (a todos atinge), ao passo que há possibilidade de uma súmula vinculante não afetar diretamente a todos (como, por exemplo, os participantes de relações jurídicas privadas, envolvendo interesses puramente disponíveis, como já visto);

(b) há situações, de outro lado, em que a decisão do controle concreto não é suscetível de ter efeitos ampliados através da resolução do Senado Federal, mas o é por meio da súmula vinculante, a saber: quando o STF: (i) profere decisões se valendo das técnicas de interpretação conforme e de pronúncia de inconstitucionalidade sem redução de texto; (ii) decide sobre a recepção de leis anteriores à Constituição; (iii) fixa uma interpretação do próprio texto constitucional sobre determinada matéria.⁴⁹

⁴⁷É o que explica Sérgio Shimura: “A súmula se aproxima da tendência de coletivização do processo, com otimização e potencialização do serviço judiciário e alargamento do âmbito de abrangência da decisão judicial revelada pelo STF” (*Súmula vinculante*, op. cit., p. 766). Rodolfo Mancuso perfilha do mesmo entendimento (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 331).

⁴⁸Nesse sentido, vide Ricardo de Barros Leonel, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 214-215; *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 152.

⁴⁹Na doutrina, destacando que a resolução do Senado Federal não seria mecanismo adequado para tornar abrangentes as decisões do STF nas situações acima apontadas, vide Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 266-267 e Glauco Salomão Leite, para quem “as súmulas vinculantes acabaram preenchendo esses espaços vazios deixados pelo Senado Federal” (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 83-84; 91). Sobre essa mesma questão, vista sob a ótica dos efeitos da deliberação senatorial, remetemos o leitor ao item 4.2. deste trabalho.

5.3.1.2. Alcance do efeito vinculante sobre os órgãos do Poder Legislativo

Sem prejuízo dessas considerações, outro tema relacionado aos aspectos subjetivos da súmula vinculante é o entendimento corrente de que o Poder Legislativo está fora do alcance dessa vinculação, eis que o art. 103-A e o art. 2º, *caput* da lei 11.417/2006 direcionam o efeito vinculante da súmula do STF aos *demais órgãos do Poder Judiciário* e da *administração pública*, sem fazer referência a órgãos legislativos.⁵⁰

Com efeito, ao não incluir os órgãos legislativos no rol dos sujeitos que se vinculam ao teor do enunciado sumular do STF, o constituinte deixa transparecer que sua intenção foi a de garantir a liberdade do exercício da *atividade legiferante* do Poder Legislativo, de maneira que seus órgãos *não* se vinculam aos comandos da súmula do STF quando exercem a função *típica* de legislar.⁵¹

Interessante lembrar que o Poder Legislativo também exerce a *atividade jurisdicional* (prevista no art. 52, I e II da CF).⁵² Conquanto se trate de função *atípica* do Legislativo, nessas hipóteses, entendemos que tal órgão também *não* é alcançado pelos efeitos da súmula vinculante porque, ao exercer tais atividades, o Poder Legislativo realiza – sobretudo – um controle político, pelo que nem sempre se submete aos exatos ditames a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, como bem reconhece a jurisprudência do

⁵⁰Nesse sentido: Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 371; Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 190; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 175. Com outro argumento, Marcelo Vigliar sustenta que as súmulas vinculantes não interferirão na atividade legislativa porque, do contrário, haveria violação ao princípio da independência entre as funções clássicas do Estado, com uma espécie de supremacia do Judiciário em relação ao Legislativo (*A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005, p. 292).

⁵¹Seguindo esse modo de pensar, vide André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., 2008, p. 217. Este autor prossegue com seu raciocínio e conclui que o Poder Legislativo deve se submeter à orientação contida na súmula vinculante somente no exercício de suas funções *atípicas* (administrativa ou *jurisdicional*). Concordamos com a premissa exposta por este autor, mas desde já, destacamos que há particularidades a demonstrar que o legislativo *não* deve se submeter aos comandos da súmula vinculante quando exerce a função jurisdicional – como será apontado a seguir.

⁵²“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.”

STF⁵³ e também a doutrina.⁵⁴ Ou seja, há particularidades na atividade *jurisdicional* exercida pelo Poder Legislativo que o tornam diferenciado dos órgãos do Poder Judiciário, justificando a não-submissão aos comandos da súmula vinculante.

Por outro lado, os órgãos legislativos *são alcançados* pelo efeito vinculante da súmula do STF quando atuam no âmbito de sua função administrativa e/ou fiscalizatória, pois, nesses casos, a conduta do órgão público em questão se caracteriza como um *ato administrativo*, enquadrando-se, assim, no espectro das atividades exercidas pelos destinatários do efeito vinculante, nos termos do art. 103-A e o art. 2º, *caput* da lei 11.417/2006.⁵⁵

Entretanto, a não-vinculação do Poder Legislativo (no exercício de sua função típica) traz importante consequência: *nada obsta que o legislador crie uma norma com conteúdo que contrarie uma súmula vinculante*.⁵⁶

Nesse particular, não concordamos com a posição contrária, defendendo que uma inovação legislativa contra a súmula vinculante acarretaria uma indevida

⁵³ Nesse contexto, mas antes da instituição da súmula vinculante, o STF já trazia julgados apontando que “o Senado, posto investido da função de julgar o Presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político.” (STF, MS 21.623, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.12.92, DJ 28.5.93).

⁵⁴ Assim se manifesta Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal comentada*, op. cit., p. 300, nota 6 ao art. 103-A. Em sentido semelhante, mas com outro argumento, opina Arthur Mendes Lobo, para quem obrigar o Poder Legislativo a seguir uma súmula vinculante nessas situações, desvirtuaria o princípio da separação de poderes; por esse motivo, aliás, é que o art. 103-A da CF não teria incluído em seu texto as decisões tomadas em julgamentos realizados pelo Legislativo (Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, p. 99, jan./fev. 2007). Em sentido oposto, André Dias Fernandes sustenta que o objetivo do legislador constituinte, ao deixar de mencionar os órgãos legislativos no texto do art. 103-A da CF foi o de garantir o exercício da função típica de legislar, pelo que o Legislativo precisa se submeter à orientação contida na súmula vinculante quando estiver no exercício de suas funções *atípicas*, como a *administrativa* e a *jurisdicional* (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 217).

⁵⁵ Nesse sentido, parecem se posicionar Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 371.

⁵⁶ Assim também se posicionam: Sérgio Bermudes, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 122; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 275; Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, op. cit., p. 62; André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 218; Glaucio Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 169; Arruda Alvim, *Súmula e súmula vinculante*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 1151. Seguindo um *entendimento intermediário*, Sandro Marcelo Kozikoski, defende que o Poder Legislativo pode editar leis contrárias à súmula vinculante, mas com uma dose de respeitabilidade ao pronunciamento do STF, pois o simples argumento de não concordar com a súmula não seria consentâneo com o princípio da separação de poderes e não justificaria tal postura por parte do Legislativo (*As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 1202).

interferência do Poder Legislativo na atuação do Judiciário⁵⁷. Com efeito, a não-menção aos órgãos legislativos no art. 103-A da CF leva a crer que a promulgação de uma lei (ainda que contrária a uma súmula vinculante) é uma das formas que o constituinte deixou para se reabrir a discussão anteriormente fixada pela súmula, contribuindo para uma maior flexibilidade e dinamismo do sistema e evitando o risco de “engessamento” do Direito.⁵⁸

Registrem-se, ainda, entendimentos que sustentam haver uma *vinculação indireta* do Poder Legislativo ao enunciado sumular do STF. Segundo tal concepção,⁵⁹ se o Poder Judiciário ou a Administração Pública aplicarem uma nova norma legal que se contrapõe ao enunciado sumular, a situação configuraria recusa na aplicação da súmula vinculante, dando ensejo à reclamação perante o STF, cujo resultado é a *cassação* da decisão judicial ou *anulação* do ato administrativo.⁶⁰ Ou seja, de acordo com esse modo de pensar, o órgão legislativo estaria indiretamente vinculado à pré-existente súmula do STF, já que a aplicação da norma contrária àquela súmula estaria fadada ao insucesso (ou será cassada a decisão judicial ou anulado o ato administrativo que aplicar o ato legislativo em questão).⁶¹

Além disso, Rodolfo Mancuso acrescenta que tal vinculação indireta também ocorre porque a edição da súmula com efeito vinculante representa a interpretação, validade e eficácia de uma dada norma em matéria constitucional, fixadas pelo STF (que é o órgão expressamente autorizado pela CF para a defesa da supremacia da Constituição); conseqüentemente, um projeto legislativo, ao passar pela Comissão de

⁵⁷ A respeito, vide Arthur Mendes Lobo, *Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante*, op. cit., p. 84-85, 95 e 99.

⁵⁸ De acordo com Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, “uma das formas adequadas de renovar a discussão sobre o conteúdo [da súmula vinculante] é a eventual promulgação da lei em sentido contrário ou que altere o objeto sobre o qual a súmula foi desenvolvida” (*Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 371).

⁵⁹ Entre outros, enquadram-se nesse modo de pensar Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 360-361 e Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, op. cit., p. 62 (para este último autor, apenas uma Emenda Constitucional poderia ser editada em sentido contrário a uma súmula vinculante).

⁶⁰ Medida processual interposta perante o STF (prevista na CF, art. 103-A, §3º e na Lei 11.417/2006, art. 7º, §2º), a fim de que haja a *cassação* da decisão judicial ou a *anulação* do ato administrativo quando os órgãos Judiciários e as esferas da Administração Pública se recusam a aplicar a súmula vinculante ou a aplicam indevidamente.

⁶¹ Nesse contexto, embora sem se referir expressamente a uma vinculação indireta do Poder Legislativo, Arthur Mendes Lobo sustenta que, se uma nova lei traz o mesmo preceito que foi anteriormente declarado inconstitucional por uma súmula vinculante, os fundamentos que levaram à edição daquela súmula devem ser observados pelo magistrado ou agente público, de modo que essa nova norma que contraria a súmula vinculante não deve ser aplicada no caso concreto ou na esfera da administração pública. Para o autor, a única exceção ao alcance da súmula vinculante sobre o Poder Legislativo seria quando este exerce a função jurisdicional prevista nos arts. 52, I e II da CF (*Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante*, op. cit., p. 95 e 99).

Constituição e Justiça, deveria ser avaliado também em face da súmula vinculante do STF.⁶²

Com argumentos parecidos, aliás, Olavo A. Ferreira aponta que, embora o Legislativo não tenha sido incluído como destinatário do efeito vinculante, tal órgão não poderia, ao criar uma nova norma, fixar uma interpretação da Constituição que burlasse anterior entendimento do STF, por se tratar, este último, de órgão que tem o poder de fixar a interpretação “correta” do texto constitucional.⁶³

Em que pese à lógica dos argumentos acima expostos, ressaltamos *nossa posição* de que o Poder Legislativo (no exercício de sua atividade legislativa) está direta e indiretamente *fora* do alcance da vinculação da súmula do STF porque, como já mencionado acima: (a) a CF e a Lei 11.417/2006 não o inseriram na enumeração dos sujeitos ao efeito vinculante da súmula; (b) uma inovação legislativa atua como fator de controle da súmula vinculante e propicia maior dinamismo ao direito, permitindo que se renove a discussão sobre o conteúdo da súmula. Evita o que os doutrinadores portugueses chamam de “fossilização do direito”.⁶⁴

Tanto é assim que, pela dicção dos arts. 103, §2º da CF e 5º da Lei 11.417/2006, o STF poderá, de ofício ou por provocação, proceder à *revisão* ou ao *cancelamento* da súmula quando “*revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição do enunciado da súmula vinculante*”.⁶⁵ Vale dizer, se editada uma nova norma com conteúdo contrário ao teor de uma súmula vinculante, esta ficaria *prejudicada*,⁶⁶ podendo a autoridade judicial ou administrativa, então, aplicar o novo ato legislativo.

⁶²Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 360-361. Em sentido contrário, Marcelo Vigliar sustenta que diante do princípio da independência entre as funções clássicas do Estado, “não seria razoável” imaginar que determinado projeto fosse obstado por comissões das Casas Legislativas ao argumento de ferir o entendimento de uma determinada súmula, exceto se versarem sobre cláusula pétrea eventualmente tratada em uma súmula (*A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes*, op. cit., p. 292).

⁶³O autor conclui, de forma interessante, que uma inovação legislativa com essas características não poderia ser atacada por reclamação (eis que o Legislativo não é destinatário do efeito vinculante), mas poderia ser impugnada, em tese, por uma ação direta de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade decorreria do fato da nova norma contemplar interpretação divergente do STF a respeito de determinada matéria (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 165-166).

⁶⁴A propósito, vide nossos comentários no capítulo VI.

⁶⁵Nesse sentido, vide Sandro Marcelo Kozikoski, para quem a previsão contida no art. 5º da Lei 11.417/2006 encontra razão de ser justamente no fato de o Poder Legislativo poder editar leis contrárias ao enunciado com caráter vinculante (*As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006*, op. cit., p. 1202).

⁶⁶A esse respeito, vide Cândido Dinamarco, que assim se posicionou mesmo antes da EC nº 45/2004 (Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 184, out./dez. 2000) e Marcelo Vigliar, para quem a inovação legislativa *revoga* a súmula vinculante anteriormente editada em sentido contrário (*A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes*, op. cit., p. 292-293). Acompanha esse

No contexto dessas discussões, surge, ainda, a questão da medida provisória. Sua elaboração, como se sabe, é atividade *atípica* do Poder Executivo.⁶⁷ E justamente por ser proveniente da Administração Pública, poder-se-ia dizer que a edição deste ato deve se submeter aos ditames da súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, *caput* da CF e do art. 2º da Lei 11.417/2006.

Entretanto, como asseverado alhures, a falta de menção ao Poder Legislativo nos dispositivos acima mencionados teve por objetivo não englobar *a lei* ou atos que tenham *força de lei* (como a medida provisória) no espectro de atividades que devem se submeter aos ditames das súmulas do STF. Daí advém a conclusão de que a medida provisória fica fora do alcance da súmula vinculante.⁶⁸

E, a reforçar essa posição, entendemos que a edição de uma medida provisória, mesmo contrária a uma prévia súmula vinculante, seria mais outro mecanismo a propiciar a revisão dos temas que deram origem àquela súmula, na linha do que já foi exposto com relação aos atos legislativos. Ou seja, tal situação configura o que Roger Stiefelmann denomina de “*recalcitrância lícita*” ou “*recalcitrância legislativa lícita*” (para o caso das leis que contrariam o teor de um pronunciamento com efeito vinculante).⁶⁹

Não desconhecemos que tal possibilidade pode fazer com que o Legislativo e o Chefe do Executivo, simplesmente por não aceitarem uma súmula vinculante, venham, logo em seguida, repetir o mesmo ato normativo (ou medida provisória) que foi considerado inconstitucional na súmula. Entretanto, em homenagem ao respeito mútuo e boa-fé que deve existir entre os Poderes, não seria demasiado que na exposição de motivos da nova lei ou medida provisória fosse apontado o modo como as razões determinantes da inovação normativa foram previamente ponderadas e equacionadas frente ao conteúdo da súmula vinculante⁷⁰ – expediente este que revela uma certa dose de respeitabilidade às decisões do STF e que, assim, fica sugerido de *lege ferenda*.

entendimento, mas com ressalvas: Glauco Salomão Leite, para quem não é sempre automática a prejudicialidade da súmula, já que esta ainda pode regular as situações ocorridas antes da inovação legislativa que a contraria (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 171).

⁶⁷A esse respeito, vide Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 144.

⁶⁸Cf. Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 188.

⁶⁹*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., especialmente p. 160-161, 187-188.

⁷⁰Em sentido semelhante Sandro Marcelo Kozikoski entende que apesar do efeito vinculante da súmula não impedir a reedição da norma declarada inconstitucional pelo STF, é coerente com o Estado Democrático de Direito que o Poder Legislativo apresente uma certa dose de respeitabilidade às decisões do STF (*As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006*, op. cit., p. 1202).

5.3.1.3. Alcance do efeito vinculante sobre os órgãos do Poder Judiciário

Um outro aspecto pertinente aos limites subjetivos da súmula vinculante é saber se o próprio STF é obrigado a seguir o enunciado vinculativo que editou.⁷¹ Tal situação não se confunde com a liberdade que qualquer magistrado tem de aplicar a súmula, quando analisa a coincidência de base fática do caso concreto e dos julgados que ensejaram a súmula. Trata-se de saber se o STF pode decidir de maneira diversa da que lhe orienta a súmula vinculante.

Para um primeiro modo de pensar, não existiria essa autovinculação, já que a locução “vinculante em relação aos *demais órgãos* do Poder Judiciário” (CF, art. 103-A, *caput* e Lei 11.417/06, art. 2º), por si só, autoriza concluir que o STF foi excluído do âmbito de vinculação das suas próprias súmulas, ficando livre para não as aplicar em suas decisões.⁷²

Uma segunda corrente⁷³ discorda dessa interpretação restritiva e literal, argumentando, em síntese, que: (a) a autovinculação do STF traria um descrédito para aquela Corte, levando insegurança jurídica aos jurisdicionados e aos demais órgãos do Judiciário, submetendo-os a uma jurisprudência instável; (b) o STF dispõe de mecanismos formais (previstos na CF e na lei 11.471/2006) para alteração ou cancelamento da súmula, pelo que aquele órgão não pode simplesmente deixar de seguir a orientação sumular, da maneira que lhe aprouver; (c) ao deixar de aplicar uma de suas súmulas vinculantes, o STF, implicitamente, autorizaria os demais órgãos do Poder Judiciário a proceder de igual forma.

Há, ainda, um posicionamento intermediário pelo qual o STF deve seguir a orientação contida na súmula vinculante, mas com a possibilidade de mudar ou cancelar a

⁷¹Não chega a ser uma novidade a discussão sobre a autovinculação do STF às suas decisões dotadas de efeito vinculante, havendo controvérsias sobre o assunto em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conforme será apontado em item próprio (capítulo VI).

⁷²Nesse sentido, André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 33-34.

⁷³Luiz Flávio Gomes, a propósito, afirma que “a súmula vincula até mesmo as Turmas do próprio STF” (Eficácia e extensão das súmulas vinculantes. *Repertório de Jurisprudência IOB: tributário, constitucional e administrativo*, v. 1, n. 17, p. 656, set. 2005); seguem essa linha, ainda: Sérgio Bermudes, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 121 e Mônica Sifuentes. *Súmula vinculante (um estudo sobre o poder normativo dos tribunais)*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 276.

súmula, demonstrando os fundamentos que embasam o seu novo entendimento⁷⁴ e, desde que siga o procedimento específico do art. 103-A, §2º da CF e art. 2º da lei 11.417/06 para promover essa revisão e alteração da súmula.⁷⁵

Com efeito, nada obstante o STF deva privilegiar o que ele próprio decidiu (até mesmo como forma de se promover a segurança jurídica por meio de uma jurisprudência estável), nossa Corte maior também não pode ficar presa às suas súmulas, já que sem possibilidade de rever seu entendimento ou adequar o comando da súmula à nova realidade, haveria uma indesejada petrificação do direito. Ademais, essa desvinculação deve ser justificada, demonstrando o equívoco ou a inadequação do entendimento anterior, sob pena de se gerar decisões arbitrárias. Por esses motivos, a posição intermediária afigura-nos a mais acertada.

Portanto, sob essa ótica, os “demais órgãos do Poder Judiciário” que se vinculam às súmulas do STF são o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e juízes federais, os Tribunais e juízes do trabalho, os Tribunais e juízes eleitorais, os Tribunais e juízes militares, os Tribunais e juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conforme está disposto no art. 92 da CF.

5.3.1.4. Alcance do efeito vinculante sobre órgãos decisórios não-pertencentes à estrutura do Poder Judiciário

Nesse particular, resta investigar se outros órgãos decisórios não-incluídos no rol taxativo do mencionado art. 92 da CF, mas previstos no ordenamento (como CADE, Tribunais de Contas, Desportivos, de Impostos e Taxas, por exemplo) são atingidos – ou não – pelo efeito vinculante da súmula do STF. A questão se torna interessante no caso da arbitragem, cujo procedimento se reveste de função jurisdicional (conforme entendimento

⁷⁴Cf. Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 371-372; Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 192.

⁷⁵Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 168. Como bem esclarece o autor, “quando se afirma que o Supremo Tribunal Federal não está tolhido por suas próprias súmulas vinculantes, não se quer dizer que ele pode simplesmente deixar de aplicá-las, da maneira como lhe aprouver [...] A não vinculação do Supremo Tribunal Federal, no caso das súmulas vinculantes, deve ser entendida como a possibilidade de ele vir a modificá-las ou cancelá-las, consoante procedimento específico para tanto.”

dominante),⁷⁶ ao mesmo tempo em que o Tribunal Arbitral não integra a estrutura do Poder Judiciário.⁷⁷

Assim, para Rodolfo Mancuso, os Tribunais Arbitrais e outros órgãos decisórios excluídos do rol do aludido art. 92 da CF se equiparam a *instâncias administrativas* e, como tal, seus atos e decisões são abrangidos pela súmula vinculante, com possibilidade de anulação pelo STF, via reclamação (CF, art. 103-A, §3º), caso haja recusa injustificada ou aplicação indevida de tais súmulas.⁷⁸

Em sentido diverso, Júlia Dinamarco sustenta que o painel arbitral não se sujeita ao teor de uma súmula vinculante, eis que: (a) o art. 103-A da CF não inclui os árbitros no rol de destinatários; (b) o caráter jurisdicional da atividade dos árbitros e a equiparação da sentença arbitral aos da sentença judicial “não são elementos aptos a equiparar órgãos judiciais estatais e *órgãos constituídos privadamente ao amparo da lei*” (grifos); (c) a interpretação da sistemática constitucional e infraconstitucional acerca da súmula vinculante revela que esta não poder ser equiparada a uma lei; (d) a obrigatoriedade da súmula em questão não foi estendida a todos os órgãos públicos e privados justamente para se evitar que tal mecanismo constitua uma usurpação da função legislativa.⁷⁹

Creemos que este segundo posicionamento (o de que o árbitro não se sujeita ao teor da súmula vinculante) é o que deve prevalecer,⁸⁰ embora com alguns temperamentos, notadamente por conta das características que revestem o instituto da arbitragem. Com efeito, prepondera no procedimento arbitral o princípio da livre disposição das partes e, ainda, um método de decisão diferenciado e dotado de ideologia e valores díspares do foro judicial, pelo que *é possível ao árbitro não seguir ou contrariar uma súmula vinculante, salvo se*: (a) as partes contratantes dispuserem o oposto quando estiverem “construindo” o procedimento arbitral, isto é, se as partes estabelecerem como

⁷⁶A corrente que defende ser jurisdicional a natureza a arbitragem é também conhecida como *publicista* e tem como adeptos: Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2004, passim; Humberto Theodoro Junior. Arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 2, p. 12, nov./dez. 1999; J.E. Carreira Alvim, *Direito arbitral*, op. cit., especialmente p. 103-113, dentre outros.

⁷⁷Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 368.

⁷⁸*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 367-368.

⁷⁹*O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente*. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, especialmente p. 69-70. A autora ressalva que há uma sujeição do árbitro ao precedente judicial vinculante na causa regida por direito de país pertencente ao *common law*, face à sistemática desse regime.

⁸⁰Embora nos pareçam incensuráveis os argumentos dessa segunda corrente, ressalvamos o nosso entendimento de que a súmula vinculante apresenta uma certa conotação de ato legislativo, tema este que será abordado com maior detalhamento no item 5.4 a seguir.

critério de julgamento do árbitro a observância e respeito a súmulas vinculantes;⁸¹ (b) uma das partes for *ente* da administração pública, pois, como visto, esta é obrigada a agir de acordo com o preceito sumulado vinculante também na sua interação com os particulares.

E embora a súmula vinculante não seja, de um modo geral, de observância obrigatória na arbitragem, nada impede que tal preceito sumular exerça força persuasiva, para efeito de formação da convicção do árbitro sobre a causa.⁸²

5.3.2. Limites objetivos do efeito vinculante da súmula do STF

Quando se trata de delimitar o objeto da súmula vinculante, impõe-se um exame sobre as matérias que podem ser versadas no enunciado e também uma análise sobre os requisitos formais para a elaboração da súmula em questão.

Com relação ao primeiro aspecto, pode-se afirmar que *apenas questões de natureza constitucional* podem ser objeto de súmula com efeito vinculante, conforme se extrai do art. 103-A, *caput* da CF (cujo texto é similar ao do art. 2º, *caput* da Lei 11.417/2006). Temos aí um *limitador material* ao objeto da súmula vinculante.⁸³

Isso não significa, contudo, que a edição das súmulas vinculantes deva ter por base *apenas* normas da própria Constituição, mas *também* normas infraconstitucionais, cuja controvérsia guarde conexão com um texto ou princípio constitucional.⁸⁴ Resultado

⁸¹Nesse sentido se manifesta Eduardo Parente. Após essa ordem de considerações, o autor conclui, assim, que “a súmula obrigará o juiz, mas não o árbitro” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 108-109).

⁸²Cf. Júlia Dinamarco, *O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente*, op. cit., p. 70.

⁸³Nesse sentido, vide Ricardo de Barros Leonel, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 208. Segundo este autor, ainda, o debate constitucional deve se fazer presente no exame da norma objeto da súmula também porque os casos concretos que chegam ao STF (e que darão ensejo à súmula vinculante) são veiculados, na maioria das vezes, por recursos extraordinários, cuja discussão, sabidamente, carrega diretrizes constitucionais.

⁸⁴Nesse sentido: Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 345; Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 122; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 258; Glauco Salomão Leite, nessa linha, ressalva que estariam *excluídas* do objeto da súmula vinculante as questões sobre preceitos legais que *atinjam apenas reflexa e indiretamente a CF*, a exemplo de como o STF já se manifesta *para não admitir recursos extraordinários*; e isso porque “seria incongruente sustentar a criação de súmulas vinculantes com base nessas controvérsias, se o próprio órgão competente para criá-las não conhece daqueles litígios.” (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 73).

prático desse entendimento é a possibilidade de a súmula vinculante versar sobre matéria processual, tributária, administrativa, penal, enfim, sobre temas de diferentes áreas do direito, cuja controvérsia tenha como “pano de fundo” o debate de índole constitucional.⁸⁵

E, para além da limitação material, o objeto da súmula vinculante também apresenta *limites formais*.⁸⁶ Como já asseverado, a controvérsia sobre a matéria constitucional a ser abrangida na súmula deve: (i) ser atual; (ii) decorrer de divergência entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública; (iii) envolver a validade, interpretação e eficácia de uma dada norma; (iv) ser capaz de gerar insegurança jurídica e a multiplicação de processos sobre questão idêntica.⁸⁷

Mas o presente trabalho não tem por escopo examinar minuciosamente essas questões relacionadas à delimitação do objeto do enunciado sumular, mas sim, conhecer os limites do efeito vinculante que incide sobre a súmula do art. 103-A da CF, ou seja, definir com precisão *o que – exatamente – vincula nas súmulas do STF*.

Nesse contexto, o entendimento doutrinário corrente é o de que a vinculação da súmula do STF atinge não apenas o enunciado contido no verbete sumular, mas, também, a motivação ou os fundamentos determinantes dos reiterados julgados que deram origem à súmula.⁸⁸ Vejamos o porquê.

O efeito vinculante é um instituto desenvolvido no direito alemão, com o objetivo de dar maior eficácia às decisões do Tribunal Federal Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).⁸⁹

⁸⁵Tal posicionamento se confirma pelas quatorze súmulas vinculantes que o STF editou até a data em que este trabalho foi confeccionado. No conteúdo material desses enunciados, destacam-se temas do direito previdenciário, tributário, trabalhista, penal, processual e constitucional. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

⁸⁶A expressão é de Rodrigo Jansen, ao se referir aos pressupostos de edição da súmula vinculante (A súmula vinculante como norma jurídica, op. cit., p. 65).

⁸⁷De acordo com requisitos expressos Lei 11.417/2006, art. 2º, §1º (cuja redação é similar à da CF, art. 103-A, §1º).

⁸⁸Compartilham desse modo de pensar: Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 360 e 362; Luiz Flávio Gomes, *Eficácia e extensão das súmulas vinculantes*, op. cit., p. 657; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 164-165; Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 177; Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, p. 365; Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, op. cit., p. 65.

⁸⁹Cf. Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004*, op. cit., p. 353. Os autores ressaltam que parece legítimo recorrer ao direito alemão para explicar o efeito vinculante, uma vez que a concepção desse instituto no direito

O STF, a respeito, tem adotado a denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, pela qual juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão da sentença, mas igualmente às razões de decidir.⁹⁰ Esse entendimento, que diz respeito às decisões tomadas no *controle abstrato de constitucionalidade*, também se estende às súmulas vinculantes, pois sendo *o efeito vinculante um mesmo e único instituto jurídico*,⁹¹ é possível empregar as suas premissas uniformemente.

Consequentemente, cria-se o seguinte raciocínio: sendo próprio do instituto do *efeito vinculante* impor a observância dos fundamentos da decisão judicial, no caso das súmulas também há essa mesma obrigatoriedade (que, no caso, é com relação aos fundamentos que levaram à criação do enunciado vinculante).⁹² Ademais, essa conclusão é coerente com o antigo – mas ainda aplicável – entendimento do STF sobre a necessidade óbvia da interpretação das súmulas à luz dos precedentes que lhe deram origem.⁹³

Mas outras razões também justificam a obrigatoriedade de se acatar os fundamentos das reiteradas decisões do STF que ensejaram a criação da súmula vinculante.

A motivação estampada nos julgados que deram origem à súmula conduz o intérprete ao núcleo do entendimento do STF, consubstanciando o enunciado sumular em uma orientação mais segura e sólida; vale dizer: compreender o texto da súmula considerando o contexto do qual ela emergiu contribui para a melhor e adequada aplicação da súmula vinculante.⁹⁴

Com efeito, para a aplicação da súmula do art. 103-A da CF, o intérprete deve fazer uma análise dos fatos e condições particulares da causa com os fatos e condições que originaram a súmula vinculante. Desse modo, se a vinculação atingisse o verbete sumular, isoladamente, haveria maior dificuldade para o intérprete do direito verificar o alcance da súmula aos fatos da situação concreta, desencadeando um possível tratamento desigual a casos com fatos semelhantes aos que ensejaram a súmula. Tudo isso

brasileiro (na EC 93/03) está vinculada ao modelo germânico, consoante se nota da justificativa da proposta da referida EC 93/03. O assunto será visto com maior detalhamento no capítulo V, por se tratar de tema mais intrínseco aos efeitos das decisões tomadas no controle abstrato-principal.

⁹⁰A esse respeito, vide Informativo nº 379 do STF.

⁹¹Extraímos essa conclusão no item 5.3 deste capítulo.

⁹²Nesse sentido se firmam: Luiz Flávio Gomes, *Eficácia e extensão das súmulas vinculantes*, op. cit., p. 657; Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 177.

⁹³RExtr nº 103.775, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 19.12.1985.

⁹⁴Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 165.

acaba contrariando, ainda, um dos próprios objetivos da súmula vinculante, que é a uniformização da jurisprudência.⁹⁵

Ademais, como se nota, a conexão da súmula vinculante com os motivos determinantes da jurisprudência de base valorizam, ainda, o princípio da livre convicção do juiz, eis que este terá maiores elementos para fazer a subsunção da hipótese fática do processo com o padrão traçado pela súmula vinculante.⁹⁶

Assim, de acordo com as premissas acima estabelecidas, cumprirá aos destinatários do efeito vinculante observar não apenas o enunciado sumular, mas também as condições e circunstâncias em que tem aplicação.⁹⁷ Tal ordem de ideias, aliás, foi encampada em recente pronunciamento do Ministro Cezar Peluso, do STF,⁹⁸ que concedeu liminar em sede de reclamação para suspender os efeitos da decisão impugnada, por apontada aplicação errônea da Súmula Vinculante nº 08. O argumento utilizado foi justamente o de que o alcance das súmulas vinculantes pressupõe a observância de todo o teor dos precedentes que deram base ao enunciado, sob pena de se contrariar o sentido da própria súmula vinculante.⁹⁹

5.3.3. Aspectos temporais e modulação do efeito vinculante da súmula do STF

O art. 103-A, *caput* da CF e o art. 2º, *caput* da Lei 11.417/2006 deixam expresso que o marco inicial da súmula vinculante se dá “a partir de sua *publicação na*

⁹⁵A respeito do efeito uniformizador propiciado pela súmula vinculante, remetemos o leitor ao item 5.5 deste capítulo.

⁹⁶Em sentido semelhante, vide Cassiano Luiz Iurk. *Coisa julgada e súmula vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo*. Curitiba: JM Ed., 2008, p. 81.

⁹⁷Cf. Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 177. Isso também significa dizer, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, que “ninguém pode questionar (em casos concretos) nem o sentido interpretativo e imperativo da súmula, nem os fundamentos invocados para se chegar a ela” (Eficácia e extensão das súmulas vinculantes, op. cit., p. 657).

⁹⁸Recl 7350 MC – RN, DJ 20.02.2009.

⁹⁹Especificamente, a alegação contida na reclamação era a de que a decisão impugnada não teria observado a chamada modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que constava expressamente dos acórdãos REs nºs 556.664, 559.882 e 560.626, julgados em conjunto, e do RE nº 559.943 – precedentes estes, que deram base à edição da Súmula Vinculante nº 08, *in verbis*: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. O Ministro Cezar Peluso ponderou que “a aplicação da Súmula Vinculante nº 08 está, desta maneira, limitada pela modulação de efeitos decidida nesses precedentes”, embora o texto do enunciado sumular não fizesse expressa referência à tal limitação temporal.

imprensa oficial”, que – por sua vez – deve ocorrer *no prazo 10 (dez) dias após a sessão em que a súmula foi editada* (art. 2º, §4º da referida Lei 11.417/2006).¹⁰⁰⁻¹⁰¹

A partir desse contexto, afirma-se que a súmula vinculante produz efeitos *ex nunc* (também chamados de não-retroativos ou prospectivos), já que ela não abrange situações jurídicas pretéritas (entendidas como aquelas ocorridas antes da publicação da súmula vinculante no Diário Oficial).¹⁰² Com efeito, tal orientação se justifica inclusive em face de uma das finalidades da súmula vinculante, que é reduzir (ou até mesmo eliminar) *futuras* decisões em descompasso com os parâmetros estabelecidos pelo STF.

Nos processos pendentes de apreciação, por exemplo, a entrada em vigor de uma súmula vinculante não implica nulificar automaticamente o que já havia sido decidido em sentido contrário ao conteúdo daquela súmula.¹⁰³

Sem prejuízo dessas considerações, o art. 4º da Lei 11.417/2006 possibilita a *modulação* ou *dimensionamento* dos efeitos temporais da súmula vinculante, em nome de excepcional *interesse público* e da *segurança jurídica*,¹⁰⁴ a exemplo do que preveem os arts. 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99 para as decisões tomadas no controle abstrato de constitucionalidade.¹⁰⁵

¹⁰⁰Não há sanção prevista para a hipótese de esse prazo legal não ser cumprido.

¹⁰¹Ainda a respeito, o art. 4º da Lei 11.417/2006 diz que “a súmula com efeito vinculante tem *eficácia imediata*”. Embora uma leitura isolada da expressão “*imediata*” conduza ao entendimento de que a súmula surte efeitos desde a *data da sessão em que foi editada*, tal entendimento não se harmoniza com o texto constitucional e a sistemática legal vigente. A interpretação adequada do referido dispositivo deve ser, portanto, conjugada com o art. 103-A, *caput* da CF e o art. 2º, *caput* da Lei 11.417/2006, pelo que se pode afirmar que a súmula vinculante tem *eficácia imediata a partir da sua publicação nos órgãos oficiais de imprensa*. Nesse sentido se manifesta André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006.*, op. cit., p. 63.

¹⁰²Esclarecedora é a lição de Glauco Salomão Leite a esse respeito: “se a súmula não possui eficácia retroativa, então todos os atos e negócios efetuados em momento anterior à sua publicação serão preservados, mesmo que tenham sido realizados com base em interpretação jurídica não acolhida na súmula.” (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 176).

¹⁰³O exemplo é de Eduardo Appio. Esse autor ressalva que o eventual ingresso de recurso com base na súmula vinculante, obrigatoriamente leva à reforma da decisão recorrida que dela diverge; de outra parte, se a decisão atacada estiver em conformidade com a súmula vinculante, haverá o não-conhecimento do recurso eventualmente interposto. Tal se explica porque o sistema recursal brasileiro foi reconstruído pelas Leis 11.276/06 e 11.672/08 para assegurar a imediata adesão da instância recursal ao pronunciamento do STF, inclusive à súmula vinculante (*Controle difuso de constitucionalidade: modulação de efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*, op. cit., p. 93-94).

¹⁰⁴“Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou *decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento*, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público” (destaques são nossos).

¹⁰⁵Apesar da semelhança de redação em todos esses dispositivos, destacam-se diferenças, como por exemplo, a referência a um “*excepcional interesse social*” nas leis 9.868 e 9.882 e “*excepcional interesse público*” na lei 11.417. Embora essa sutil mudança não traga maiores consequências práticas, para André Ramos Tavares, ela significa que o dimensionamento dos efeitos vinculantes na fórmula anteriormente adotada

Vale dizer: a regra geral é a de que a súmula vincula a partir de sua publicação na imprensa oficial; porém, é possível ao STF *fixar um outro momento* para o início de incidência do efeito vinculante da súmula. Como bem esclarece Ricardo de Barros Leonel, essa modulação de efeitos temporais se aplica àquelas hipóteses em que, “paradoxalmente, a imediata aplicação do preceito contido na súmula vinculante acabe trazendo mais prejuízos que benefícios, afetando inclusive situações jurídicas já consolidadas”.¹⁰⁶

A propósito, é difundida a ideia de que esse dimensionamento dos efeitos temporais equivale a retardar ou postergar a incidência da súmula; mais precisamente, considera-se que esse outro possível termo inicial dos efeitos vinculantes deve ser sempre *posterior* à publicação da súmula, já que esta, pela dicção do art. 103-A, *caput* da CF, não poderia apanhar situações pretéritas. Conclui-se, com isso, que a súmula vinculante sempre produzirá *efeitos pro futuro* porque *ou* ela terá início a partir de sua publicação *ou* incidirá a partir de outra data (futura) fixada pelo STF.¹⁰⁷

Nada obstante, recentes decisões monocráticas do STF vêm sinalizando a possibilidade de uma súmula vinculante operar com termo inicial anterior à sua data de publicação, na hipótese de veicular declaração de inconstitucionalidade, cujos efeitos temporais tenham sido manipulados não propriamente na edição da súmula, mas sim, nas decisões reiteradas que deram origem a essa súmula e efeito vinculante.¹⁰⁸

justifica os interesses da sociedade (interesse social) em detrimento da preocupação com os interesses do Estado (interesse público) [*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 65].

¹⁰⁶ *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 211.

¹⁰⁷ Nesse sentido, vide Ricardo de Barros Leonel, para quem o dimensionamento dos efeitos temporais corresponde a “postergar a eficácia da súmula” ou “retardar um pouco a incidência da súmula para evitar mal maior” (*Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 210-211); Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Wambier e José Medina, de igual modo, sustentam que a intenção do legislador foi “criar a possibilidade de que, em vez de imediatamente, passe a súmula a tornar-se vinculante num futuro próximo” (*Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 273); com argumentos semelhantes, vide também André Ramos Tavares, (*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 65); Arruda Alvim, *Súmula e súmula vinculante*, op. cit., p. 1156 e Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 180.

¹⁰⁸ A título exemplificativo, nota-se que os precedentes que serviram de base para a Súmula Vinculante nº 08 estabeleceram que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991 incidiriam a partir de 11.06.2008 (data de julgamento desses precedentes); já a Súmula Vinculante de nº 08, que consagrou o entendimento de inconstitucionalidade sobre aqueles dispositivos, foi publicado, posteriormente, em 20.06.2008. Meses depois, alguns Ministros do STF já ponderaram que a aplicação da Súmula Vinculante nº 08 fica limitada pela modulação de efeitos decidida nesses arestos que geraram a edição da súmula – o que implica concluir que tal verbete sumular pode, excepcionalmente, operar com marco inicial anterior à sua própria publicação Vide Reclamações nº 7350 MC –RN, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20.02.2009 e a de nº 7229 MC – MA, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 03.02.2009.

De outra parte, há doutrinadores que consideram incabível a modulação de efeitos temporais da súmula vinculante, por ser inconstitucional o art. 4º da Lei 11.417/2006. De acordo com esse ponto de vista, se o art. 103-A, *caput* da CF determina que os efeitos vinculantes sejam gerados a partir da publicação da súmula, não poderia a lei infraconstitucional autorizar o STF a fixar outra data.¹⁰⁹

Todavia, tal como acentuamos no capítulo anterior, a modulação de efeitos temporais é medida consentânea com fundamentos de ordem constitucional (como o princípio da proporcionalidade, segurança jurídica e boa-fé), sendo empregada há um bom tempo na jurisprudência do STF. Portanto, adotar essa solução para as súmulas vinculantes não representaria uma afronta à Constituição Federal.¹¹⁰ Ademais, como também já mencionamos, existem algumas decisões monocráticas do STF que deixam implícito o cabimento desse expediente com relação às súmulas vinculantes, ao permitirem que uma súmula fique limitada à modulação de efeitos realizada nos precedentes que lhe deram base.¹¹¹

E, ainda com relação ao alcance temporal ora tratado, resta a indagação: até quando incidem os efeitos vinculantes da súmula STF? Já vimos, a esse respeito, que esta pode restar *prejudicada* com uma inovação legislativa que contrarie o conteúdo da súmula vinculante anteriormente editada,¹¹² inclusive, nos termos do art. 5º da Lei 11.417/2006.¹¹³

Todavia, destacamos que tal prejudicialidade se dá com relação às *situações futuras* abrangidas pela súmula, eis que esta não deixa de produzir efeitos jurídicos sobre os fatos ocorridos no lapso temporal entre a sua entrada em vigor e a alteração ou a revogação da lei em que o enunciado sumular se baseou.¹¹⁴

¹⁰⁹Arthur Mendes Lobo, Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante, op. cit., p. 93-94.

¹¹⁰Nelson Nery Junior utiliza argumento semelhante para sustentar o cabimento da modulação de efeitos temporais no controle difuso-incidental-concreto de constitucionalidade (Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 98 e 101). Nesse sentido, ainda, vide Paulo Roberto Lyrio Pimenta, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em direito tributário*, op. cit., p. 99.

¹¹¹Recl n° 7350 MC –RN, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20.02.2009 e Recl. n° 7229 MC – MA, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 03.02.2009.

¹¹²Tema tratado no item 5.3.1, quando se examinou a possibilidade de o Poder Legislativo ser atingido pela súmula vinculante.

¹¹³“Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

¹¹⁴Assim também se pronunciam André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 71 e Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 171.

Mais: não é automática a aludida prejudicialidade. A dicção do art. 5º da Lei 11.417/2006 permite concluir que a revogação total ou parcial da lei abordada na súmula vinculante fará com que o STF, de ofício ou por provocação, avalie o efeito do novo enunciado normativo sobre a súmula (que será, então, revista ou cancelada a depender do quanto foi afetada pela inovação legislativa).¹¹⁵

Além disso, a súmula vinculante não deverá ser necessariamente revista ou cancelada pelo STF também porque, como se apontou, ela será no mínimo útil para fornecer a solução jurídica adequada aos conflitos verificados sob a égide da lei pretérita, a partir da entrada em vigor da súmula.

5.3.3.1. Outras dimensões da modulação do efeito vinculante da súmula do STF

O já mencionado art. 4º da Lei 11.417/2006 também permite expressamente ao STF “restringir os efeitos vinculantes”.

O entendimento que daí se extrai é o de que, para além do dimensionamento temporal, a modulação de efeitos vinculantes se estende também a outros aspectos, como o espacial (pelo que seria possível restringir as regiões abrangidas pelo verbete sumular), o subjetivo (dimensionamento de pessoas atingidas pela súmula) e o objetivo (segmentação de partes da súmula que podem ter efeito vinculante).¹¹⁶

André Ramos Tavares não discorda dessa interpretação, mas ressalva que tal restrição da eficácia vinculativa a pessoas, regiões e segmentos da súmula pode apresentar inconvenientes, em determinadas situações.

Na restrição espacial, por exemplo, se a súmula veicular a inconstitucionalidade de uma lei local, não seria adequado restringir a orientação apenas a

¹¹⁵Em sentido semelhante se posiciona Glauco Salomão Leite. O mesmo autor aponta outra situação que o leva a concluir por uma inexistência de prejudicialidade automática da súmula vinculante: se a lei nova for considerada inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade antes mesmo de o STF avaliar os efeitos dela sobre a súmula vinculante; nesse caso, a súmula não seria afetada porque a inovação legislativa foi considerada inválida em controle abstrato (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 171).

¹¹⁶Nesse sentido se manifestam Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 274 e Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 179. Os três primeiros autores exemplificam: “pode o STF estabelecer que os efeitos vinculantes de certa súmula só atinjam União e Estados Federados e não municípios. Ou só municípios com população acima do determinado número de habitantes. Evidentemente, sempre tendo como pano de fundo o excepcional interesse público”.

determinada unidade federativa, pois outras localidades com lei de idêntico teor também deveriam se submeter ao entendimento do STF. Na restrição subjetiva, não seria conveniente excluir a Administração Pública, pois, não raro, é ela quem mais provoca demandas judiciais repetidas, sobre as quais o STF já tem entendimento pacífico, assoberbando os serviços judiciários; também não deveria o Judiciário ser excluído da incidência da súmula, pois a súmula não possuiria qualquer efetividade, caso os julgadores não aplicassem o seu conteúdo. Desprover parte da súmula de obrigatoriedade poderia ser um paradoxo à atividade do STF que, antes da modulação de efeitos, teve de contar com um quorum de 2/3 (dois terços) dos ministros para tornar todo o enunciado obrigatório.¹¹⁷

Em que pese à lógica dessas considerações, o legislador estabeleceu a possibilidade de modular efeitos por razões de segurança jurídica e de interesse público. Ou seja, a modulação se dá em situações excepcionais. Assim, apesar dos inconvenientes que podem surgir com a restrição dos efeitos vinculantes, certamente serão aqueles previamente analisados pelo STF que, então, adotará a melhor solução, arcando com o ônus argumentativo que tal restrição implica.

Vale dizer, o STF deverá sempre justificar as necessidades de se promover tal dimensionamento, apontando quais são as razões de segurança jurídica e/ou de interesse público que embasam a sua posição.¹¹⁸

De qualquer maneira, seja sob a ótica dos aspectos temporais (ou não), a dicção do art. 4º da Lei 11.417/2006 revela, ainda, que o STF pode fixar até mesmo uma “vinculatividade gradativa” para atenuar o impacto a ser causado pela edição súmula no cenário jurídico.¹¹⁹ Entretanto, fica a advertência de que essa restrição não pode se operar em grau máximo, pois, do contrário, chegaríamos ao paradoxo de criarmos uma súmula vinculante que não vincula, “por terem sido restringidos seus efeitos vinculantes”.¹²⁰

Por derradeiro, cabe expor que a modulação ora tratada (seja ou não temporal) não advém automaticamente da aprovação da súmula. São duas as deliberações: uma que aprova a edição e outra que decide sobre a modulação dos efeitos vinculantes

¹¹⁷*Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 69-70. Reproduzido semelhantes ideias, vide Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 179-180.

¹¹⁸Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 179.

¹¹⁹Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 274. Para esses autores, tal vinculatividade gradativa poderia se operar “com base num cronograma preestabelecido para a Administração Pública”.

¹²⁰Nesse sentido se manifesta André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 64.

dessa súmula. Para ambas as situações, o *quorum* é o mesmo: 2/3 (dois terços) dos ministros do STF.¹²¹

5.4. Da comparação entre súmula vinculante e norma legal: principais repercussões processuais

Vem se fortalecendo em sede doutrinária a afirmação de que “a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal assume conotação de ato legislativo”.¹²²

Esse entendimento tem sua razão de ser diante das fortes semelhanças que ambos os institutos jurídicos apresentam. A começar pela *estrutura*, tanto a súmula vinculante como a norma legal contêm um enunciado *abstrato, genérico, impessoal* e com o atributo da *imposição*.¹²³

Com efeito, à semelhança de uma lei, a súmula vinculante: (a) é abstrata na medida em que seu conteúdo diz respeito a variadas matérias, destinado a regular determinada situação objetiva; (b) é genérica e impessoal porque, embora não tenha efeitos *erga omnes*, pode ela – ainda que indiretamente – se aplicar a todos,¹²⁴ como já visto; a marca da generalidade também se faz presente porque visa a superar um estado de incertezas, fixando um padrão de conduta para casos semelhantes;¹²⁵ (c) é impositiva (deve ser obedecida) pela força coercitiva que irradia, pelo seu caráter compulsório ou obrigatório.¹²⁶

¹²¹ Assim também se pronuncia Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 178.

¹²² As palavras reproduzidas em aspas são de Ada Pellegrini Grinover, *Mudanças estruturais no processo civil brasileiro*, op. cit., p. 50.

¹²³ Assim se posicionam: Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 317 e 372; Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, op. cit., p. 62 e 73. Vide, também, Humberto Theodoro Junior. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, p. 38, jun. 2005. Em sentido diverso, Osmar Mendes Paixão Côrtes sustenta que a previsão contida na súmula vinculante não se confunde com uma proposição genérica e abstrata como a da lei, mas admite que a súmula cria uma certa “*norma de decisão* específica para um caso concreto”, já que fixa um entendimento a ser obrigatoriamente seguido em casos futuros (*Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 199-200).

¹²⁴ Mesmo antes da EC 45/2004, Saulo Ramos já sustentava que a súmula vinculante tem conotação de ato normativo porque irradia efeitos que atinge a todos (Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.16, p. 36, jul./set. 1996).

¹²⁵ Nesse sentido, vide Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 114.

¹²⁶ Para Humberto Theodoro Junior, dotar a súmula de obrigatoriedade “é atribuir-lhe autoridade para funcionar com *força normativa igual à da lei*, que a todos obriga e de cujo império não podem fugir os juízes, em suas decisões, a Administração, em seus atos e processos, e os particulares, em sua vida negocial.” (*Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*, op. cit., p.

Além disso, a edição de uma súmula vinculante pode produzir impacto similar ao de uma norma no cenário jurídico. Tanto assim que, para fins de adaptabilidade à formulação contida na súmula vinculante, é possível ao STF flexibilizar a vigência desta súmula (art. 4º da Lei 11.417/2006).¹²⁷ Nessa ordem de ideias, afirma-se, inclusive, que a modulação de efeitos temporais, com o deslocamento da eficácia para momento ulterior à publicação de uma súmula vinculante guarda similitude com a noção de *vacatio legis*.¹²⁸

E há mais características comuns: (a) o intérprete da norma legal e o da súmula vinculante realizam a subsunção do comando (contido na norma ou na súmula) aos casos concretos;¹²⁹ (b) há um *efeito preventivo geral* desempenhado por súmulas vinculantes e normas legais, enquanto balizadoras de condutas de seus destinatários.¹³⁰

Assim, há ponderações no sentido de que a súmula vinculante alcançou o patamar de *fonte primária* ou *formal do direito*, atuando em paralelo à lei,¹³¹ sobretudo ao se considerar o caráter normativo do instituto.

Todavia, a configuração aproximada à de uma norma legal não implica dizer que o STF se reveste de uma *função legislativa*, ao editar súmulas vinculantes.¹³² Estas se encaixam preponderantemente no âmbito da *função jurisdicional*, por serem resultado de uma atividade *judicial* em que há uma interpretação jurídica consolidada a partir de repetidas decisões judiciais tomadas num mesmo sentido (as quais, de sua vez,

38). Nesse diapasão, o que diferencia o dever de obediência à súmula vinculante e à lei, na opinião de Rodrigo Jansen, é que o cumprimento da súmula vinculante pode ser exigido diretamente no STF, por intermédio da reclamação (A súmula vinculante como norma jurídica, op. cit., p. 53). Rodolfo Mancuso aponta, ainda, dez argumentos que justificam o caráter obrigatório da súmula vinculante (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 327); examiná-los com minúcias escaparia aos fins do presente trabalho.

¹²⁷Nesse sentido, manifestam-se Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 274.

¹²⁸Cf. Arruda Alvim, *Súmula e súmula vinculante*, op. cit., p. 1156.

¹²⁹Cf. Debora Baumöhl compartilha desse entendimento (*Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 202-203). Na mesma linha, vide Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 317 e 324.

¹³⁰Cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 320.

¹³¹Entre outros, assim se manifestam Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 189; Mônica Sifuentes, *Súmula vinculante (um estudo sobre o poder normativo dos tribunais)*, op. cit., p. 161; Márcia Cadore, *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*, op. cit., p. 108-109. Complexas discussões teóricas permeiam o estudo das “fontes de direito”, inclusive, as diversas acepções que essa expressão pode assumir, bem como a relevância dos precedentes judiciais nesse cenário. Sobre a temática, vale conferir a obra de José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte de direito*, op. cit.

¹³²A propósito, na conhecida lição de Mauro Capelletti, a função de criação do direito, hoje, não é exclusiva do poder legislativo, sendo possível a atribuição de um certo “poder normativo” à magistratura (*Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, especialmente p. 26 e ss). Nesse contexto, pode-se afirmar que não é estranha à atividade judicial na interpretação das leis a fixação de diretrizes ou padrões de comportamentos.

pressupõem debates que envolveram o exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes).¹³³

Além disso, a doutrina também diferencia as figuras jurídicas ora tratadas. Com efeito, a norma legal tem por órgão de origem o Poder Legislativo, enquanto a súmula vinculante, o Poder Judiciário; do ponto de vista da “matéria-prima”, a súmula vinculante parte de decisões judiciais reiteradas num mesmo sentido, ao passo que a norma legal busca insumos; ademais, elas se distinguem também quanto ao âmbito de abrangência, pois o espectro de pessoas que se sujeitam aos efeitos da súmula vinculante pode ser mais restrito,¹³⁴ como asseverado alhures.

Mais ainda: diversamente do ato legislativo, a súmula vinculante não inova no cenário jurídico, no sentido de criar originalmente um comando; ela apenas contempla a interpretação de uma lei, sendo proibido ao STF gerar uma norma que não foi previamente instituída pelo Legislativo.¹³⁵ Como bem sintetiza Sérgio Bermudes, as súmulas vinculantes “não constituem lei em sim mesma, porém modo obrigatório de aplicar a lei”,¹³⁶ ou como prefere diferenciar Arruda Alvim, “o mandamento é o da lei e a interpretação obrigatória é da súmula”.¹³⁷

Consequência prática desse confronto analítico com a norma legal seria saber se cabe ação direta de inconstitucionalidade em face de uma súmula vinculante que porventura viole a CF, considerando que diversas espécies normativas são impugnáveis através daquela via processual.

Para uma primeira corrente, a resposta seria afirmativa, face ao caráter normativo da súmula vinculante, que a permite equiparar a um ato legislativo.¹³⁸ Já para

¹³³Em sentido semelhante, vide Sérgio Bermudes, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 118; Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 114; Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 199.

¹³⁴Quem faz essas distinções é Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 320.

¹³⁵Humberto Theodoro Junior é enfático a esse respeito, quando analisa o conteúdo do art. 4º da Lei 11.417/2006 [Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417)], op. cit., p. 122-123].

¹³⁶Cf. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 118.

¹³⁷Cf. *Súmula e súmula vinculante*, op. cit., p. 1157.

¹³⁸Nesse sentido se manifestam Carlos Mario da Silva Velloso. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 378, p. 14, mar./abr. 2005; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 182. Antes da EC 45/2004, Saulo Ramos também assim se pronunciava (Questões do efeito vinculante, op. cit., p. 36). Rodolfo Mancuso se mostra tendente a aceitar essa possibilidade.

uma segunda linha de pensamento, as súmulas vinculantes não se sujeitam a esse mecanismo do controle concentrado porque “não são formalmente lei ou ato normativo”.¹³⁹

Com efeito, a jurisprudência do STF já mostrava que a súmula meramente persuasiva ou qualquer decisão judicial não poderiam ser controláveis na via direta, justamente por lhes faltar a normatividade.¹⁴⁰ Nas palavras de Rodolfo Mancuso, “resta saber se o STF manterá esta interpretação agora com o advento da súmula vinculante”.¹⁴¹

Mas a Suprema Corte brasileira também tem revelado que o objeto da ADIn alcança apenas *atos normativos aptos a inovar na ordem jurídica*.¹⁴² Assim, parece-nos autorizado concluir que *não poderia a súmula vinculante ter sua constitucionalidade questionada pela via da ação direta*, eis que, apesar da sua conotação normativa, ela é um ato *jurisdicional* que contempla a *interpretação* de uma norma legal e, portanto, *não chega exatamente a inovar no cenário jurídico*, como já visto.

E nem se diga que adotar essa nossa posição acarretaria um convívio com súmula vinculante inconstitucional. Uma das possíveis soluções para o problema da “inconstitucionalidade da súmula vinculante” seria provocar o procedimento de revisão e cancelamento, tal como se prevê no art. 103-A, §2º da CF, bem como no art. 3º da Lei 11.417/2006.¹⁴³ Outra opção, a depender do caso, poderia ser a propositura da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), outro mecanismo do controle principal-abstrato, cujo objeto é amplo e alcança os atos judiciais.¹⁴⁴

¹³⁹Cf. Luiz Flávio Gomes, *Eficácia e extensão das súmulas vinculantes*, op. cit., p. 656. Luis Roberto Barroso também perfilha esse entendimento (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 160-161, nota 83, *in fine*).

¹⁴⁰ADIn 594-DF (MC): “A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada” (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.02.92, DJU 15.04.94); AgReg na ADIn 779: “Decisões judiciais proferidas em face de situações concretas ou individuais não se submetem, por total ausência de conteúdo normativo, ao controle concentrado de constitucionalidade” (Rel. Min. Celso de Mello, j. 08.10.92, DJU 11.03.94).

¹⁴¹*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 369.

¹⁴²A conclusão é de Luis Roberto Barroso, depois de um minucioso exame jurisprudencial acerca das diversas espécies normativas que podem ser impugnadas através de ADIn (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 161).

¹⁴³Luis Roberto Barroso também assim se manifesta, apontando como uma das saídas para o problema o procedimento de revisão e cancelamento da súmula vinculante (CF, art. 103-A, par. 2º), a ser provocado “por aqueles que podem propor ADIn” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 160-161, nota 83, *in fine*).

¹⁴⁴Nas palavras de Gilmar Mendes, “caberá a propositura da argüição de descumprimento para se evitar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99” (*Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 143). A respeito dos atos que podem ser objeto da ADPF, vide nossas considerações no capítulo VI.

Sem prejuízo do exposto, comparar a súmula vinculante a uma norma legal não significa dizer que na formação da persuasão racional do juiz (CPC, art. 131), a interpretação de uma súmula possa ter a mesma intensidade que a realizada sobre um texto legal. Como assevera Rodolfo Mancuso, a exegese sobre uma norma legal comporta ampla leitura e vários métodos interpretativos: gramatical, lógico, teleológico, etc., ao passo que a interpretação do magistrado sobre a súmula vinculante “deve ser parcimoniosa e restrita”, limitando a fixar o alcance do enunciado para verificar se o caso concreto nele se enquadra.¹⁴⁵

Pelas razões acima apontadas, entendemos, inclusive, não ser possível o controle de constitucionalidade da súmula vinculante também em sede de fiscalização difusa e concreta, pois nada obstante o aspecto normativo e geral da súmula ora tratada, esta constitui ato jurisdicional que contempla a interpretação de uma lei (não inova, portanto, no cenário jurídico) e, além disso, sua exegese é mais restrita que a da norma legal, de acordo com a sistemática processual e constitucional vigente. Ademais: (a) há mecanismos próprios para revisão e cancelamento da súmula vinculante quando esta não mais for condizente com a realidade social e até mesmo confrontar valores constitucionais – com vimos;¹⁴⁶ (b) a possibilidade de qualquer magistrado controlar a compatibilidade do teor da súmula vinculante com a CF poderia trazer como resultado a não-aplicação ou a aplicação indevida da súmula – o que seria incoerente com a regra da obrigatoriedade de observância do enunciado sumular do STF, cujo descumprimento pode acarretar a cassação do ato contrário à súmula (mediante o emprego da reclamação) e até mesmo a responsabilização do agente recalcitrante.¹⁴⁷

E, para além dessas discussões, ao se tratar a súmula vinculante como norma ou fonte primária do direito, surge também o debate sobre o cabimento de ação rescisória contra sentença que contraria súmula vinculante; o fundamento seria o art. 485,

¹⁴⁵ *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 324 e 363.

¹⁴⁶ Assim, diante de um caso concreto, se o STF entendesse ser o caso de rever seu entendimento ou compatibilizar o comando da súmula à realidade constitucional, essa desvinculação deve ser justificada e ainda se valer do procedimento específico do art. 103-A, §2º da CF e art. 2º da lei 11.417/06 para promover tal revisão e alteração da súmula, tal como já ponderamos acima.

¹⁴⁷ Em sentido oposto, entendendo que o juiz pode efetuar o controle, *in concreto*, da súmula vinculante do STF, por ter o instituto um caráter geral e normativo, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 15 ao art. 518, §1º, p. 864).

V do CPC, interpretado extensivamente. Este tema, por opção metodológica, será analisado mais profundamente em item próprio.¹⁴⁸

5.5. Outros efeitos processuais da súmula vinculante

A súmula vinculante também projeta outros efeitos com relação aos processos (em curso e também futuros).

Nesse contexto, merece destaque uma das facetas do efeito vinculante das súmulas do STF: *o efeito inibitório sobre a interposição de recursos que versam sobre a matéria já sumulada*. Como realçamos anteriormente, trata-se de característica comum à súmula vinculante e súmula impeditiva de recursos, mas esses dois expedientes não se confundem, inclusive sob o ponto de vista da eficácia.

A chamada “súmula impeditiva de recursos” vem contemplada na PEC 358/2005,¹⁴⁹ cuja redação prega que o STJ ou o TST poderão aprovar (mediante dois terços de seus membros e após reiteradas decisões sobre a matéria) súmula que constituirá aos jurisdicionados um *impedimento* para interposição de quaisquer recursos contra decisão judicial que a houver aplicado na solução dos processos pendentes de julgamento. Semelhante técnica consta do art. 518, §1º do CPC, pelo qual o juiz de primeiro grau não admitirá recurso de apelação que contrarie súmula do STJ ou do STF.¹⁵⁰ A doutrina lembra

¹⁴⁸A questão não é pacífica na doutrina. O tema, contudo, será detidamente analisado no capítulo VI, dedicado ao estudo dos conflitos entre os pronunciamentos judiciais em que se exerce o controle de constitucionalidade.

¹⁴⁹Originalmente, ambas as modalidades de súmula (vinculante e impeditiva) vinham previstas na PEC 29/2000, que depois se fragmentou, ficando uma parte aprovada como EC 45/2004, tendo a outra retornado à Câmara dos Deputados, sob o nº 358/2005. Atualmente, a PEC 358/2005 encontra-se em tramitação perante o Congresso Nacional, contando com diversos requerimentos a fim de que a proposta seja “incluída na ordem do dia”, consoante informações disponibilizadas no *site* oficial da CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274765>. Acesso em: 04 abr. 2009.

¹⁵⁰Cf. Nelson Nery Junior e Rosa Nery. Os autores afirmam: “O CPC 518 §1º é praticamente cópia de dispositivo que não foi aprovado pela EC 45/04 e existe proposta no Congresso Nacional para incluir o instituto da súmula impeditiva de recurso no texto da CF. O tema, portanto, não é de lei ordinária mas de Constituição. O dispositivo faz com que, na prática, as súmulas simples do STF e as do STJ tenham todas eficácia vinculante, em evidente desrespeito ao sistema constitucional, notadamente ao espírito da CF 103-A” (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 10 ao art. 518, §1º, p. 863). No mesmo sentido se pronuncia José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, op. cit., p. 461. Sem prejuízo dessas considerações, Antonio Carlos Marcato destaca que o dispositivo não chega propriamente a impedir a interposição de apelação, mas sim estabelece um pressuposto negativo de admissibilidade do apelo (*Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, op. cit., p. 206).

que essa fórmula não chega a ser inovadora, também porque o art. 557 do CPC autoriza o relator a negar seguimento a qualquer recurso cuja matéria confronte o conteúdo de súmula do respectivo Tribunal ou de súmula dos Tribunais Superiores.¹⁵¹

Discussões à parte acerca dessa técnica, para Carlos Mario da Silva Velloso, a aludida súmula impeditiva não tem o alcance da súmula vinculante, pois aquela primeira não tem a força inibitória das lides em seu nascedouro.¹⁵² Nesse contexto, Luiz Flávio Gomes destaca outras diferenças: “a vinculante só pode ser emitida pelo STF; a impeditiva de recursos poderá ser criada pelo STJ ou TST; (...) a súmula vinculante vincula inclusive o juiz (que é obrigado a respeitá-la); a impeditiva não limita (não engessa) a atividade jurisdicional, podendo o juiz decidir contra a súmula; caso, entretanto, decida de acordo com seu sentido, não caberá recurso especial (nem para o STJ nem para o TST).”¹⁵³

Rodolfo Mancuso, também nesse cenário, acrescenta interessante ponto de vista: a súmula vinculante apresenta *efeitos extra autos* ou *pan-processuais* (ao albergar pessoas não-integrantes do contraditório posto em juízo) numa eficácia comparada a de uma norma legal, ao passo que a súmula impeditiva de recursos se destina a operar como “elemento de contenção de recursos e demais impugnações judiciais”, *atuando ao interno dos processos* (numa eficácia *endoprocessual*), a exemplo do que se dá com relação aos poderes do relator no juízo de admissibilidade dos recursos (art. 557, *caput* e §1º-A) e do juiz para recusar apelação contra sentença editada em conformidade com súmula do STF (CPC, art. 518, §1º).¹⁵⁴

Outra importante característica a ser aqui destacada é que a súmula vinculante pode exercer, ainda, um *efeito controlador* sobre a massa de processos,¹⁵⁵ eis que baliza a conduta do jurisdicionado, desestimulando-o a ingressar com qualquer medida processual contrária à decisão judicial que aplicou à súmula (reduzindo o número de recursos que chega ao STF) e fixa parâmetros uniformes para os órgãos julgadores

¹⁵¹Cf. Luiz Guilherme Aidar Bondioli. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188 e ss.

¹⁵²Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, op. cit., p. 14. No mesmo sentido: Antonio de Souza Prudente, A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade, op. cit., p. 56.

¹⁵³Eficácia e extensão das súmulas vinculantes, op. cit., p. 657. A esse respeito, William Santos Ferreira se vale de argumentos semelhantes, concluindo que “súmula vinculante não é súmula impeditiva de recursos” (*Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*), op. cit., p. 807-808).

¹⁵⁴Nesse sentido, vide Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 371.

¹⁵⁵A expressão é empregada por Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 326.

decidirem as causas semelhantes e repetidas, diminuindo a demora na prestação jurisdicional e, por conseguinte, reduzindo a carga de processos.

Para se alcançar tal propósito, impende que a emissão dos enunciados “disponha sobre temas ainda não suficientemente decantados nas instâncias judiciais precedentes ou no próprio Tribunal” e nem se ponha “em rota de colisão com a normação positiva”.¹⁵⁶

Há alertas, contudo, para o fato de que o efeito controlador em questão pode até propiciar a diminuição do número de recursos extraordinários que chegam ao STF, mas em compensação, também pode vir acompanhada de uma “avalanche” de reclamações (CF, art. 103-A, §3º e Lei 11.417, de dezembro de 2006, art. 7º) relacionadas à aplicação – ou não – da súmula vinculante.¹⁵⁷ A propósito, parte dessa previsão doutrinária recebe confirmação do setor de informações gerenciais do STF, o qual aponta que, de fato, houve um certo aumento de distribuição de reclamações e uma significativa redução na distribuição de recursos extraordinários, a partir de 2007 (quando entrou em vigor a lei 11.417/2006).¹⁵⁸

Ainda com relação a outros efeitos que a súmula vinculante pode irradiar, cabe expor que, nos termos do art. 6º da Lei 11.417/2006, a proposta de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante *não autoriza a suspensão dos processos* pendentes, em que se discute a mesma questão. Aliás, vedar a suspensão do feito é postura legislativa que tem sido aplaudida em sede doutrinária:

(a) primeiro, porque a mera *proposta* de súmula vinculante não revela instabilidade na linha hermenêutica adotada pelo Tribunal, a ponto de gerar uma paralisia dos processos até que o STF delibere sobre a questão em sessão plenária;¹⁵⁹

(b) segundo, porque esse congelamento dos processos traz inconvenientes de ordem prática e não vai de encontro aos ideais de celeridade da prestação jurisdicional (aliás, não há prazo para o pronunciamento acerca da proposta de súmula vinculante e a se considerar o volume de processos do STF, tal deliberação pode não ser imediata);¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 326.

¹⁵⁷ Cf. Ricardo de Barros Leonel, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, op. cit., p. 205.

¹⁵⁸ Consoante informações constantes do *site* oficial do STF, em 2006 foram distribuídos 49.708 recursos extraordinários e 868 reclamações; em 2008 foram 21.531 recursos extraordinários e 1625 reclamações. O *site* não discrimina se tais reclamações estão relacionadas a eventual descumprimento de súmula vinculante. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa por Classe*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 03 abr. 2009.

¹⁵⁹ Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 153.

¹⁶⁰ Cf. André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 75-76.

(c) terceiro, porque a não-suspensão dos processos consolida o regime de não-retroatividade dos efeitos vinculantes da súmula, isto é, permitir a paralisação dos feitos impediria o seu julgamento e trânsito em julgado, pelo que a súmula vinculante albergaria, às avessas, situações consolidadas no passado (o que não seria coerente com o estabelecido no art. 4º da Lei 11.417/2006);¹⁶¹

(d) em quarto lugar, a vedação de sobrestamento dos processos em curso *reafirma a manutenção do controle difuso* em nosso sistema jurídico, já que consolida a possibilidade de qualquer órgão julgador fazer a fiscalização de constitucionalidade nos casos concretos, mesmo que paralelamente tramite uma proposta de súmula vinculante, versando sobre o mesmo tema.¹⁶²

Por fim, e não raramente, a súmula vinculante também é tratada como “mais outra forma de *uniformização de jurisprudência*, (...) a exemplo da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.¹⁶³

É que ao tornar abstratos, genéricos e impessoais determinados posicionamentos, a súmula vinculante *confere idêntica resolução jurídica às mesmas situações de direito material* e, com isso: (i) evita a proliferação desenfreada de julgados discrepantes; (ii) otimiza o serviço judiciário com economia e celeridade processual; e (iii) fornece segurança jurídica aos jurisdicionados ao exterminar as dúvidas e inseguranças sobre determinada relação jurídica ou bem da vida, já que a súmula vinculante serve de embasamento para o julgamento de novos processos. Daí a se falar num *efeito uniformizador* das súmulas vinculantes.¹⁶⁴

Críticas, entretanto, surgem no sentido de que o emprego do aludido efeito uniformizador às súmulas vinculantes não seria tão salutar ao nosso sistema quanto se imagina, inclusive porque acarretaria um autoritarismo que restringe a independência do

¹⁶¹Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 275 e André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 75-76.

¹⁶²Cf. Fernando Facury Scaf, *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso*, op. cit., p. 593. O referido autor, contudo, sustenta ser uma ingenuidade acreditar que o órgão julgador, na prática, dê prosseguimento aos atos jurisdicionais se o deslinde da causa depender da deliberação a ser conferida à proposta de súmula vinculante.

¹⁶³Cf. Sérgio Shimura, *Súmula vinculante*, op. cit., p. 761 (grifos não constam do original).

¹⁶⁴Dentre outros, defendem essas idéias com argumentos muito próximos Cândido Dinamarco. *Fundamentos de processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 2, p. 1226 e ss; José Marcelo Menezes Vigliar, *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*, op. cit., especialmente p. 74-86 e 207-211; Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p. 16 e ss; Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 200-204; Eduardo Parente, *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 89-90.

jugador, rompendo com a democracia.¹⁶⁵ De outra parte, esse modo de pensar também encontra opositores sustentando, em síntese (e com toda a razão), que a súmula vinculante não afeta a independência ou a liberdade do juiz quanto ao exame das questões de fato (inclusive a análise das provas), nem o juízo de adequabilidade de se aplicar – ou não – a súmula ao caso concreto.¹⁶⁶

Ainda nesse particular, nem se alegue que tal uniformização conduziria a uma espécie de “fossilização” sobre determinada matéria, em razão dos julgadores de instâncias inferiores não poderem julgar em sentido contrário ao conteúdo da súmula vinculante. Como vimos, existem mecanismos de revisão do conteúdo da súmula vinculante e, além disso, por meio do sistema difuso-incidental de constitucionalidade, é possível que a matéria chegue até o STF, o qual pode rever o entendimento anteriormente sumulado, em face das mudanças e anseios experimentados pela nossa sociedade.

O detalhamento a respeito dessa e outras objeções, todavia, conduz ao debate sobre a conveniência – ou não – de implementação da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro - o que, no entanto, foge aos limites e fins deste trabalho.

De qualquer modo, não nos parece exagero afirmar que em meio às diversas críticas que se manejam à súmula vinculante e as dúvidas que ainda permeiam essa figura, ela representa, sem qualquer sombra de dúvidas, mais um passo na tendência de combater os efeitos perversos causados pela grande quantidade de processos que versam sobre as mesmas matérias (como a proliferação de decisões conflitantes e incoerentes), bem como de combater a demora da prestação jurisdicional.

¹⁶⁵Cf. Fabio Cardoso Machado. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de Jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-partidária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, p. 123-147, jun. 2005. Ideias semelhantes são trazidas em texto de autoria Carmen Lucia Antunes Rocha (Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 129, out./dez. 1997).

¹⁶⁶A respeito, vale conferir as considerações de Eduardo Cambi. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 114, abr. 2001 e as observações de Ellen Gracie Nothfleet. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, p. 134, jul./set. 1996.

CAPÍTULO VI. EFEITOS PROCESSUAIS NO CONTROLE CONCENTRADO, ABSTRATO E PRINCIPAL DE CONSTITUCIONALIDADE

6.1. Mecanismos processuais em que se exerce o controle concentrado, abstrato e principal

O controle abstrato exercido pelo STF se opera, hoje, pelos seguintes expedientes processuais: *ação direta de inconstitucionalidade* (CF, art. 102, I, *a*); *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (CF, art. 103, §2º); *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* (CF, art. 36, III e art. 34); *ação declaratória de constitucionalidade* (CF, art. 102, I) e *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 102, §1º).

O presente estudo não tem por escopo analisar cada um desses expedientes ou os explorar em detalhes. Entretanto, necessário apontar generalidades que permitem uma compreensão mais abrangente desses mecanismos, a fim de que sejam extraídas conclusões referentes aos efeitos processuais de seus respectivos provimentos.

6.1.1. Aspectos gerais

A ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), prevista no art. 102, I, *a* da CF, é expediente que se volta contra lei ou ato normativo *federal* ou *estadual* emanados pelo Poder Público,¹ conduzindo à automática exclusão de tais atos do mundo jurídico.

De sua vez, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) foi introduzida no ordenamento constitucional (no art. 102, I) através da EC nº 03 de 1993, com a finalidade de “transformar a presunção relativa de constitucionalidade que milita a

¹Consoante a jurisprudência do STF, tais atos normativos devem ser revestidos de generalidade, abstração e impessoalidade, como por exemplo: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, tratados internacionais (que, incorporados ao ordenamento, ostentam nível de lei ordinária), decretos legislativos, medidas provisórias, regimentos internos de tribunais, etc. Excluem-se: atos normativos (i) *secundários* (instruções normativas subordinadas à lei, portarias, resoluções, etc.); (ii) de *efeitos concretos* (norma que veicule doação de um bem público a uma entidade privada, por exemplo); (iii) *anteriores à CF*; (iv) *já revogados*; e (v) que estejam em processo de formação. Indicando um extenso rol de decisões do STF nesse sentido, vide o estudo de Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 150-160.

favor do ato normativo, em presunção absoluta, imbatível e inabalável”.² Tem por objeto a lei ou qualquer ato normativo *federal* decorrente do *Poder Público*, consoante disposição no art. 102, I, *a* e §2º da CF.

Na aguda observação de Gilmar Mendes, tal modelo processual não inovou, pois a ADC encontra suas *origens* na representação de inconstitucionalidade, introduzida pela EC nº 16, de 1965. Com efeito, existia, à época, o entendimento de que o mecanismo permitia ao Procurador Geral da República manejar a medida não apenas para obter a pronúncia de inconstitucionalidade de um ato legislativo, mas também para confirmar a compatibilidade desse ato em face da Constituição, em prol do interesse público.³⁻⁴

Entretanto, a inserção da ADC provocou controvérsias doutrinárias sobre a sua constitucionalidade,⁵ apontando-se (dentre outros argumentos) uma ausência de ampla defesa e de contraditório; precisamente, falava-se de uma impossibilidade de produção de provas (para contradizer os apontamentos sobre a constitucionalidade da norma) e, ainda, de uma inexistência de ente legitimado a figurar no polo passivo da ação.

De qualquer maneira, a temática foi objeto de julgamento da Questão de Ordem na ADC nº 1, tendo a EC nº 03/1993 sido considerada constitucional; um dos fundamentos desse pronunciamento centrava-se na afirmação de que a ADC se

²Cf. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Podivm, 2008, p. 420.

³*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 73-74 e 91-94. O autor esclarece, ainda, que o STF chegou a se pronunciar pela impossibilidade de aquela representação buscar a declaração de constitucionalidade (julgamento da Representação nº 1349), mas autorizadas vozes doutrinárias da época (como a de Celso Bastos, por exemplo) apontavam que o instituto trazia o propósito inequívoco de também aferir a *constitucionalidade* de um ato normativo; esse contexto, segundo Gilmar Mendes, tornou “inevitável a positivação de um instituto específico no ordenamento constitucional, consubstanciado na ação declaratória de constitucionalidade”.

⁴Elival da Silva Ramos salienta que esse entendimento era minoritário, ganhou força e se tornou predominante apenas após a EC 03, de 1993 (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 262-263).

⁵À época da inserção no ordenamento constitucional, podem-se destacar posicionamentos como os de José Rogério Cruz e Tucci, Ives Gandra da Silva Martins, Celso Bastos, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito e Marcelo Figueiredo, pela inconstitucionalidade da ADC. De outro lado, pela constitucionalidade do instituto, manifestavam-se Gilmar Mendes, Hugo de Brito Machado e Arnold Wald. Todos esses pronunciamentos podem ser encontrados na obra MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*, op. cit., passim. Mais atualmente, e apesar de o STF se pautar na constitucionalidade da medida, ainda são dirigidas críticas doutrinárias à ADC; nesse sentido, vide Ricardo Alessi Delfim. *Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 115-124 e 129; e Christiane Boulos, para quem o objeto da ADC ainda “refoge à lógica da supremacia constitucional e do próprio controle, além de inviabilizar reabertura de discussão em torno da norma ‘declarada’ constitucional” (*Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 89).

consubstancia por meio de um *processo objetivo*, em que devem ser vistos com temperamento os preceitos que dizem respeito aos processos de feição subjetiva.⁶

Posteriormente, a lei 9.868/99 passou a regulamentar, conjuntamente, o procedimento da ADIn e da ADC. Muitas das disposições ali contidas procuram conferir uma *equiparação de resultados* para ambas as ações: (a) o art. 24, por exemplo, atribui uma natureza *dúplice* ou ambivalente às decisões ali editadas, pelo que têm elas o condão de proclamar tanto a constitucionalidade, quanto a inconstitucionalidade do ato questionado, de modo que o resultado de procedência de uma dessas ações equivaleria à improcedência da outra e vice e versa; (b) o art. 16 prevê a impossibilidade de desistência dessas ações; (c) o art. 26 aponta que a decisão prolatada em ADIn e em ADC é irrecorrível, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória; (d) os arts. 27 e 28 trazem um quadro normativo acerca dos *efeitos* produzidos pelas decisões proferidas em ambas as ações – tema este que será melhor examinado, mais adiante, neste capítulo. E não bastasse a equiparação referente ao campo dos resultados dessas demandas, o rol de legitimados para propor a ADC também passou a ser o mesmo que o da ADIn, por força da EC nº 45, de 2004.⁷

Apesar de as características comuns conduzirem à noção de que tais ações configuram um único gênero a justificar um tratamento jurídico unificado, tais mecanismos processuais se diferenciam quanto aos pressupostos de cabimento, destacando-se, neste particular, o fator de que, na ADC, há necessidade de se comprovar a controvérsia e a relevância da discussão relativa à aplicação do ato normativo questionado (art. 14, III da Lei 9.868/99).⁸

⁶QQ na ADC nº 1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.06.1995.

⁷A previsão consta dos art. 103, *caput* da CF. Os entes indicados em referido preceito são classificados doutrinariamente em duas categorias: (a) *legitimados universais*, tidos como aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da CF em qualquer situação; são eles o Presidente da República; Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; Procurador Geral da República; Conselho Federal da OAB; Partido Político com representação no Congresso; e (b) *legitimados especiais*, que seriam os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre a sua esfera jurídica ou sobre a de seus afiliados; são eles o Governador do Estado ou do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional. A respeito dessa catalogação doutrinária e repercussões processuais que daí derivam, vide Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 432 e ss.

⁸Esse fator de diferenciação ganha relevância para autorizadas vozes da doutrina, apontando que a improcedência da ADIN não pode ser equiparada à procedência da ADC. O assunto será melhor examinado no item 6.6.1.3 a seguir.

Já a *representação interventiva*, prevista no art. 36, III da CF/88, trata de medida que pode ser postulada pelo Procurador Geral da República, sendo a competência para julgá-la e processá-la *exclusiva* do STF.

Considerada como uma *ação direta* que envolve um litígio ou um conflito de interesses relacionado às unidades políticas da Federação, ela almeja o reconhecimento da violação aos princípios estatuidos no art. 34, VII da CF (denominados de “princípios constitucionais sensíveis”), para que, posteriormente, haja a intervenção federal do Estado-membro, a ser decretada pelo Presidente da República. Embora exista nessa ação uma espécie de conflito concreto, por meio dela se realiza o controle abstrato na análise da norma questionada.⁹ O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva está disciplinado na Lei nº 4.337/1964 e também pelo Regimento Interno do STF (art. 175, parágrafo único e arts. 350 a 354).

Quanto ao controle das *omissões* no controle abstrato, a Constituição trata expressamente da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, no art. 103, §2º, cabível nas hipóteses em que não forem praticados atos legislativos ou administrativos, necessários para tornar efetiva uma norma constitucional. O legislador infraconstitucional optou por uma unidade procedimental entre a ADIn genérica e esta última destinada ao combate das omissões, o que explica a ausência de regras, na lei 9.868/99, especificamente voltadas à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹⁰

Com relação a outros mecanismos de controle abstrato, cabe apontar, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que originalmente foi prevista no art. 102, parágrafo único da CF de 1988 (convertido em art. 102, §1º da CF, com a numeração dada pela EC nº 03, de 1993), tendo sua eficácia sido condicionada a uma legislação integradora;¹¹ anos depois, seu alcance e procedimento foram especificados

⁹Samantha Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433-434. As autoras lembram que não é possível a intervenção federal em municípios, mas é cabível a intervenção estadual perante os municípios; nesses casos, a interposição da ação direta interventiva se dá pelo Procurador Geral de Justiça do Estado perante o Tribunal de Justiça local. O art. 35 da CF autoriza tal intervenção para assegurar a observância da Constituição Estadual ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

¹⁰Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 286.

¹¹Como claramente definiu Elival da Silva Ramos, o dispositivo constitucional que inseriu a ADPF em nosso ordenamento possui “baixíssima densidade significativa”, trazendo muitas expectativas por parte da doutrina com relação a uma futura legislação regulamentadora (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 300-302). Além disso, antes da regulamentação do instituto pela lei 9.882/99, o STF entendia que a medida não era autoaplicável (AGReg na Pet nº 1140, Rel. Min. Sydney Santesces, DJ 31.05.1996).

na Lei 9.882/99; as deficiências e ambiguidades desse diploma legal suscitaram muitos questionamentos e críticas que culminaram na ADIn nº 2231-DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade de toda a lei 9.882/99.¹²

A despeito dos muitos debates que ainda permanecem em sede doutrinária, algumas características desse mecanismo processual merecem registro. A primeira diz respeito ao seu *parâmetro*. Embora não haja em lei ou na CF uma definição de “*preceito fundamental*” e muito menos um apontamento taxativo de quais são esses dispositivos, a doutrina tem afirmado que não seria qualquer ofensa de índole constitucional que justificaria a propositura da ADPF, uma vez que o verbete “fundamental” requer uma certa seleção; com isso, vigora o posicionamento no sentido de que o parâmetro da ADPF deveria ter como ponto de partida regras ou princípios que ostentam algum regime diferenciado ou de destaque na própria CF (por exemplo, as *cláusulas pétreas* previstas no art. 60, §4º; os chamados “princípios constitucionais sensíveis”, indicados no art. 34, VII; os chamados “princípios fundamentais” expressos nos arts. 1º ao 4º de nossa Carta Magna), etc.¹³

Com base na sistemática da Lei 9.882/99, tradicionalmente se fala na existência de duas modalidades de ADPF:¹⁴ (a) a *autônoma*, que constitui típica hipótese do controle abstrato e concentrado de normas, com a finalidade de compatibilizar atos do Poder Público com a CF; bem como a (b) *incidental* (art. 1º, parágrafo único, I combinado com art. 6º, §1º da Lei 9.882/99), que pressupõe a existência de uma demanda já submetida ao crivo do Judiciário; isto é, uma espécie de incidente processual pode ser suscitado por

¹²A ação ainda pende de julgamento, consoante informações que constam do endereço <<http://www.stf.jus.br>>; acesso em 31.03.2009. Consoante anotou Eduardo Talamini, o STF chegou a suspender o julgamento de várias ADPFs, em razão da pendência de julgamento dessa ADIn 2231-DF (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 496); a mesma observação foi feita por Luis Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 247).

¹³Nesse sentido, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 498; Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 254-255; Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 2 ao art. 1º da Lei 9.882/99, p. 1443, dentre outros.

¹⁴Dentre os que divergem dessa interpretação, vale destacar a posição de Eduardo Talamini, para quem não existe uma arguição incidental porque não é ajuizado como um incidente processual; o autor não nega que a arguição possa ser formulada em vista de controvérsia concreta em um processo judicial, mas conclui que “há rigorosamente apenas uma arguição” (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 491-497). De todo modo, parcela da doutrina reconhece que o termo “incidental” seria inapropriado do ponto de vista processual, por – no mínimo – sugerir que a arguição seja suscitada por uma das partes da demanda concreta submetida ao Judiciário – o que não é o caso (a parte processual poderá requerer a instauração do ‘incidente’ apenas se, coincidentemente, for um dos legitimados a propor a ADPF). A esse respeito, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 247, nota nº 14.

qualquer dos legitimados previstos no art. 2º da Lei 9.882/99 (que são os mesmos da ADIn e ADC, estampados no art. 103, *caput* da CF); se entender cabível tal arguição, nossa Corte Suprema resolve a questão, sem decidir o caso concreto e devolve a matéria para julgamento pelo juízo de origem; ao apreciar tal situação concreta, o magistrado não poderá ignorar a premissa lógica estabelecida na decisão sobre a questão constitucional.

Na ADPF ganha destaque, ainda, seu *caráter subsidiário*, previsto no art. 4º, §1º da Lei 9.882/99, segundo o qual “não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Sobre o tema, tem prevalecido o entendimento de que seria inadmissível a ADPF, quando cabível outro processo objetivo ou mesmo ações individuais ou recursos. Daí resulta, ainda, que a ADPF teria por *objeto* atos normativos que não podem ser objeto da ADIn ou ADC, como, por exemplo, ato normativo municipal confrontado com a CF; reconhecimento da constitucionalidade de ato normativo estadual (tendo como parâmetro preceitos fundamentais da CF); atos normativos anteriores à CF vigente; normas já revogadas, atos concretos e até mesmo omissões inconstitucionais que não podem ser superadas por outros mecanismos processuais.¹⁵

Afirma-se, além disso, que a ADPF pode se voltar contra atos jurisdicionais (já que o art. 1º da Lei 9.882/99 não fala em “atos normativos”, mas sim em atos do Poder Público – no que seriam incluídas as decisões judiciais),¹⁶ inclusive aqueles revestidos pela autoridade da coisa julgada.¹⁷

¹⁵Nesse sentido, vide, dentre outros: Christiane Boulos, *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, p. 77-78; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 499-502. Em sentido oposto, afirmando que não se pode extrair uma permissão indireta para a ADPF combater determinados atos normativos municipais, normas pré-constitucionais e omissões, vide Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 307-310.

¹⁶Cf. Gilmar Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 532-535.

¹⁷Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 510; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 509-510; Olavo A Alves Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 136. Em sentido contrário, afirmando que a decisão da ADPF “não tem efeitos cassatórios em relação a decisões já transitadas em julgado”, vide Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 311; e Christiane Boulos, *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 77.

6.1.2. Processo Objetivo

Sem prejuízo das particularidades dos mecanismos em que se exerce o controle abstrato concentrado de constitucionalidade, eles têm em comum *a finalidade de tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada*, isto é, a fiscalização da constitucionalidade ali realizada opera-se por meio de um processo com contornos diferenciados, um processo eminentemente objetivo.

A respeito do tema, Gilmar Mendes explica que já nas primeiras décadas do século XX, Heinrich Triepel sustentava que o controle jurisdicional de normas deveria ser exercido em “*um processo judicial diferenciado dos processos ordinários*” e que tal orientação teria sido desenvolvida no direito americano. Mais recentemente, a denominação *processo objetivo (objektive Verfahren)* passou a ser mais utilizada para se referir àquele processo que *não conhece partes (verfahren ohne Beteiligte)* e pode ser instaurado independentemente da demonstração de um *interesse jurídico* específico.¹⁸

No Brasil, foi com o voto do Ministro Moreira Alves, na Representação nº 1016/SP, que se começou a melhor delinear as características do processo objetivo, como instrumento para o controle abstrato de constitucionalidade,¹⁹ tendo tais ideias se aprimorado e se consagrado na jurisprudência do STF,²⁰ bem como na doutrina.²¹⁻²²

O processo objetivo é tema de grande complexidade, não sendo escopo deste trabalho realizar uma profunda incursão em tão rico assunto. Contudo, para que

¹⁸Os apontamentos ao estudo de Triepel e à origem americana do instituto são feitos por Gilmar Mendes na obra *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 284; há reprodução parcial do conteúdo dessas explicações no seu artigo *Eficácia erga omnes das decisões proferidas em sede de controle abstrato no plano estadual*, op. cit., p. 747 e também na obra *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 3.

¹⁹Cf. Gilmar Mendes, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 10.

²⁰A propósito, vale conferir todos os votos da ADC nº 1-1, publicada na obra coletiva MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*, op. cit., p. 183-235. Em seus votos, os Ministros do STF apontam, além das origens e evolução do *processo objetivo*, as principais características do instituto.

²¹Reconhecem a natureza objetiva do processo em que se exerce o controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo: José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 339; Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 407; Nagib Slaibi Filho. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 106; Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 42, entre muitos outros.

²²Em Portugal, a doutrina também trabalha com a distinção “*processos subjetivos*” e “*processos objetivos*”, enquanto instrumentos de controle de constitucionalidade; nesse sentido, confira-se J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 908 e Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 498.

melhor se compreendam os efeitos das decisões do controle abstrato, algumas características do instituto merecem destaque. Assim, o processo objetivo:

(a) tem por escopo a tutela não de um interesse particularizado, mas sim, de preservação de uma ordem constitucional;²³ como consequência, o exame da norma é feito *abstratamente*, ou seja, independentemente da sua incidência sobre casos concretos específicos;²⁴

(b) tem um requerente, mas não necessariamente um *requerido*, na acepção processual do termo;²⁵ mais precisamente, a relação jurídica deduzida afigura-se *linear*, ou seja, “o processo se constitui apenas com o pedido formulado por um dos legitimados e se encerra com o pronunciamento do Poder Judiciário”;²⁶

(c) não conteria lide (no sentido proposto por Carnelutti)²⁷, mas sim, um “conflito” decorrente da edição de ato incompatível com a ordem constitucional;²⁸

(d) o princípio do contraditório é *mitigado*, já que se consubstancia de forma mais simplificada, com uma dialética na discussão do tema constitucional;²⁹

²³Conforme voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na ADC nº 1-1 DF.

²⁴Nesse sentido, Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 42.

²⁵De acordo com Ricardo de Barros Leonel, “inexiste réu nas ações de controle abstrato, pois o que se discute não é a tutela de um interesse particularizado, mas sim a proteção da ordem constitucional” (*Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*, op. cit., p. 362). Na mesma linha, sustentando não haver partes no processo objetivo em razão de não existir um conflito intersubjetivo de interesses, vide Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 81 e Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 159. A propósito, é forte o entendimento de que sequer figuram *partes* no processo objetivo, mas sim, entes legitimados a atuar institucionalmente, sem o propósito de se tutelar um interesse particular, mas sim o de preservar o sistema de direito. Sobre o assunto, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 43. Sob outro prisma, Délton Esteves Pastore entende que “há autor, réu e juiz” no processo objetivo, pois: (i) a posição da parte no processo não se confunde com a posição de parte que ela ocupa na relação de direito material; no processo tradicional, há a relação de direito material e a de direito processual; já no processo objetivo, somente é encontrada uma dessas relações: a de direito processual; (ii) o processo objetivo, para fins instrumentais, apresenta sempre os sujeitos do processo; assim, seria possível conceber a ideia de que os órgãos responsáveis pela edição do ato legislativo impugnado assumem a posição de réus. “Buzaid adotou essa teoria.”, reforça Délton Esteves. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, item 33, p. 117-122.

²⁶Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*, op. cit., p. 146-147.

²⁷Trata-se da consagrada definição de lide como o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida* (*Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, op. cit., p. 12).

²⁸Como bem explica Juliano Taveira Bernardes, no processo objetivo “não há lide. (...) Aqui se encontra campo propício para aplicar o conceito de ‘conflito’, como concebido por DINAMARCO, no lugar de ‘lide’. Segundo DINAMARCO, ‘conflito é a situação objetiva caracterizada por uma aspiração em seu estado de não-satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos. Para o mesmo autor, esse conceito abrange os casos em que inexiste lide (no puro sentido *carneluttiano*) e não se expõe às críticas dirigidas ao sistema centrado nesta” (*Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290).

²⁹A propósito, Ricardo Leonel defende que, sob um certo prisma, não seria incorreto nem mesmo afirmar que no processo objetivo inexiste contraditório – no sentido tradicionalmente aceito, decorrente da inexistência

(e) não se submete ao princípio do dispositivo (CPC, arts. 2º, 128), vale dizer, o processo não se sujeita ao interesse das partes na provocação do feito; o requerente não pode, pois, desistir da ação proposta, etc.;³⁰

(f) possui *causa petendi aberta*, pelo que, ao julgar a ação, o magistrado não está vinculado aos fundamentos invocados como causa de pedir na petição inicial, podendo se pronunciar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, com base em outras razões que não foram expressamente alegadas;³¹

(g) suas decisões têm por atributo a extensão *erga omnes*;³²

(h) nem sempre recebe aplicação das normas processuais de índole subjetiva;³³

(i) notabiliza-se também por apresentar a figura do *amicus curiae* (sujeito processual, cuja atuação pode trazer elementos fáticos ou jurídicos que irão demonstrar ao

de controvérsia entre as partes e diante da peculiaridade de que sequer haveria um “réu” nesse mecanismo processual (*Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*, op. cit., p. 362). Como salienta Juliano Taveira, o contraditório se faz presente no processo objetivo (embora de forma mais simplificada), com a mera possibilidade de haver uma dialética na discussão do tema constitucional (*Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, op. cit., p. 297).

³⁰A impossibilidade de desistência da ação em que se controla abstratamente a constitucionalidade da norma é entendimento constante dos precedentes do STF e que, aliás, foi positivado no art. 5º da Lei 9.868/99, afirma Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 164. Vale anotar a posição de Délton Esteves, para quem é possível a mitigação da regra da indisponibilidade nos processos objetivos quando surgirem situações que impeçam o acolhimento do pedido (*Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 126).

³¹Cf. Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho. A autora realizou minucioso estudo acadêmico acerca do tema; dentre outros relevantes aspectos, explica que não há no Brasil expressa previsão legal a respeito da abertura da causa de pedir, mas a técnica *deflui do próprio sistema de controle de normas*, pelo que “não poderia o STF fechar os olhos para uma inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por fundamento não ventilado pelo autor”; instado a se pronunciar sobre a legitimidade da norma, deve a nossa Corte Suprema considerar toda a plêiade de dispositivos encartados na Constituição; tal característica, contudo, “não justifica uma petição deficientemente ou inconsistentemente fundamentada” (*A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., especialmente p. 86-118; 141). Dentre outros doutrinadores que examinam a causa de pedir aberta nos processos objetivos, vide Ricardo de Barros Leonel, *Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*, op. cit., p. 362; e Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 44-45.

³²Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 338-339. Prossegue o processualista explicando que “Desse modo, se o Supremo Tribunal Federal chega à conclusão de que a lei questionada é constitucional, a coisa julgada geral ou *erga omnes* obsta que a matéria seja novamente submetida à apreciação da Corte, ressalvada a *inconstitucionalidade superveniente*”.

³³“As normas gerais disciplinadoras dos feitos de índole subjetiva não se aplicam às ações da espécie, de natureza objetiva” (AgReg na ADin 1.797-0 PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 23.02.01); no mesmo sentido: ADin-MC-Agr 1254, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.09.1997. Em trabalho acadêmico, Ludmila Galvão conclui que tal fenômeno se dá porque “idéias clássicas processuais experimentam temperamentos e restrições, totais ou parciais, em razão da própria finalidade da jurisdição constitucional, que é a proteção mais ampla e eficaz do Texto Constitucional” (*A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 94).

tribunal qual é a repercussão que a alegada inconstitucionalidade da norma pode causar às relações concretas);³⁴

(j) não admite o emprego da ação rescisória;³⁵

(k) etc.³⁶

Todas as nuances acima indicadas revelam que o processo objetivo tem traços próprios e diferenciados dos preceitos processuais de feição individual ou subjetiva.³⁷ Isso não significa, entretanto, que as normas de direito processual civil devem simplesmente ser abandonadas ou afastadas na jurisdição constitucional, mas sim, algumas delas devem ser aplicadas com temperamento e adaptações,³⁸ situação esta que repercute diretamente na projeção dos efeitos processuais do controle abstrato, objeto de nossa investigação logo na sequência.

6.2. Efeitos *erga omnes*

6.2.1. Previsão legal e fundamentos teóricos

De acordo com o art. 102, §2º da CF (cuja redação foi conferida pela EC nº 45, de 2004), as decisões definitivas de mérito tomadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade têm eficácia contra todos (efeitos *erga omnes*). Tal previsão já constava do art. 28, parágrafo único da Lei

³⁴Cf. Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 244-245. Sobre outros pontos de vista com que a doutrina enfrenta o tema do *amicus curiae*, vide a obra de Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, op. cit., passim.

³⁵Cf. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., especialmente item 3.2 e p. 490.

³⁶Baseado na jurisprudência do STF, Teori Zavascki anota que nossa Corte Suprema também não admite *assistência* ou *litisconsórcio* em processos objetivos, “salvo litisconsórcio ativo entre os próprios legitimados constitucionalmente a promover a ação”; ademais, o processo objetivo também não se sujeita a prazos de prescrição ou decadência (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 43-44).

³⁷Daí, inclusive, a nomenclatura “processos especiais” utilizada por Ludmila Galvão, *A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 142.

³⁸Na precisa observação de Ludmila Galvão, “As perspectivas para os processos objetivos não se afastam dos moldes do processo civil, sofrendo apenas adaptações indispensáveis à sua especificidade” (*A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 139).

9.868/99 e também do art. 10, §3º da Lei 9.882/99 (este último dispositivo, com referência específica à arguição de descumprimento de preceito fundamental).³⁹

Vale notar que, originalmente, o mencionado art. 102, §2º (com a redação conferida pela EC nº 03, de 1993) atribuía tal eficácia apenas às decisões tomadas na ação declaratória de constitucionalidade. Tal situação, entretanto, não representava empecilho ao reconhecimento de referido efeito nas decisões definitivas da ação direta de inconstitucionalidade, nem mesmo antes da Lei 9.868/99.⁴⁰

Mais precisamente, os efeitos *erga omnes* ora tratados significam que todos os sujeitos submetidos à jurisdição do STF são atingidos pelas decisões de controle abstrato, sejam eles participantes – ou não – do processo em que tal decisão foi proferida.

Um dos fundamentos para esse fenômeno repousa na figura da *substituição processual*.⁴¹ Ou seja, afirma-se que o direito de propositura da ação de controle abstrato seria um exemplo típico de substituição processual porque os legitimados atuam em nome próprio, mas na defesa de interesses de terceiros (no caso, toda a coletividade), sendo forçoso reconhecer que os efeitos da decisão devem ter caráter geral e não se circunscrever apenas entre as partes.⁴²

³⁹No direito estrangeiro, e de forma semelhante à legislação brasileira, há previsão de efeitos *erga omnes* também na Espanha (art. 164.1 da Constituição Espanhola) e em Portugal (art. 281º, n. 1 da Constituição Portuguesa). A propósito, anota José Rogério Cruz e Tucci que “o modelo brasileiro atual, no que concerne ao tema da ampliação subjetiva da coisa julgada em matéria de controle de constitucionalidade das leis, segue a vocação moderna das Cortes de Cassação dos países europeus” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 344).

⁴⁰Até mesmo porque a jurisprudência do STF, por volta de 1975 – isto é, sob a égide da CF de 1967 (que não fazia menção expressa aos efeitos *erga omnes* para as decisões de controle abstrato) – fortaleceu o entendimento de que as decisões tomadas na *representação genérica de inconstitucionalidade* (futuramente denominada de ‘ação direta de inconstitucionalidade’) possuíam efeitos *erga omnes* – independentemente de manifestação do Senado, conforme anota Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 378 e 388. E mais: prevalecia a ideia de *equivalência* dos pronunciamentos tomados em ADIn ou em ADC (a improcedência de uma delas corresponderia à procedência da outra) – tema este a ser abordado no item 6.6.1. Vale conferir, ainda, na ADC nº 4, o voto do Ministro Sydney Sanches abordando a temática (RTJ nº 169, p. 383).

⁴¹Perfilham essa linha, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, op. cit., p. 12 e 13; Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 173 e 179; Délton Esteves, *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 233.

⁴²Elival da Silva Ramos critica esse modo de pensar, sustentando que a substituição processual é figura exclusiva dos processos de feições subjetivas e, portanto, incompatível com os processos ditos objetivos, em que não há interesses particularizados a serem defendidos por um substituto processual (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 262). A propósito, para Nelson Nery Junior, a substituição processual é exclusiva de processos com feições subjetivas porque a ocorrência daquela figura exige a *identificação do titular do direito*, o que não ocorreria nos processos objetivos, em que teria de se substituir a coletividade ou pessoas indeterminadas (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 5 ao art. 6º do CPC c.c. nota ao art. 2º da Lei 9.868/99).

De outro lado, também se afirma que tais efeitos decorrem das características do *processo objetivo*,⁴³ pois nestes, como visto, o que se discute não é a tutela de um interesse particularizado, mas sim a proteção da ordem coletiva (no caso, a ordem constitucional), assegurando os interesses de *toda* a sociedade,⁴⁴ razão pela qual o alcance da decisão não poderia se restringir apenas aos “participantes” do feito, mas sim, deve contar com uma força geral que se estenda a todos os destinatários do ato legislativo questionado no processo.

Ambas as posições revelam um núcleo comum para explicar essa ampliação de efeitos subjetivos: a tutela de interesses de uma coletividade. De qualquer modo, o fator processual preponderante para justificar esses efeitos, segundo a nossa visão, é o de que *o processo objetivo é despido de qualquer carga de subjetividade*, pelo que não faz sentido a decisão nele editada se limitar apenas àqueles que integraram o feito.⁴⁵ Assim, concordamos com a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci, apontando que a extensão *erga omnes* é um “atributo” das decisões de mérito do processo objetivo de controle de normas.⁴⁶

Estabelecidos esses contornos, cumpre-nos salientar que o estudo da eficácia *erga omnes* das decisões tomadas no controle principal envolve, ainda, o exame das consequências provocadas aos jurisdicionados, sob a ótica: (a) das normas, cuja constitucionalidade é questionada; (b) dos processos em que se afigura o debate de matéria constitucional. Vejamos, pois.

⁴³Dentre outros ilustres juristas, sustentam esse modo de pensar: José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 338; Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 1 ao art. 2 e nota 6 ao art. 28 da Lei 9.868/99; Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 385-388; Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 261-262.

⁴⁴Por esse motivo, Nelson Nery Junior e Rosa Nery qualificam os interesses tutelados nos processos objetivos de controle de constitucionalidade como “direitos difusos, públicos e sociais” (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 1 ao art. 2 da Lei 9.868/99). No mesmo sentido se manifesta Rodolfo Mancuso. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, op. cit., p. 257.

⁴⁵Daí a concluir André Dias Fernandes que a ação do controle abstrato, sem efeitos de caráter geral, serviria de “mero instrumento para a defesa dos interesses particulares dos legitimados ativos ocultos por trás de uma aparente abstração do processo.” (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 159).

⁴⁶*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 338. O autor esclarece que tal assertiva se apoia nas lições de Gilmar Mendes acerca do assunto.

6.2.2. Efeitos *erga omnes* e sua repercussão sobre a ótica da norma apreciada na ação do controle abstrato

Se o STF declarar a *constitucionalidade* de um ato legislativo, tal decisão preservará a vigência do referido ato questionado e instituirá a presunção absoluta (e não mais relativa) de conformidade da norma com a Constituição Federal, dissipando qualquer controvérsia que possa existir a respeito; ademais, qualquer sujeito poderá se aproveitar dessa pronúncia em seus respectivos casos concretos e processos pendentes, independentemente de novo reconhecimento judicial.⁴⁷

Mas se nossa Corte Suprema decretar a *inconstitucionalidade* de uma norma nas ações de controle abstrato, daí resultará a expulsão desse ato normativo do ordenamento pátrio *sem que, para tanto, haja a intervenção do Senado Federal*.⁴⁸

A esse respeito, sob o prisma dos efeitos processuais que irradia, vimos que a resolução senatorial é um mecanismo que confere generalidade às decisões do controle concreto até porque, nos termos do art. 472 do CPC, estas atingem *apenas as partes do processo*. Seguindo esse raciocínio, não haveria qualquer necessidade de uma intervenção senatorial para atribuir efeitos generalizantes à decisão tomada na via principal, eis que esta, por imposição do ordenamento e pela própria natureza do *contencioso objetivo* que imprime, já *opera efeitos perante todos*.⁴⁹ Assim, a disposição normativa considerada inconstitucional no controle abstrato de normas não pode mais ser aplicada, seja na esfera privada, seja na estatal. Do ponto de vista processual, trata-se de um efeito *conexo* da decisão da via principal.⁵⁰

⁴⁷Cf. Fredie Didier Jr, Paula Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 476.

⁴⁸Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 271; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 44; Samantha Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 429. Como ressaltado, a desnecessidade da intervenção senatorial para conferir efeitos gerais às decisões de controle abstrato é posição antiga do STF e, hoje, figura expressamente no art. 175 de seu Regimento Interno. Ademais, como salienta Elival da Silva Ramos, também do ponto de visto histórico, as resoluções do Senado revelam compatibilidade apenas com o controle difuso-incidental-concreto (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., especialmente, p. 81-82).

⁴⁹Em sentido semelhante se pronunciam Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 6 ao art. 28 da Lei 9.868/99, p. 1393. A propósito das deliberações senatoriais, remetemos o leitor ao capítulo IV deste trabalho.

⁵⁰“A desconstituição ou perda de vigência das leis declaradas, em abstrato, inconstitucionais, vale lembrar, é um efeito conexo típico da ADIn e, eventualmente, da ADPF, quando procedentes e da ADC, quando improcedentes” (André Ramos Tavares, *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, op. cit., p. 71). Sobre o conceito de *efeitos conexos*, vide capítulo III.

Fenômeno semelhante também se passa no controle de constitucionalidade estadual. Embora tal fiscalização não seja objeto de nosso estudo, cabe apontar que a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 125, §2º da CF produz efeitos *erga omnes*, independentemente da colaboração de outro órgão jurisdicional ou político, como uma Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada, por exemplo.⁵¹

E, retomando o foco ao controle que tem por parâmetro a Constituição Federal, cumpre-nos destacar, por fim, que a decisão que reconhece a *inconstitucionalidade omissiva* da norma igualmente projeta efeitos *erga omnes* (e também vinculantes), nos termos do art. 102, §2º da CF, o que acarreta afirmar que “em um processo no qual uma das partes invoque como argumento ou como fundamento do pedido o fato de existir omissão constitucional na matéria, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, *não poderá o órgão jurisdicional trabalhar sobre premissa diversa*”.⁵²

Por derradeiro, com relação às decisões que empregam as técnicas de *interpretação conforme* e de *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, também elas se revestem de efeitos *erga omnes*, conforme entendimento assente do STF,⁵³ inclusive por força do disposto no parágrafo único do art. 28 da Lei. 9.868/99.⁵⁴ Isso significa que se *estendem a todos* tanto a decisão que contempla a interpretação – da norma – fixada pelo STF, quanto o decisório em que tal órgão fiscalizador censura determinadas hipóteses de incidência do texto normativo impugnado. Como será visto posteriormente, existe divergência doutrinária quanto à associação dessas técnicas de decisão com o efeito vinculante.

⁵¹A propósito, encampando tal premissa, o STF julgou inconstitucional o art. 90, §3º da Constituição do Estado de São Paulo – que estabelecia o dever de o Tribunal de Justiça comunicar a decisão de inconstitucionalidade à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada (REXtr 199.293-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 348, de 17 a 21 de maio de 2004). Na doutrina também assim se manifestam: Carlos Roberto de Alckmin Dutra, *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*, op. cit., p. 102-105; Léo Ferreira Leony, *Controle de constitucionalidade estadual*, op. cit., p. 104-114. Ainda a respeito do assunto, vide nossas considerações no item 4.6.3 do capítulo IV.

⁵²Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 241.

⁵³“As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata revestem-se de eficácia ‘contra todos’ (*erga omnes*) e possuem efeito vinculante[...]” (REcl 2143 - AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.06.2003).

⁵⁴“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, *inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

6.2.3. Eficácia *erga omnes* agregada à coisa julgada material

No tocante ao segundo ponto de vista acima tratado, a controvérsia sobre a constitucionalidade do ato normativo no controle abstrato se oferece como *objeto principal do processo* (e não como uma questão prejudicial, tal qual se dá no controle concreto-incidental). Por conseguinte, a decisão *definitiva de mérito* sobre a questão da constitucionalidade alcança a coisa julgada formal e material, nos termos do art. 467 e 468 do CPC, e com expansão *erga omnes*,⁵⁵ diante da disposição consagrada no art. 102, §2º da CF.

Resulta daí que *a controvérsia sobre a constitucionalidade instaurada e resolvida na via principal não pode ser rediscutida no mesmo feito, nem se restabelecer em outro processo*.⁵⁶

Em verdade, pela atual sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, a produção de coisa julgada formal e material nos processos de feições subjetivas já impede a rediscussão ou modificação do que foi decidido (seja no mesmo feito ou em outro), sendo que, em caráter excepcional, os terceiros juridicamente interessados que não participaram do processo originário poderiam submeter a decisão transitada em julgado a uma nova apreciação judicial.⁵⁷

Mas nas decisões tomadas em sede de controle abstrato, a extensão *erga omnes* agregada à coisa julgada aumenta (ou praticamente esgota) o espectro de sujeitos impossibilitados de submeter a controvérsia decidida a uma reapreciação judicial; ou seja, há uma espécie de “universalização” da imutabilidade e indiscutibilidade do comando da decisão, já que “em qualquer processo *por quem quer que seja*, isto é, *nem mesmo os*

⁵⁵Esse, aliás, o entendimento da jurisprudência do STF: “a decisão do STF faz coisa julgada formal e material, vinculando os agentes estatais aplicadores da lei ou do ato normativo (daí porque aplicáveis os arts. 467 e 468 do CPC, valendo, pois, a coisa julgada *erga omnes*)” (RTJ 83/367, 87/758, 82/791). A esse respeito, Alfredo Buzaid também já assim se pronunciava, à luz da sistemática processual anterior (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 135-136).

⁵⁶Com argumentos semelhantes, vide Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, op. cit., p. 12-13; Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 261- 262. Como será visto ao estudarmos os efeitos do indeferimento do pedido na ADIn, a questão da coisa julgada, nessa hipótese, comporta ressalvas.

⁵⁷“Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte expressivo, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta. E para tanto, como já frisado, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta” (José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 347).

juridicamente interessados poderiam rediscutir, negar efeito ou pleitear juridicamente a modificação do que foi discutido” na via principal do controle de normas.⁵⁸

E se a decisão do controle abstrato de constitucionalidade produz coisa julgada que se estende a todos, logo, *também o STF não poderá rediscutir o que ficou decidido anteriormente*. A título exemplificativo,⁵⁹ ao apreciar um recurso extraordinário que envolva a aplicação de uma determinada lei tida por inconstitucional, o STF deverá observar o que já decidiu a respeito dessa mesma lei em uma ADIn ou ADC, não podendo adotar entendimento diverso; de igual modo, o STF não poderá conhecer uma ação de controle abstrato sobre norma já declarada inconstitucional em uma ADIn anterior, diante da coisa julgada *erga omnes* – como, aliás, reconhece a jurisprudência daquela Corte.⁶⁰

Nada obstante, destacamos que o regime da coisa julgada *erga omnes* nas ações de controle abstrato comporta temperamentos por parte da própria jurisprudência do STF e também da doutrina (esta última sinaliza, por exemplo, que *a improcedência do pedido em ADIn ou em ADC não produziria coisa julgada material*). Essa temática, por opção metodológica, será aprofundada em item próprio.⁶¹

Ainda com referência à conjugação da eficácia *erga omnes* com a coisa julgada que se forma no âmbito do controle principal, há um consenso de que apenas *a parte dispositiva do acórdão definitivo do STF é imutável e indiscutível*.⁶² Ainda que o processo objetivo de controle de normas tenha contornos diferenciados dos processos individuais, vigora aqui o regime do art. 469, I do CPC, pelo qual a fundamentação da decisão, mesmo que indispensável para delimitar o alcance da parte dispositiva, não é acobertada pela coisa julgada *erga omnes*.⁶³ Tal aspecto é importante fator de diferenciação dessa eficácia em relação aos efeitos vinculantes, como será visto no item seguinte deste capítulo.

⁵⁸Cf. André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 200.

⁵⁹Os exemplos são de André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 200.

⁶⁰EMENTA: Pedido de medida cautelar que não se conhece, porquanto já examinada a pretensão nos autos da Ação Direta nº 1749, quanto à Lei 9.424/96, a algumas de cujas disposições também se prende a atual ação direta” (ADIN nº 1967-DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 25.06.99); no mesmo sentido, ADIN nº 1584-2-DF. Com relação às decisões editadas, nessa linha, em sede de recurso extraordinário, vide, ainda RE 360.433, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.03.2003.

⁶¹Vide item 6.6.1 a seguir.

⁶²Ao se referir à *eficácia contra todos* na ADIn e na ADC, o art. 102, §2º da CF a direciona às “decisões definitivas de mérito”. Por esse mesmo motivo, aliás, prevalece o entendimento de que a coisa julgada material *erga omnes* não se estende às decisões monocráticas ou às que extinguem o processo de controle de normas sem resolução do mérito, conforme salienta André Dias Fernandes (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 199).

⁶³Nesse sentido, vide Ludmila Galvão, *A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 135.

Por fim, com relação a determinadas particularidades dos mecanismos processuais do controle abstrato, cumpre destacar que os efeitos subjetivos das decisões da ADIn são os mesmos da ADPF, seja por conta da similaridade do conteúdo das Leis 9.868/99 e 9.882/99, seja porque tal eficácia é própria dos processos objetivos do controle de normas. “Será assim, inclusive, no tocante à arguição *incidental*”, na aguda observação de Luis Roberto Barroso.⁶⁴ Todavia, cabe lembrar que a referida arguição incidental, embora viabilize o controle abstrato de constitucionalidade, pressupõe a existência de um litígio (uma demanda concreta); ao julgar tal situação concreta, o magistrado não poderá ignorar a premissa lógica estabelecida na decisão sobre a questão constitucional (que, como dito, produz efeitos *erga omnes*). Mas, com relação a tal questão *subjetiva* e concreta, entendemos que a coisa julgada somente operará *inter partes*.⁶⁵

Também merece destaque no estudo da eficácia *erga omnes* das decisões do controle principal de constitucionalidade a possibilidade de haver, nessa dimensão, a *modulação de efeitos* disciplinada no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99. A temática será abordada em item próprio mais adiante.

6.3. Efeitos vinculantes

6.3.1. Previsão legal e controvérsias sobre o significado do efeito vinculante

Para além da eficácia *erga omnes*, o art. 102, §2º da CF, com a redação originalmente conferida pela EC nº 03, de 1993, também atribuiu *efeito vinculante* às decisões definitivas de mérito tomadas em sede de ação declaratória de constitucionalidade. Posteriormente, tal efeito foi estendido às ações diretas de inconstitucionalidade (através do art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99) e às arguições de descumprimento de preceito fundamental (mediante previsão no art. 10, §3º da Lei 9.882/99).

Tempos depois, eliminando boa parte de uma intensa controvérsia doutrinária (sobre ser possível, ou não, atribuir eficácia vinculante por intermédio de lei

⁶⁴O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, op. cit., p. 275.

⁶⁵Em sentido semelhante se manifestam Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 4 ao art. 11 da Lei 9.882/99.

infraconstitucional),⁶⁶ a EC nº 45, de 2004 consagrou entendimento do STF a respeito do tema⁶⁷ e acrescentou no art. 102, §2º que também as decisões definitivas das ações diretas de inconstitucionalidade irradiam efeitos vinculantes quanto aos demais *órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, em todas as suas esferas*.

Ainda assim, remanesce o entendimento de que o silêncio do legislador constituinte – com referência à vinculação de algumas decisões do controle abstrato (como as proferidas em sede de ADPF, as que empregam as técnicas de interpretação conforme e nulidade parcial) – carregaria uma espécie de “proibição implícita” de previsão da temática por lei infraconstitucional.⁶⁸ De outro lado, decisões recentes mostram que, para o STF, tais efeitos vinculantes se revestem em *todas* as decisões definitivas do controle abstrato, inclusive, por serem compatíveis com a natureza objetiva do processo de fiscalização de normas.⁶⁹

Com relação ao sentido do efeito vinculante, há um consenso de que ele representa “a imposição obrigatória do cumprimento da decisão”.⁷⁰ Entretanto, controvérsias existem com relação à sua diferença de significado com os efeitos *erga omnes* agregados às decisões do controle abstrato de normas.

Nesse particular, Botelho de Mesquita⁷¹ afirmou que há uma certa *redundância* na conferência conjunta de eficácia *erga omnes* e de *efeito vinculante* a um

⁶⁶ A propósito, vale conferir a rica compilação de argumentos de ambas as correntes doutrinárias, efetuada por Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 149-159.

⁶⁷ O STF considerou constitucional o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, ao apreciar uma questão de ordem no Agravo Regimental interposto na Reclamação nº 1880, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 19.03.2004. O conteúdo dessa decisão está disponível no site oficial de nossa Suprema Corte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

⁶⁸ Nesse sentido se posiciona Lenio Streck. *O estabelecimento do efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade: o efeito revocatório da EC 45 - as razões pelas quais se tornaram inconstitucionais dispositivos da Lei Ordinária (Lei 9.868/99) que tratavam da mesma matéria (efeito vinculante)*. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 121. Perfilha semelhante entendimento Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., especialmente, p. 155-159.

⁶⁹ A propósito, vide Recl-AgR 6534-MA, Rel. Min. Celso de Melo, j. 25.09.2008; e ADPF 156-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.12.2008; julgamentos disponíveis em SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2009. Na doutrina, vide semelhante entendimento de Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 285.

⁷⁰ Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 53. Como salienta Antonio Carlos Marcato, essa obrigatoriedade de observância das diretrizes fixadas na decisão leva a doutrina a efetuar uma comparação entre o efeito vinculante e a doutrina *stare decisis*; contudo tais figuras não se confundem (*Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, op. cit., p. 178). A propósito do tema e da diferenciação entre as figuras jurídicas em questão, remetemos o leitor ao item 4.6.4 deste trabalho.

⁷¹ O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 67, p. 88 e 91, ago. 2002.

enunciado judicial, ao se considerar que aquela eficácia já cumpre a função de tornar o pronunciamento do STF *vinculante a todos*, inclusive aos demais poderes e órgãos do Estado. Em contexto semelhante, embora sem vislumbrar uma redundância, Ada Pellegrini também chegou a defender que o efeito vinculante decorria automaticamente da eficácia contra todos, enxergando nele uma espécie de *reforço* às decisões já protegidas pela coisa julgada *erga omnes*.⁷²

Entretanto, seguindo a regra hermenêutica de que “não se presumem, na lei, palavras inúteis”, muitos estudos doutrinários existem na busca de um sentido específico atribuído pela nossa Constituição aos efeitos ora tratados.

Nesse particular, começando pelos apontamentos históricos do instituto no Brasil, tem-se que o Regimento Interno do STF, ao disciplinar o processamento da representação, a partir da EC nº 07, de 1.977, estabelecia que a interpretação fixada no acórdão teria “força vinculante para todos os efeitos” (art. 187).⁷³ Contudo, como tal preceito regimental não tratava propriamente do desempenho da atividade jurisdicional do STF, mas sim de uma mera competência de natureza normativa daquela Corte, prevalece o entendimento de que tal dispositivo não se presta a esclarecer o sentido da dicção constitucional ora em exame.⁷⁴

Também se destaca a concepção de que o efeito vinculante foi incrementado às decisões de controle abstrato para fazer frente a uma recalcitrância injustificada das instâncias judiciais ordinárias em observar aqueles pronunciamentos do STF.

Nesse contexto, em voto proferido na ADC nº 1, o Ministro Moreira Alves defendeu que a reclamação (mecanismo processual previsto no art. 102, I, *l* da CF/88, voltado para a preservação da competência do STF e para a garantia da autoridade de suas decisões) seria um *diferenciador* entre a eficácia *erga omnes* e a vinculante. Autorizadas vozes da doutrina acompanham esse modo de pensar.⁷⁵ Nesse particular, Gilmar Mendes

⁷²Controle da constitucionalidade, op. cit., p. 16.

⁷³RISTF, art. 187: “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário de Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”.

⁷⁴Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 268-269.

⁷⁵Teori Zavascki parece não destoar desse entendimento, ao asseverar que “É esse o sentido que melhor se adapta ao sistema brasileiro: o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a conseqüência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 52). Regina Nery Ferrari também segue tal posicionamento e acrescenta: “quando a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em ações diretas de inconstitucionalidade, não for observada por parte dos órgãos inferiores do Poder Judiciário, em decorrência de seus efeitos apenas *erga*

acrescenta que havia dúvida objetiva sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas, mas a EC nº 03, de 1993 se encarregou de espancá-la, ao adicionar o efeito vinculante às decisões do STF, tomadas na via principal.⁷⁶

Tal entendimento, contudo, não fica imune a críticas. Discordando em parte desse ponto de vista, Elival da Silva Ramos aponta – com toda a razão, em nosso sentir – que a reclamação não pode ser vista como uma consequência processual *exclusiva* da eficácia vinculante das decisões do STF, pois mesmo antes da EC 93 (que concretizou o efeito vinculante), aquela Corte já havia autorizado o uso da medida em questão para a garantia da autoridade das decisões de procedência do controle abstrato de normas, “as quais, a despeito de seus efeitos *erga omnes*, vinham sendo sistematicamente ignoradas por boa parte do aparato judiciário”.⁷⁷

Além disso, para que não se confunda o efeito vinculante com a eficácia *erga omnes*, Elival da Silva Ramos argumenta que embora o julgador tenha o dever legal de não se opor à coisa julgada (seja *inter partes*, seja *erga omnes*), tal obrigação decorreria *indiretamente* do pronunciamento judicial; já a outorga de efeito vinculante às decisões do STF significaria dizer que, no desempenho da função judicante, o magistrado está adstrito *diretamente* ao que decidiu nossa Corte Suprema em sede de controle abstrato, sob pena de responder civil e administrativamente. Ou seja, o efeito deveria ser entendido como um dever funcional (por parte de magistrados e agentes administrativos) de respeito ao que o STF decidiu em sede de controle abstrato.⁷⁸ A partir dessa concepção, afirma-se, inclusive, que tal efeito vinculante cria uma relação de *subordinação* com seus destinatários.⁷⁹

Sob outro prisma, a justificativa constante da PEC nº 130 (Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Deputado Roberto Campos e que culminou com a edição da EC nº 03, de 1993) aponta que o efeito vinculante é um instituto desenvolvido pelo direito processual alemão, assegurando força obrigatória “não apenas à parte

omnes, cabe ao prejudicado só a interposição de um recurso extraordinário” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 239).

⁷⁶A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). Ação declaratória de constitucionalidade, op. cit., p. 105.

⁷⁷*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 269-270. No mesmo sentido se pronuncia Marcelo Passamani, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões*, op. cit., p. 152.

⁷⁸Cf. Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 275. Posição semelhante parece ser a de Christiane Boulos, ao afirmar que o efeito vinculante se refere àqueles que devem dar ou garantir cumprimento à norma questionada (*Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 67).

⁷⁹Cf. Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 124-125.

dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes”.⁸⁰ Foi inspirada nesse modelo, aliás, que a EC nº 03, de 1993 agregou tal vinculação às decisões do controle principal, a fim de combater inconvenientes que uma decisão com eficácia exclusivamente *erga omnes* não poderia eliminar.⁸¹

Por essas razões, é usual a afirmação de que o efeito vinculante atua como uma espécie de *plus* em relação aos efeitos *erga omnes* e à coisa julgada, eis que a vinculação ora tratada traz às decisões do controle abstrato contornos que a *eficácia contra todos*, por si só, não tinha o condão de propiciar.⁸²

Além disso, como a EC nº 03, de 1993 incorporou boa parte dos elementos contidos na PEC nº 130 com relação ao efeito vinculante (cuja estrutura foi moldada com base no sistema tedesco), Gilmar Mendes entende ser possível recorrer à literatura alemã para buscar uma compreensão efetiva para o significado da eficácia vinculante. Censuras existem, todavia, no sentido de que seria uma incongruência buscar suporte no direito estrangeiro para interpretar a Constituição brasileira, com a exclusão de uma lei nacional em sentido contrário: a regra de que a imutabilidade do julgado não alcança os seus motivos determinantes (art. 469, I do CPC).⁸³

Esses debates e posicionamentos ficam ainda mais densos, quando se tem em mente que no próprio sistema processual germânico há discussões sobre a possibilidade de o efeito vinculante abranger – ou não – os motivos determinantes da decisão.⁸⁴

⁸⁰Cf. Gilmar Mendes, *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993*, op. cit., p. 99.

⁸¹Cf. Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 241. De acordo com o autor, um exemplo de uma situação que não seria evitada pela exclusiva força *erga omnes* da decisão seria a possibilidade de o Judiciário aplicar uma lei nova, mas com conteúdo que já havia sido considerado inconstitucional, anteriormente, no controle abstrato de normas. A propósito na Reclamação nº 595-O-SE foi acolhida esta orientação, justamente no sentido de que a aplicação de qualquer norma de conteúdo semelhante a outra já considerada inconstitucional pelo STF acarreta violação ao que foi decidido de forma vinculante (STF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 23.05.2003).

⁸²A propósito, vide Caio Augusto Silva dos Santos. Os efeitos das decisões no controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 831, p. 98, jan. 2005. A noção de que o efeito vinculante constituiria um “*plus*” em relação à coisa julgada foi tratada, originalmente, na ADC nº 01, no voto do Ministro Moreira Alves.

⁸³Nesse sentido, vide Botelho de Mesquita, O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, op. cit., p. 89.

⁸⁴É o que revela o jurista lusitano Rui Medeiros, em pesquisa aprofundada sobre o alcance do efeito vinculante, na Alemanha. Além da vasta referência à literatura em alemão, o autor também faz uma síntese de opiniões favoráveis e contrárias à possibilidade de o efeito vinculante abranger os motivos determinantes da decisão. Em apertada síntese, existe a corrente que impõe a extensão do efeito vinculante à *ratio decidendi* dos julgados como forma de eliminar as controvérsias em torno da interpretação da Constituição e aqueles que veem nesse fenômeno um risco de estagnação do direito constitucional (*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op.

Polêmicas à parte, parece-nos evidente que todas essas discussões em torno do significado do efeito vinculante, em nosso país, decorrem das dificuldades de conciliar a transposição de um instituto de direito estrangeiro com o regime jurídico da coisa julgada do processo civil brasileiro, bem como de ajustar confortavelmente todas essas nuances a um processo de índole objetiva, cujas características diferenciadas inibem a aplicação de alguns regramentos tradicionais do contencioso de feições subjetivas.⁸⁵

6.3.1.1. Nossa posição sobre o significado do efeito vinculante

Diante do que acima foi exposto, é possível observar que, no Brasil, o efeito vinculante não defluiu exatamente da natureza do sistema da jurisdição constitucional, tendo sido necessária a sua expressa positivação no ordenamento constitucional para ser adotado no âmbito do controle principal de constitucionalidade.⁸⁶ Assim, afigura-nos coerente compreender o significado desse instituto à luz de elementos contidos na sua proposta legislativa original, cuja orientação se dava no sentido de que o efeito vinculante *abrange* os fundamentos determinantes da decisão de controle abstrato, como forma de melhor coibir a recalcitrância injustificada de certas autoridades do Poder Público, sobretudo mediante a reiteração de atos considerados inconstitucionais pelo STF.

E mais: se um dos propósitos para acoplar o efeito vinculante às decisões do controle abstrato foi o de eliminar a reprodução do conteúdo de atos já declarados inconstitucionais ou evitar a interpretação diversa da acolhida em julgados do STF, a apuração de tais situações se realiza apenas a partir dos *fundamentos* da decisão – e não da

cit., especialmente p. 773-774). Entre nós, reconhecem a existência de opiniões dissidentes na literatura alemã: Gilmar Mendes, *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993*, op. cit., p. 102; José Ignácio Botelho de Mesquita, *O dismantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 90. Vale destacar, ainda, a rica pesquisa realizada em âmbito acadêmico por José Jesus Cazetta Júnior sobre a eficácia vinculante dos precedentes na Alemanha [*A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*, op. cit., especialmente p. 97-116]. Aliás, segundo este último autor, o §31.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão é interpretado por referida Corte no sentido de que o efeito vinculante ali disposto também alcança a motivação – o que, aliás, pode ser confirmado no *site* oficial daquela Corte, com informações disponíveis também em inglês: DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Disponível em: <<http://www.bverfg.de/en/decisions>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

⁸⁵Em sentido semelhante parecem assim se pronunciar: Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 180 e Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 275.

⁸⁶Cf. Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 153.

parte dispositiva, que tão apenas expressa o resultado do decisório, apontando se o ato normativo é constitucional ou inconstitucional.⁸⁷

Por conseguinte, e com o propósito de diferenciar a coisa julgada com a expansão *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do controle principal de constitucionalidade no Brasil, o *nosso entendimento* é o de que o instituto ora em estudo deve ser compreendido como um expediente jurídico voltado a tornar obrigatória a *ratio decidendi* subjacente do pronunciamento do STF, enquanto a autoridade da coisa julgada *erga omnes* se limita apenas à parte dispositiva do julgado (CPC, art. 469, I). Ou seja, o efeito vinculante obriga seus destinatários a aplicar *a mesma tese* (adotada pelo STF em sede de controle abstrato) nos casos que versem sobre a matéria decidida, ao passo que os efeitos *erga omnes* obrigam a observar o que o STF decidiu sobre um *determinado ato legislativo*, impedindo que *esse mesmo ato normativo* seja reapreciado judicialmente.

Não merece prevalecer, pois, a alegação de que o entendimento acima deveria sucumbir, por violar o regime previsto no art. 469, I do CPC. A vinculação à *ratio decidendi* dos julgados do STF é situação compatível com as características do processo objetivo do controle de normas, que admite a flexibilização de regramentos processuais do contencioso subjetivo.

6.3.2. Alcance objetivo do efeito vinculante

As considerações acima dizem respeito, ainda, às discussões que se apresentam sobre o alcance objetivo do efeito vinculante, isto é, quais partes da decisão do STF seriam atingidas por este efeito, se somente o dispositivo do julgado ou se também os seus fundamentos. E nesse particular, o STF tem adotado em diversos precedentes a denominada *teoria da transcendência dos motivos determinantes*, pela qual juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.⁸⁸

⁸⁷Nas palavras de Roger Stiefelmann, “o efeito de impor a eliminação de atos normativos de igual conteúdo e a vedação da reiteração material do ato inconstitucional somente pode ser aferido mediante o cotejo desses outros atos com os fundamentos determinantes da decisão, e não com a sua parte dispositiva” (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 151). Em sentido semelhante, vide Celso de Albuquerque Silva. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 225-226.

⁸⁸De acordo com a jurisprudência do STF, os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, pelo STF, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades para que não se debilite a força normativa

Seguindo esse raciocínio e o que anteriormente assinalamos sobre o significado do efeito vinculante, podemos concluir que as decisões do STF, no âmbito do controle principal de normas, projetam os chamados *efeitos transcendentales*.⁸⁹

Contrariamente a essa nossa posição, não podemos deixar de registrar o seguinte argumento: para excepcionar a regra processual do art. 469, I do CPC, deveriam o art. 28 da Lei 9.868/99 ou o art. 10, §3º da Lei 9.882/99 tê-lo feito expressamente, de maneira inequívoca.⁹⁰

Todavia, não devem prosperar tais considerações porque além de estarmos em sede do processo objetivo (que permite a restrição de determinados regramentos processuais), os referidos preceitos normativos das Leis 9.868/99 e 9.882/99, ainda que implicitamente, *reforçam* a ideia de que a vinculação alcança os fundamentos do julgado quando estendem a eficácia vinculante às decisões de *interpretação conforme* e *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto* (da ADIn e ADC) ou, ainda ao “*modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*” (para o caso da ADPF).

Nas referidas técnicas de decisão, o STF define o *significado* e *alcance* da norma questionada, de forma que os termos esclarecedores de tal pronunciamento ficam confinados em grande parte na *motivação* do acórdão; por conseguinte, considerando-se que, por imposição legal, essa interpretação do STF deve ser respeitada por todos os demais órgãos estatais, não restam dúvidas de que a vinculação ora tratada abrange *os fundamentos determinantes* do decisório.⁹¹

De toda forma, vale ressaltar que o STF ainda não se pronunciou definitivamente sobre a questão da transcendência dos motivos determinantes das decisões

da Constituição e possa se contribuir para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Recl 2986, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.03.2005); no mesmo sentido, adotando a referida teoria, vide Recl 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.05.2004; Informativo STF nº 379; Recl 2363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005; REcl 4.692-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 14.11.2006; Recl 4387-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 2.10.2006; Recl 4416-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 29.9.2006; entre outros precedentes.

⁸⁹Expressão utilizada por Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 184.

⁹⁰Nesse sentido: Christiane Boulos, *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 70.

⁹¹Com argumentos semelhantes, vide Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 277-278; Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 141-142. Como reforço ao nosso posicionamento, vale mencionar que, para Botelho de Mesquita, uma das poucas hipóteses em que o efeito vinculante pode fazer sentido é justamente com relação à decisão que traz a técnica de “interpretação conforme a Constituição” porque, nesse caso, tal interpretação “fica confinada à motivação do acórdão” (O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, op. cit., p. 92; grifos).

de controle abstrato,⁹² quadro este que tem se refletido no cabimento de reclamação perante o STF. Com efeito, nossa Corte Suprema – em recentes pronunciamentos – vem negando seguimento a reclamações propostas sob o fundamento de desrespeito aos motivos determinantes do acórdão paradigma. O argumento é o de que “a ‘transcendência dos motivos determinantes’ não autoriza o manejo de reclamação constitucional, mais ainda *quando tal teoria não tem pacífico acolhimento neste Supremo Tribunal*”.⁹³

Com a devida vênia, não cremos que esse posicionamento da nossa Suprema Corte mereça subsistir, pois se a abrangência à *ratio decidendi* dos acórdãos de controle abstrato representa uma forma de melhor coibir a recalcitrância injustificada de certas autoridades do Poder Público e se a observância a esses fundamentos por todos os magistrados contribui para a preservação da ordem constitucional, revela-se legítimo adotar o desrespeito aos “*fundamentos determinantes*” como *parâmetro* de descumprimento ao decisório do STF, editado na via principal. É, portanto, viável – nessa hipótese – o uso da reclamação, instituto vocacionado a preservar a autoridade da decisão de nossa Corte Suprema.⁹⁴

Ainda no contexto dos *efeitos transcendentales*, relevante registrar a existência de julgado atual do STF, acolhendo a ideia de que o *obiter dictum* (isto é, aqueles comentários laterais ou afirmações feitas de passagem no acórdão) “não integra o dispositivo do decisório, nem se sujeita ao efeito vinculante”.⁹⁵ Tal entendimento já chegou a ser interpretado no sentido de que o Plenário do STF teria rejeitado a tese da transcendência dos fundamentos determinantes.⁹⁶

Entretanto, não há que se confundir vinculação dos motivos determinantes com vinculação do *obiter dictum*. Este segmento da decisão se traduz em meras

⁹²“Resta claro, portanto, que a possibilidade do reconhecimento da transcendência dos fundamentos determinantes de decisão proferida por esta Corte encontra-se, por ora, sem definição” (STF, Recl. 6612-SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 26.02.2009).

⁹³Recl 7336-SP, Rel. Min. Ayres Brito, j. 16.12.2008.

⁹⁴Na doutrina, também considerando viável a propositura de reclamação tendo por fundamento o descumprimento dos motivos determinantes da decisão do controle abstrato de normas, vide João Miguel Coelho dos Anjos. *Reclamação constitucional*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). O processo nos Tribunais Superiores, op. cit., p. 54-55.

⁹⁵Recl-AgR 2475, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 02.08.2007 (Informativo STF nº 474). Entendemos, todavia, que aí não houve, propriamente, uma rejeição à tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes, mas sim o entendimento de que o *obiter dictum* não se sujeita ao efeito vinculante das decisões do STF. O inteiro teor dos votos pode ser colhido no *site* oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

⁹⁶Na Recl-AgR 2990, o Min. Sepúlveda Pertence externou entendimento no sentido de que o Plenário do STF, na referida Recl-AgR 2475, teria rejeitado a tese da transcendência dos fundamentos determinantes (DJ 14.09.2007).

informações complementares e não constitui premissa essencial à conclusão do julgado (como já visto, aliás, no capítulo anterior);⁹⁷ ou seja, contrariamente aos motivos determinantes, o *dictum* se apresenta como um raciocínio ou pronunciamento judicial que *ou* não integra o núcleo do julgamento *ou* não é essencial para a solução do caso; por essas razões, também não se sujeita à eficácia vinculante da decisão, produzindo efeitos meramente persuasivos com relação a casos futuros.

Nesse particular, concordamos com a conclusão de Olavo A. Ferreira, no sentido de que “Tais comentários laterais (*obiter dictum*), a nosso ver, não são dotados de efeito vinculante, o que levaria a uma aplicação muito minuciosa da decisão do Pretório Excelso, com a necessidade de exame aprofundado e exaustivo de cada questão dita de passagem nos julgamentos das ações em estudo, dificultando sobremaneira o conhecimento destas afirmativas pelos jurisdicionados e operadores do direito, que, geralmente não figuram na ementa do acórdão”.⁹⁸

6.3.3. Alcance subjetivo do efeito vinculante e consequências de seu descumprimento pelos seus destinatários

Um outro aspecto controvertido do efeito vinculante é, ainda, o seu *alcance subjetivo*, ou seja, quem é atingido pela vinculação das decisões tomadas no controle abstrato de normas.

De acordo com o art. 102, §2º da CF (com a redação atualmente conferida pela EC nº 45, de 2004), os efeitos vinculantes das decisões de ADIn e ADC são direcionados “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Na esfera infraconstitucional, vale anotar que o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 reproduz o conteúdo similar ao do preceito constitucional acima mencionado, direcionando o efeito vinculante das decisões de ADIn e ADC “em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Já o art. 10, §3º da Lei 9.882/99 prevê que o efeito

⁹⁷A propósito, vide nossas considerações sobre *obiter dictum* no item 4.6.4.1 do capítulo IV, em que apontamos que tal segmento da decisão não tem efeitos vinculantes com relação a casos futuros, na doutrina do *stare decisis*.

⁹⁸*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 141.

vinculante das decisões de arguição de preceito fundamental é relativo “aos demais órgãos do Poder Público”.

Isso significa que cabe aos órgãos judiciais e aos agentes públicos observar e guardar plena obediência ao que decidiu nossa Corte Suprema na via principal do controle de normas. Mais precisamente, “nos processos judiciais que estiverem em curso, seja na instância ordinária ou extraordinária, caberá ao órgão jurisdicional, a requerimento da parte ou mesmo de ofício, levar em conta a decisão proferida pelo STF no momento de julgar (art. 462 do CPC)”. No tocante à Administração Pública, seus agentes “deverão observar a decisão tomada pelo STF, sendo-lhes vedado, por exemplo, re-inserir ato idêntico no sistema jurídico”.⁹⁹

Nesse cenário, duas discussões doutrinárias se destacam: (a) a primeira, diz com a possibilidade do STF se vincular – ou não – à sua própria decisão; (b) a segunda, com referência à possibilidade de a vinculação atingir os órgãos legislativos (que não são expressamente mencionados na lei e na CF como destinatários dos efeitos vinculantes).

Nota-se que as questões em foco se assemelham com aquelas que tratamos no estudo das *súmulas com efeito vinculante*;¹⁰⁰ seria o caso de verificar se as particularidades do controle abstrato trazem conclusões diversas das que chegamos na análise dos limites subjetivos da súmula vinculante. Vejamos.

Com referência ao primeiro tópico, entendemos que também no palco do controle abstrato, o STF pode decidir de maneira diversa da que lhe orienta a decisão com efeito vinculante. Tal como se dá com o art. 103-A, *caput* da CF (que atribui efeitos vinculantes às súmulas do STF), o art. 102, §2º emprega do vocábulo “*demais*” antes da expressão “*órgãos do Poder Judiciário*” – o que dá a entender que o efeito vinculante não atinge o órgão prolator da decisão (o STF), mas apenas “os *demais*” órgãos judiciais.

⁹⁹Cf. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 478. No mesmo sentido, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 181. Interessante anotar que para Olavo A Ferreira, o Ministério Público, por ser defensor da ordem jurídica, com plena independência funcional, não está adstrito ao efeito vinculante “ante à ausência de norma constitucional expressa nesse sentido” (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 147).

¹⁰⁰Até mesmo porque estamos a tratar de um mesmo instituto jurídico (o efeito vinculante), conforme já sustentamos no capítulo anterior.

E, analisando particularidades do controle abstrato, não concordamos com a alegação de que o art. 26 da Lei 9.868/99,¹⁰¹ ao prever que a decisão do controle abstrato é irrecorrível e inatacável por ação rescisória, estabeleceria – indiretamente – a autovinculação do STF ao conteúdo das anteriores decisões da via principal, já que não haveria a possibilidade de uma nova análise contestatória sobre a matéria.¹⁰²

É que embora nossa Corte Suprema deva privilegiar o que ela própria decidiu, utilizando seus pronunciamentos como parâmetro para a solução de outros casos, essa Corte, diante de sua função institucional de “guardiã da Constituição” (CF, art. 102, *caput*), deve ter a possibilidade de julgar com base em premissa diversa da que estabeleceu, a fim de adequar o entendimento anterior a uma nova realidade ou até mesmo de corrigir eventual equívoco; do contrário, haveria uma indesejada petrificação do direito. Vale aqui a mesma ressalva que fizemos no capítulo anterior: tal desvinculação do STF deve ser justificada.

Com referência ao Poder Legislativo, também acompanhamos o entendimento prevalecente de que tal órgão foi excluído do rol dos destinatários do efeito vinculante conferido às decisões definitivas da ADIn e da ADC, já que o art. 102, §2º da CF e tampouco o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 fazem menção expressa aos órgãos legislativos como sendo alcançados pela vinculação de tais decisões.¹⁰³ Por

¹⁰¹“Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”.

¹⁰²Encampam essa orientação da qual discordamos: Christiane Boulos, *Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 68; e Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 273-274. Este último autor acrescenta, ainda, que por ser aberta a causa de pedir no controle concentrado, todos os aspectos constitucionais são esgotados pelo STF na análise da norma, impossibilitando, com isso, nova rediscussão sobre a matéria; entendemos que tal argumento não pode subsistir quando o STF se depara com novas circunstâncias fáticas que causam uma nova percepção sobre a lei. Esse tema é enfrentado com maior detalhamento no item 6.6.1 deste capítulo, para o qual remetemos o leitor.

¹⁰³Nesse sentido, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 182; e Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 274. A propósito, Christiane Boulos reforça esse entendimento, apontando que a Proposta original de Emenda Constitucional que se converteu na EC nº 03, de 1993 (PEC 130) estabelecia fórmula genérica de que a decisão tem “efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos” – no que seria incluído o legislador; entretanto, a EC nº 03, de 1993 não contemplou a redação original da proposta e especificou que a vinculação das decisões do STF atingiria “aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública”, sem qualquer menção expressa aos órgãos legislativos (*Controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*, op. cit., p. 68).

Ressalvamos, em coerência com o sustentado no capítulo anterior, que a vinculação alcança o Legislativo apenas quando tal órgão atua no âmbito de sua função administrativa e/ou fiscalizatória; ou seja, o órgão legislativo não se vincula à decisão de controle abstrato do STF quando exerce a função típica de legislar e quando realiza a atípica função *jurisdicional*. Remetemos o leitor às nossas considerações constantes do capítulo V deste trabalho.

consequente, nada impede a reedição de nova norma com conteúdo idêntico ao daquela que foi considerada inconstitucional pelo STF ou “revogar a norma reputada constitucional, pondo em seu lugar uma outra, desta feita, inconstitucional”.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Além disso, em recente pronunciamento, o Ministro Cezar Peluso acrescenta – coberto de razões – que o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois eventual posição contrária “afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição”.¹⁰⁶

Com relação ao efeito vinculante das decisões definitivas da ADPF, parcela da doutrina acaba *incluindo* os órgãos legislativos como destinatários, sob a alegação de que o art. 10 da Lei 9.882/99 direciona de forma genérica a vinculação do decisório “aos demais órgãos do Poder Público” (no que se enquadraria o Poder Legislativo) – diversamente da Lei 9.868/99, cuja previsão do efeito vinculante é *específica* (isto é, volta-se apenas para “os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública”, sem referenciar o órgão legislativo).¹⁰⁷

Tal posicionamento, conquanto tenha a sua lógica, não nos parece coerente com a jurisprudência do STF, que vem atribuindo um tratamento uniforme à eficácia das decisões do controle abstrato (independentemente da via processual em que foi

¹⁰⁴Cf. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 478-479. Na jurisprudência do STF, também assim se entende: “O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, *não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador*, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF” (Recl. 5442-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 31.08.2007; grifos).

¹⁰⁵A situação pode ser vista, pois, como uma *recalcitrância legislativa lícita*, na linha do que mencionamos no capítulo anterior. Embora no Brasil seja assim, Délton Esteves registra que a situação é considerada *inconveniente* em muitos países, sendo repelida no sistema da *common law* (mediante a aplicação da doutrina do *stare decisis*) e também na Alemanha; o autor noticia a existência de doutrina estrangeira que propõe as seguintes alternativas para a solução desse “problema”: “1) Prestigiar-se a decisão judicial; 2) aceitar a vontade do legislador ou do executivo (...) 3) submeter o assunto à decisão popular”. Em conclusão, Délton Esteves afirma que, entretanto, a proposta alvitada “refoge completamente ao [nosso] regramento processual” (*Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 240).

¹⁰⁶AgR Recl 2617, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20.05.2005.

¹⁰⁷Nesse sentido, vide Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 285; parece esta também ser a posição de Walter Claudius Rothemburg, Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/9, op. cit., p. 228.

proferida)¹⁰⁸ e, ademais, não merece subsistir também pelos mesmos motivos acima mencionados: ausência de previsão constitucional para incluir o legislador como destinatário do efeito vinculante, risco de petrificação do direito e possível desequilíbrio na relação entre legislativo e judiciário. Como bem pondera Luis Roberto Barroso, “No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade de igual natureza”.¹⁰⁹

No direito lusitano, vale registrar, também se discute acerca do alcance do efeito vinculante sobre o legislador.

O art. 282º n. 2 da Constituição portuguesa estabelece uma “força obrigatória geral” às decisões de controle abstrato. Desta fórmula, segundo Jorge Miranda, resulta que todos os poderes públicos se encontram sujeitos à potência obrigatória da decisão, sem exceção.¹¹⁰ Em sentido diverso, porém, Rui Medeiros sustenta que o legislador não estaria vinculado à declaração de inconstitucionalidade, dentre outros fatores, para que se evite a fossilização do direito, por não haver órgão que controle o Tribunal Constitucional português e também porque o órgão legislativo se encontra “*em subordinação imediata à Constituição e não em subordinação mediata através da interpretação vinculante de outro órgão*”, como o judicial.¹¹¹ Em posição intermediária, vale destacar a posição de Carlos Blanco de Moraes, para quem “*a força obrigatória geral prevista no mesmo preceito [art. 282º, n. 2 da Constituição portuguesa] não exceptua o poder legislativo dos seus efeitos*”, salvo ocorrência de uma alteração de circunstâncias fáticas e jurídicas a justificar a reedição de norma declarada materialmente inconstitucional.¹¹²

¹⁰⁸“À arguição de descumprimento de preceito fundamental é possível aplicar-se, por analogia, as regras contidas na Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade” (STF, ADPF 156-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.12.2008).

¹⁰⁹*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 182.

¹¹⁰Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., especialmente p. 72-76. Dentre outros elementos, o autor argumenta que a renovação de um ato legislativo com conteúdo idêntico a outro ato normativo considerado inconstitucional causaria conflitos “entre o órgão legislativo e o órgão fiscalizador”, além de ser postura incongruente com a sistemática constitucional portuguesa, que proíbe a reedição de projetos e propostas de leis rejeitadas (art. 167º, n. 4 e art. 115º, n. 10).

¹¹¹*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 823-837. Reconhecendo a existência desse posicionamento, Jorge Miranda faz um elenco de diversos outros autores portugueses que também seguem essa corrente (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 73).

¹¹²*Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., especialmente p. 215 e 218. Conclui o autor que “o critério ‘*rebus sic stantibus*’ constitui o fundamento determinante dessa reedição”.

Entre nós, Alexandre de Moraes encampa as premissas do direito português (pela similaridade com o nosso sistema) e afirma que o legislador deve se vincular às decisões tomadas no âmbito do controle abstrato brasileiro, notadamente porque tais pronunciamentos têm força obrigatória geral.¹¹³ Contudo, não comungamos desse modo de pensar, por todas as razões que acima já colocamos.

E sem prejuízo de todo o exposto, vimos que a inobservância ou descumprimento da decisão do STF – tomada no controle abstrato – dá ensejo à propositura de reclamação (CF, art. 102, I, *l*). Nessa hipótese, e considerando que o legislador não é atingido pelo efeito vinculante, eventual recalitrância de sua parte não tornaria cabível *reclamação* em face do ato legislativo inconstitucional recolocado no sistema, mas sim, viabilizaria uma ação direta de inconstitucionalidade em face de tal ato normativo.¹¹⁴ O assunto nos conduz diretamente às questões tratadas no próximo tópico.

Por fim, e no que tange a possíveis outros aspectos relacionados ao alcance subjetivo da vinculação ora tratada, fazemos referência às nossas considerações constantes do capítulo anterior (relacionados ao efeito vinculante da súmula do STF), as quais, *mutatis mutandis*, também se aplicam ao efeito vinculante das decisões de controle abstrato.

6.3.3.1. Descumprimento ou não-observância do efeito vinculante por seus destinatários e o cabimento de reclamação

Dentre as consequências jurídicas que decorrem da violação ao efeito vinculante merecem destaque as sanções que podem recair sobre *o ato ou conduta* contrária à decisão do STF, bem como sobre o *agente público* que praticou aquele ato.¹¹⁵ Nesse contexto, nossa CF assegura o cabimento da *reclamação* para *preservar a*

¹¹³ *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 272.

¹¹⁴“(…) o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado. Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado nova ação direta, entendendo legítima a propositura de uma nova ação direta de inconstitucionalidade (...) Em casos como este, *cabível é outra ação direta de inconstitucionalidade, e não reclamação*” (Recl 5442–MC PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.09.2007; grifos). No mesmo sentido: STF, ADIn 1850-8 RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.04.2001; na doutrina, assim se pronuncia Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 182.

¹¹⁵A propósito do tema da responsabilidade civil do magistrado, inclusive, por desrespeito a pronunciamentos do STF, vale conferir os apontamentos de Oreste Nestor de Souza Laspro, *A responsabilidade civil do juiz*, op. cit., especialmente p. 270-275. Ainda a respeito das consequências sancionatórias decorrentes da violação ao efeito vinculante das decisões do STF, Roger Stiefelmann salienta que a efetividade prática dessas decisões impõe a aplicação desses dois tipos de sanção, pois “o mero expediente da reclamação cassatória, sem a responsabilização da autoridade, permite a persistência infinita da recalitrância indesejada” (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 166).

competência do STF e a *autoridade de suas decisões* – sendo este, aliás, o fundamento que mais diretamente interessa ao presente trabalho.

Fruto de construção pretoriana do STF a partir da primeira metade da década de 50, a reclamação se fundamentava na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) de matriz norte-americana, sendo apontada como mecanismo apto a impor autoridade dos julgados do STF, no caso de serem estes desrespeitados pelas instâncias inferiores.¹¹⁶ Posteriormente, a medida passou a contar com previsão explícita no Regimento Interno daquela Corte; a partir da Carta de 1988, a reclamação ostenta nível constitucional contemplada nos arts. 101, I, *l* e 105, I, *f* – figurando entre os feitos de competência originária do STF e do STJ; vale anotar, ainda, que com a EC nº 45, de 2004, o mecanismo passou a ter previsão também nos arts. 111-A, §1º (no que tange à preservação das decisões do TST) e art. 103-A (voltada a resguardar a súmula vinculante). As normas procedimentais referentes à reclamação são tratadas pelos arts. 13 a 18 da Lei 8.038/90.¹¹⁷

A natureza jurídica da reclamação sempre foi alvo de intenso debate; aliás, ainda hoje, a controvérsia continua “acesa”, pendendo discussão sobre ser *ação*, *recurso*, *remédio processual*, *exercício do direito de petição* e mero *incidente processual*.¹¹⁸

A propósito, a jurisprudência do STF segue tendência em atribuir à reclamação um *status* de “ação” de índole constitucional, tendo já permitido – até mesmo –

¹¹⁶Recl nº 141-SP, Rel. Min. Rocha Lagoa, j. 25.01.1952. Disponível no *site* oficial do STF: <<http://www.stfl.jus.br/inteiroteor>>; acesso em 18.04.2009. A propósito, em recente e interessante pronunciamento monocrático, o Ministro Gilmar Mendes invocou a vetusta teoria dos *implied powers* para proclamar a possibilidade de se declarar incidentalmente, na reclamação, a inconstitucionalidade de lei de teor idêntico à norma que já foi objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o STF (Recl 4987–MC PE, j. 07.03.2007; Informativo STF nº 458).

¹¹⁷Segundo João Miguel Coelho dos Anjos, o RISTF e o RISTJ funcionaram como norma regulamentar da reclamação até o advento da lei 8.038/90, que foi recepcionada pela ordem constitucional como lei ordinária; assim, a despeito de haver disposição regimental sobre a reclamação no STF (arts. 156 a 162) e no STJ (arts. 187 a 192), tais normas teriam sido revogadas pela citada lei federal em razão do que dispõe o art. 2º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil (*Reclamação constitucional*, op. cit., p. 43).

¹¹⁸A propósito, o Ministro Celso de Mello bem resume a controvérsia acerca da natureza da reclamação, com apontamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre as diversas correntes (STF, Recl. 511-PB, DJ 24.10.1994). Dentre as vozes divergentes acerca da matéria, vale destacar o estudo de: Ada Pellegrini Grinover, para quem a reclamação representa o exercício do direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, a da CF (Da reclamação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, p. 77 e ss., abr./jun. 2002); Cândido Dinamarco, que vê a reclamação como um “remédio processual sem natureza recursal” (A reclamação no processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, p. 104 e ss., nov. 2000); Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 279; Leonardo Lins Morato. *A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 441 e ss; João Miguel Coelho dos Anjos, *Reclamação constitucional*, op. cit., p. 36-41; estes últimos autores enxergam a reclamação como *ação*.

a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma com teor idêntico a outra que já foi apreciada no controle abstrato do STF.¹¹⁹ Contudo, o STF não admite reclamação por alegado descumprimento de decisão editada em outra reclamação, eis que as decisões prolatadas nessa via processual não são revestidas de efeito vinculante ou *erga omnes*.¹²⁰

Para as finalidades do presente estudo, é importante compreender que, independentemente da natureza jurídica da via reclamatória, tal mecanismo promove a cassação dos atos judiciais¹²¹ que desrespeitem as decisões do STF tomadas no âmbito do controle abstrato e asseguram, com isso, *a efetividade prática do efeito vinculante daquelas decisões*.¹²²

Nesse particular, relevante apontarmos que a jurisprudência mais antiga do STF não admitia a medida como forma de salvaguardar as decisões de controle abstrato. A evolução jurisprudencial daquela Corte chegou a trazer uma mudança nesse posicionamento, notadamente a partir de 1.992;¹²³ entretanto, o STF ainda restringia a propositura de reclamação apenas aos legitimados para o ajuizamento da ADIn. Tal orientação, de um lado, funcionava como um elemento de contensão no ajuizamento da medida reclamatória, mas, de outro lado, fragilizava a autoridade dos julgados do STF, que eram ignorados frequentemente pelas instâncias judiciais inferiores.

Em decisões mais recentes, o STF firmou entendimento de que qualquer jurisdicionado prejudicado pelo desrespeito ao decisório proferido na fiscalização abstrata é *parte legítima* para propor reclamação – e tudo como forma de garantir a autoridade do julgado que foi proferido na via principal do controle de normas.¹²⁴ O efeito vinculante é

¹¹⁹ “(...)a reclamação, na qualidade de *ação especial*, acabou por adquirir *contornos diferenciados* na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência (...) A *tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo*” (Recl 4987–MC PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, pronunciamento monocrático de 07.03.2007; decisão ainda não publicada, mas disponível no *site* oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2009).

¹²⁰ Rcl-AgR 5389-PA; Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20.11.2007.

¹²¹ Art. 17 da Lei 8.038/90: “Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência”.

¹²² Cf. Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 165.

¹²³ Sobre a evolução jurisprudencial do STF no tocante ao instituto da reclamação, vale conferir, por todos, a rica compilação de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. *Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, especialmente p. 1176-1184.

¹²⁴ “A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, também deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl. nº 1.880, em 23 de maio de 2002, quando no Tribunal restou assente o

considerado, nesse aspecto, como um dos fatores que propiciou essa revisão da jurisprudência na nossa Suprema Corte, notadamente porque ao impor uma força obrigatória qualificada à decisão do controle abstrato, viabilizou o uso de um mecanismo apto a assegurar o cumprimento do julgado e a preservar a sua autoridade: a reclamação.¹²⁵

Entretanto, apesar de o efeito vinculante haver contribuído para um entendimento mais ampliativo sobre o cabimento da medida em estudo, não se pode afirmar que o emprego da via reclamatória teria sido franqueado unicamente pela eficácia vinculante dos julgados do STF. Como assinalamos acima e também em tópico anterior, antes da EC nº 03, de 1993 (que introduziu o efeito vinculante no ordenamento constitucional), nossa Suprema Corte já havia admitido o manejo da reclamação no exercício do controle abstrato de normas, ainda que de maneira tímida. Portanto, frisamos que o instrumento do art. 102, I, *l* não pode ser considerado uma consequência processual exclusiva do efeito vinculante das decisões do controle abstrato.

Outro aspecto importante da reclamação diz respeito aos seus pressupostos de admissibilidade. Sem qualquer propósito de esgotamento dessa matéria (eis que isso representaria um desvio aos fins deste estudo), interessa-nos anotar, dentre outros elementos, aqueles que mais diretamente surtem efeitos ou podem repercutir sobre outros processos.

Nesse desiderato, registre-se que a jurisprudência do STF *não consente o uso da reclamação*: (a) como *sucedâneo* de *ação rescisória* e de *recurso* cabível contra a decisão judicial que desafia a autoridade do decisório do STF; (b) se tiver por objeto decisão judicial proferida antes da publicação do acórdão editado no âmbito do controle abstrato do STF, pois o efeito vinculante deste decisório *não é retroativo*. Este último aspecto, por se relacionar mais diretamente ao alcance temporal das decisões do STF, será explorado metodologicamente em item próprio, mais adiante.

Mas no que tange à impossibilidade de emprego da reclamação como um instrumento *sucedâneo* de *ação rescisória*, cabe pontuar que se trata de situação

cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado” (Informativo STF nº 458; grifos). Essa ampliação não é admitida, contudo, em reclamações que têm por objeto decisão do STF, proveniente do controle difuso-incidental; nesse caso, somente a própria parte poderia ingressar com a via reclamatória (Rcl 3051 AgR-RS, Rel. Min. Carlos Brito, DJ 02.08.2006; Rcl 5335 ED, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 09.05.2008).

¹²⁵A propósito, vide os apontamentos de Tânia Aoki Carneiro. Efeito vinculante das decisões em ação declaratória de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, p. 184, jul. 2008.

consolidada pela súmula 734 do STF,¹²⁶ a qual parte do pressuposto de que a medida prevista no art. 102, I, *l* da CF não pode alcançar decisões de outros processos já transitadas em julgado, a fim de que se assegure a garantia da coisa julgada, prevista constitucionalmente.¹²⁷

Já o não-cabimento da reclamação como *sucedâneo de recurso* deve ser compreendido no seguinte contexto: (i) os argumentos a serem aduzidos no instrumento reclamatório devem guardar pertinência com a decisão de controle abstrato do STF, cuja autoridade se alega desrespeitada; e (ii) é necessária a identidade ou similitude entre o objeto da reclamação e o do julgado paradigma do STF, pouco importando que a matéria tratada na via reclamatória seja de índole constitucional; (iii) a medida não poder ser proposta, objetivando reparo em erro de julgamento¹²⁸⁻¹²⁹ ou para que o STF analise o acerto da decisão reclamada.¹³⁰

Vale dizer: quando os fundamentos invocados na reclamação não se relacionam diretamente com o descumprimento ou o desrespeito à decisão do STF, eles representam meras razões de irresignação contra o acórdão impugnado para torná-lo sem validade; nesses casos, a reclamação assume uma certa índole recursal (o que não é cabível)¹³¹ – entendimento este que nos parece correto, já que o instrumento reclamatório

¹²⁶Súmula 734 do STF “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

¹²⁷“A ocorrência do fenômeno da ‘*res judicata*’ assume indiscutível relevo de ordem formal no exame dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento da relação processual decorrente da instauração da via reclamatória. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *embora reconhecendo cabível a reclamação contra decisões judiciais*, tem ressaltado revelar-se necessário, para esse específico efeito, que o ato decisório impugnado ainda não haja transitado em julgado (...). Não há, desse modo, como dar trânsito à presente reclamação, eis que a parte reclamante, ora recorrente, na realidade, desconsiderando a autoridade da própria ‘*res judicata*’, *buscava rediscutir o julgado tornado irrecorrível, pretendendo, de maneira absolutamente imprópria, o reexame do fundo da controvérsia, que já constituiu objeto de decisão proferida no processo de conhecimento*” (Rcl-ED 6109-TO, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.03.2009). Registre-se, todavia, a existência de entendimento doutrinário apontando ser cabível a reclamação contra ato judicial coberto pela coisa julgada formal (vide, a propósito, João Miguel Coelho dos Anjos, *Reclamação constitucional*, op. cit., p. 51).

¹²⁸Esses subsídios são extraídos da própria jurisprudência do STF, podendo ser encontrados nos julgados: Recl-AgR 724-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.05.1998; Recl-AgR 1639, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.11.2000; Recl 1169, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.05.2002; Recl 2661, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.08.2004; Rcl-AgR 3954 CE, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 07.11.2008; Rcl-AgR 6135, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 02.02.2009; Rcl-AgR 4003 RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 06.03.2009.

¹²⁹“(…) a reclamação é incabível para invalidar decisão de outro Tribunal, que porventura haja divergido da jurisprudência do STF, firmada no julgamento em *causa diferente, mesmo em se tratando de controvérsia de porte constitucional*” (trecho da Rec. 724, Rel. Min. Octavio Gallotti, consignado no Informativo STF nº 477; grifos).

¹³⁰Recl 4819-AL, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 02.04.2009.

¹³¹Rcl-AgR 3954-CE, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 07.11.2008.

se volta à cassação do ato judicial exorbitante, mas não à sua substituição (como acontece nos recursos).¹³²

De outro lado, a hipótese ora tratada não autoriza concluir que a interposição de um recurso (cabível contra a decisão que descumpriu o efeito vinculante do pronunciamento do STF) afastaria o uso da reclamação, nem tampouco significa dizer que seria necessário o prévio esgotamento das vias recursais como requisito de propositura da via processual reclamatória.

Com efeito, a reclamação e o respectivo recurso cabível devem mesmo ser encarados como medidas processuais *concorrentes*, quando têm por objeto decisão judicial que desacatar um pronunciamento do STF.¹³³

Ademais, tal ordem de considerações encontra reforço na sistemática legal da reclamação direcionada a reforçar a obediência à súmula vinculante (art. 7º da Lei 11.417/2006), que permite a propositura da medida, *independentemente de outros meios de impugnação cabíveis* contra a decisão que desrespeitar a proposição sumular com efeito vinculante. É possível buscar arrimo nesse preceito legal porque, sobretudo, a reclamação ali prevista é considerada espécie daquela contemplada no art. 102, I, *l* da CF e “não esbarra em nenhum princípio ou orientação anteriormente firmados pelo próprio Supremo”.¹³⁴

¹³²De acordo com a lição de Cândido Rangel Dinamarco, apenas no âmbito do recurso é que se dá lugar ao binômio “cassação/substituição” (A reclamação no processo civil brasileiro, op. cit., p. 105); também nesse sentido, vide Flávio Yarshell. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 45. Sob outra ótica, Leonardo Lins Morato sustenta que não fica descartado o uso do recurso cabível nos casos em que cabe reclamação porque recursos e reclamação têm finalidades e pressupostos diversos (A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante, op. cit., especialmente item 9.1). No mesmo sentido é a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 282.

¹³³Aliás, o próprio STF admite a concorrência do recurso cabível e da reclamação: “A recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso para o S.T.F. da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação” (Recl. 329, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.06.1990; no mesmo sentido, vide ReclAgR 655-ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.04.97); de acordo, ainda, com o Informativo STF nº 66: “A recorribilidade da decisão que usurpa a competência do STF ou desafia a autoridade de suas decisões não impede que, desde logo, seja ajuizada a ação de reclamação perante esta Corte (CF, art. 102, I, *l*)”.

¹³⁴A observação transcrita em aspas é de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante*, op. cit., p. 1177.

6.3.3.2. Reclamação e mitigação do efeito vinculante

O STF e o STJ não têm acolhido algumas reclamações, estabelecendo que em certas situações excepcionais seria possível às instâncias judiciais inferiores não observar o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do controle abstrato.

Mais precisamente, o STF tem admitido que a despeito de ter sido declarada a *constitucionalidade* de um ato normativo, pode o magistrado, diante das particularidades do caso concreto, por via de controle difuso e incidental, tomar aquele ato por inconstitucional, sem que isso represente afronta à sua decisão anterior.¹³⁵ Esse entendimento vem se manifestando, por exemplo, nas reclamações em que se alegam afronta ao que ficou decidido na famosa ADC nº 4 MC-DF¹³⁶ e também se faz presente na ADIn 223-6 MC-DF.¹³⁷

Dentre as diversas censuras que essa situação pode contemplar, um fator que nos parece emblemático é o de que *não há critérios legais objetivos para que o julgador possa aferir se uma dada situação comporta – ou não – exceção à eficácia vinculante e ‘erga omnes’ do decisório editado no controle abstrato de normas*, possibilitando o surgimento de decisões conflitantes sobre uma mesma matéria – e o que é pior: decisões conflitantes que desafiam a autoridade de um pronunciamento do órgão de cúpula do Judiciário, em patente afronta à eficácia vinculante prevista constitucionalmente. Se o propósito da eficácia vinculante, dentre outros elementos, é o de conferir tratamento uniforme a uma mesma questão, bem como proporcionar previsibilidade do resultado da

¹³⁵Nesse sentido, observam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 477. A rigor, essa relativização já é admitida em sede doutrinária, como será visto a seguir.

¹³⁶A ADC nº 4 tinha por objeto, dentre outros elementos, o art. 1º da Lei 9.494/97, que impedia a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Houve reclamações em que o STF manteve decisão de juízes que deferiram pedido de antecipação de tutela (pagamento da verba) em afronta à decisão da ADC nº 4, que as proibira; em geral, o STF não tem cassado decisões antecipatórias favoráveis a aposentados e pensionistas de servidores públicos, considerando a idade avançada desses beneficiários (a propósito, vide REcl-AgR 1067-RS, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 03.09.1999; Recl 3935-CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.08.2006, dentre outros julgados; aliás, parte do entendimento foi cristalizado na Súmula 729 do STF: “A decisão na ADC-4 não se aplica em antecipação de tutela de natureza previdenciária”). O STJ também tem excepcionado a eficácia vinculante e *erga omnes* da decisão editada na aludida ADC nº 4, quando há risco de morte para o requerente (RESp-AgR 397.275-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01.12.2002).

¹³⁷Nessa ação se discutia a concessão de liminar em medida cautelar no intuito de suspender a eficácia da Medida Provisória nº 173/1990, que vedava ao deferimento de liminar contra o Poder Público em mandado de segurança, ação cautelar ou em ação de rito ordinário que versassem sobre matérias previstas em outras medidas provisórias. O STF não declarou a inconstitucionalidade da norma, mas ressaltou expressamente a possibilidade de juízes declararem incidentalmente a sua inconstitucionalidade no caso concreto (ADIn 223-6 MC-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.06.1990).

decisão e segurança jurídica aos jurisdicionados, esse desiderato nem sempre será alcançado.

A hipótese não parece tratar da liberdade que qualquer magistrado tem de analisar a orientação contida na decisão do controle abstrato de normas para saber se esta se aplica à base fática do caso concreto. Trata-se de saber em que situações o julgador das instâncias inferiores poderia decidir de maneira diversa da previsão contida na decisão do STF, editada no âmbito do controle principal de normas.

As respostas parecem estar em fase de plena elaboração doutrinária e jurisprudencial. Nesse particular, uma diretriz que a própria jurisprudência de nossa Corte Suprema apresenta é o de que não deve ser cassada a decisão judicial reclamada que, mesmo contrariando decisório oriundo do controle abstrato, contemple questão de fundo em harmonia com outros julgados – do controle concreto, inclusive – do Pretório Excelso.¹³⁸ Na doutrina, também se apontam, de *lege ferenda*, outros critérios para excepcionar os efeitos em estudo: (a) a norma declarada *constitucional em abstrato* pode vir a ser declarada *inconstitucional in concreto*, levando em conta as particularidades do caso *sub judice*;¹³⁹ (b) os métodos de hermenêutica tradicionais e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser invocados pelo magistrado no caso concreto, para afastar o precedente vinculante do STF, como forma de solucionar uma situação injusta.¹⁴⁰

De qualquer maneira, o quadro que ora se apresenta é, ainda, paradoxal: em vez de reforçar a rigidez da decisão do STF (para fazer valer a autoridade desse

¹³⁸O critério foi apontado na Recl-AgR 1067, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 03.09.1999, como bem observa André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 270.

¹³⁹Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384. Em termos de segurança jurídica aos jurisdicionados, tal sugestão nos parece adequada, desde que o STF ressalve prévia e expressamente a possibilidade de juízes declararem incidentalmente a sua inconstitucionalidade no caso concreto (como, aliás, ocorreu no acórdão da ADIn 223-6 MC-DF acima mencionada).

¹⁴⁰André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 265-281. Sem prejuízo de outras críticas que podem ser manejadas à mitigação do alcance das decisões de controle abstrato, não nos parece adequado invocar regras de hermenêutica e o aspecto “normativo e geral” dessas decisões como forma de autorizar o magistrado a efetuar o controle *in concreto* do que decidiu o STF. A exemplo do que sustentamos no estudo das súmulas vinculantes, o precedente vinculante não inova na ordem jurídica e a exegese do pronunciamento judicial do STF é mais restrita que a da norma legal (vide nossos comentários no capítulo anterior).

julgamento), a reclamação – nas hipóteses ora tratadas – vem servindo para atenuar a sua aplicação, a pretexto de uma injustiça da situação concreta levada a julgamento.¹⁴¹

Como se nota, à semelhança das questões tratadas no debate relativo à chamada “relativização” da coisa julgada (a qual será abordada no próximo capítulo), a possibilidade de o órgão judicial das instâncias inferiores mitigar o efeito vinculante também traz o confronto entre o risco de o sistema conviver com sentenças injustas e o risco de se instaurar a insegurança jurídica (no caso, com o descumprimento desordenado de decisões de controle abstrato, cuja autoridade e obrigatoriedade de observância também se alçam em nível constitucional).

O tema, portanto, exige disciplina legislativa.

6.3.4. Compatibilidade do efeito vinculante com as decisões interpretativas do controle abstrato de normas

Com referência às sentenças interpretativas do controle de constitucionalidade, que têm como espécie as técnicas de *interpretação conforme* e a *nulidade parcial sem redução de texto*, já foi visto que o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 as torna abrangidas pelo efeito vinculante das decisões de ADIn e ADC. De acordo com a jurisprudência do STF, daí se extrai que *os* órgãos estatais “deverão se adequar, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade”.¹⁴²

Entretanto, a despeito da permissão legal e reforço pela jurisprudência do STF, há resistência doutrinária à associação da técnica de *interpretação conforme* com o efeito vinculante, notadamente porque a interpretação conforme vinculada inibiria a discussão e o amadurecimento das questões constitucionais no controle difuso, o que seria danoso ao nosso sistema jurídico.¹⁴³ Assim, de acordo com essa concepção, “os Tribunais e

¹⁴¹Essa – perspicaz – observação é de Flávio Yarshell, ao tratar da reclamação voltada a resguardar a súmula vinculante (A reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, p. 30, abr. 2004).

¹⁴²Recl-AgR 2143, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.06.2003.

¹⁴³Esse é o entendimento de Emilio Peluso Neder Meyer. Para extrair tais conclusões, o autor se baseia: (i) no escólio de Lênio Streck, para quem a interpretação conforme é criadora de sentidos; dela não resultaria a expulsão da lei do ordenamento, mas sim, recupera-se uma nova forma; por isso, ela não poderia ter efeito

juízes ordinários ainda poderão estabelecer interpretações diversas daquela exarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que, ainda assim serão constitucionais”, nas palavras de Emilio Peluso.¹⁴⁴

A propósito, intermediária é a posição de Luis Roberto Barroso, para quem não há efeito vinculante unicamente na hipótese de a *técnica interpretação conforme* resultar na declaração de uma determinada leitura da norma, sem excluir expressamente outras possíveis interpretações.¹⁴⁵

Temos por compatível a associação do efeito vinculante aos pronunciamentos que empregam a técnica da interpretação conforme, pois além da expressa previsão legal autorizadora de tal expediente, “a adoção deste entendimento evitará a existência de múltiplas interpretações conflitantes, o que contribui para a celeridade e economia processual, motivos que inspiraram a criação do efeito vinculante”.¹⁴⁶ Ademais, tal associação se justifica e se harmoniza com o art. 102, *caput* da CF, que confere ao STF o monopólio da *última palavra em tema de exegese das normas em face da CF* – o que equivale a dizer que a interpretação do texto constitucional pela nossa Corte Suprema deve ser acompanhada pelos demais tribunais.¹⁴⁷

Ainda nesse particular, não merece subsistir a crítica referente ao risco de um suposto engessamento da jurisprudência constitucional, eis que o efeito vinculante implantado em nosso sistema dispõe de *canais* que permitem dinamizar a evolução e a discussão de questões constitucionais; como exemplo, temos a não-inclusão do STF e do Poder Legislativo como destinatários do efeito vinculante. No primeiro caso, como a nossa Corte Suprema não fica tolhida ao que já decidiu anteriormente, é possível adaptar o texto

vinculante; (ii) no entendimento de Rui Medeiros, para quem a lei ordinária não teria legitimidade para permitir ao tribunal Constitucional impor determinada interpretação; ademais, no controle abstrato, faltariam ao juiz os sinais característicos do caso concreto para fazer diferentes interpretações; (iii) na praxe desenvolvida pela Corte Constitucional italiana, pela qual a força vinculante da decisão depende exclusivamente dos seus argumentos persuasivos, não de um efeito processual que encerra as discussões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma (*A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 61-64).

¹⁴⁴*A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 61.

¹⁴⁵*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 183-184.

¹⁴⁶Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 142.

¹⁴⁷“(…) Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a *interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF*, cuja função institucional, de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*), *confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da lei fundamental*, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: (...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais tribunais (...) *A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição*” (STF, Recl. 2986, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 18.03.2005; grifos).

constitucional à dinâmica da realidade social; no segundo caso, ao introduzir novos preceitos normativos (ainda que contrários a uma anterior decisão de controle abstrato), o legislador pode trazer novos parâmetros interpretativos, inaugurando uma nova querela constitucional que, tal como a anterior, pode chegar ao STF.¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

Mais ainda: não se pode minorar o peso da harmonização interpretativa da Constituição, pois: (a) a realização de atos baseada na exegese constitucional *divergente* daquela firmada pelo STF acarreta instabilidade e insegurança jurídica, notadamente porque as interpretações díspares não possibilitam ao jurisdicionado uma previsão do que pode vir a ser decidido; (b) a associação do efeito vinculante a técnicas de *interpretação conforme* promove, pois, o princípio da igualdade ao assegurar tratamento constitucional uniforme aos casos que apresentarem identidade de circunstâncias; (c) a uniformidade propiciada pela vinculação também inibe a arbitrariedade e a discriminação na aplicação do texto constitucional.¹⁵⁰ Em suma: os princípios acima expostos reforçam a ideia de que a eficácia vinculante é mesmo compatível com as sentenças interpretativas.

6.4. Alcance temporal das decisões

6.4.1. Efeitos *ex tunc* e *ex nunc*

No capítulo IV, assinalamos que *seja qual for a modalidade de controle judicial exercido no Brasil*, a decisão que dela resulta tem natureza *declaratória* e opera alcance temporal *ex tunc*.¹⁵¹ Sem prejuízo das razões de ordem histórica, constitucional e

¹⁴⁸Nesse sentido, com argumentos semelhantes vide o entendimento de Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 116; e Glauco Salomão Leite, em estudo voltado para o efeito vinculante da Súmula do STF (*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 172).

¹⁴⁹Ainda a reforçar a noção de que o efeito vinculante não acarreta o engessamento do direito, outros autores, como André Dias Fernandes, apontam que tal eficácia – no sistema brasileiro – se opera também com outros canais de abertura da interpretação constitucional, como a articulação de uma das técnicas de superação do precedente: a *distinção* (*distinguish*), a qual, à semelhança do sistema da *common law*, contribui para minorar ou até mesmo afastar a aplicação de um determinado precedente revestido de efeito vinculante (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 276-279 e 302).

¹⁵⁰Sobre princípios e fundamentos teóricos do efeito vinculante e compatibilidade com sentenças interpretativas, vale consultar os apontamentos de Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 113-115; e de Celso Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, op. cit., p. 96-101.

¹⁵¹Vide item 4.3 do capítulo IV. Ressalvamos, contudo, que há hipóteses em que a pronúncia de inconstitucionalidade da *omissão* legislativa tem efeitos *ex nunc* (vide item 4.7.4. do capítulo e item 6.4.3 deste capítulo VI).

processual anteriormente expostas naquele tópico, e que ficam aqui inteiramente ratificadas, é importante realçar que, com relação ao *controle abstrato*:

(a) a natureza declaratória das decisões é ainda afirmada pelo próprio legislador constitucional em diversos dispositivos;¹⁵²

(b) o alcance *ex tunc* das decisões editadas nas vias principais do controle de normas foi *chancelado* pelo art. 27 da lei 9.868/99 e art. 11 da lei 9.882/99, pois tais preceitos normativos excepcionam as situações em que a decisão do STF pode não retroagir; isto é, se eles tratam de exceções à retroatividade, é porque contemplam, implicitamente, a regra geral de que a pronúncia de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*.¹⁵³

Isso significa que, *com relação ao ato legislativo questionado* nas ações do controle direto, a força da decisão alcança toda a existência da norma, retirando-a do ordenamento jurídico “desde a sua origem” (no caso do pronunciamento de *inconstitucionalidade*) ou *confirmando* um estado de constitucionalidade pré-existente à decisão (no caso do reconhecimento da *compatibilidade* dessa dada norma com a Constituição Federal).¹⁵⁴

E apesar de quase não mais haver resistência doutrinária à tese de que as decisões do controle abstrato brasileiro projetam eficácia retroativa,¹⁵⁵ há vezes que sustentam ser *constitutiva negativa* a pronúncia de *inconstitucionalidade* tomada no âmbito do controle direto; por conseguinte, tal decisão irradiaria efeitos não-retroativos (*ex nunc*).

Mais precisamente, tal ordem de ideias se pauta na solução *kelseniana* da anulabilidade, pela qual o ato normativo inconstitucional tem uma validade provisória, que

¹⁵²A esse respeito, ilustrativo é o escólio de Olavo A. Ferreira: “Vale lembrar que a Constituição empregou a terminologia ‘*ação declaratória de constitucionalidade*’ para se referir a um dos remédios de controle de constitucionalidade, e mencionou expressamente que a decisão que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade é declaratória [nos artigos 52, X; 97 e 102, III, *b* da CF]. Ao tratar dos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, novamente o legislador constituinte empregou a terminologia ‘*declarada a constitucionalidade*’ [art. 103, §2º]. A terminologia empregada torna difícil não aceitar que a inconstitucionalidade é declarada, ante a manifestação expressa do poder constituinte originário, nesse sentido” (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 78).

¹⁵³Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 48-49.

¹⁵⁴Nesse sentido, vide Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 189 e 240.

¹⁵⁵A esse respeito, Clèmerson Clève chega a afirmar: “Encontra-se hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo” (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 244).

lhe torna apto a produzir efeitos jurídicos, pelo menos até que sobrevenha uma decisão judicial invalidando tal ato legislativo. Essa concepção leva em conta que a invalidação se opera a partir da data da publicação do decisório ou a partir de outro marco temporal subsequente, fixado na decisão. Tal provimento judicial projetaria, via de regra, efeitos não *ex tunc*, já que a invalidação não alcança toda a existência da norma.¹⁵⁶

Nesse contexto, dentre os autores brasileiros contemporâneos que se apoiam nessas premissas,¹⁵⁷ vale destacar a posição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, para quem a decisão do STF que decreta a inconstitucionalidade de uma norma teria natureza constitutiva negativa, pois extingue uma situação jurídica anterior (que presumia a validade de um ato normativo), mediante a aplicação de uma sanção de direito material: a invalidade; ou seja, entendem os autores que “não se pode considerar como meramente declaratória a decisão que aplica uma sanção”.¹⁵⁸

Nada obstante a autoridade e a lógica da exposição dos ilustres processualistas,¹⁵⁹ não compartilhamos desse modo de pensar, pois a sanção de nulidade da norma inconstitucional, no Brasil, *decorre automaticamente do ordenamento* (ela ostenta até mesmo o nível de *princípio constitucional implícito*, como acentuamos no capítulo IV). Vale dizer: tal sanção é apenas *reconhecida* – e não imposta, como creem os autores – pela decisão judicial do controle de normas, a qual acaba por *eliminar um estado de incerteza*

¹⁵⁶Como adverte a doutrina processual, as sentenças constitutivas, na maioria dos casos, produzem efeitos jurídicos para o futuro (*ex nunc*), mas podem, mediante previsão legal, remontar ao momento do pedido (a propósito, vide Cândido Dinamarco, *Fundamentos do direito processual civil*, op. cit., p. 592-597). Nesse contexto, Elival da Silva Ramos chega a destacar que a decisão judicial aplicadora da sanção de anulabilidade também pode projetar efeitos *ex tunc* – o que, aliás, foi reconhecido pelo próprio Kelsen, inspirando modificações na Constituição austríaca (a partir de 1929), que, por sua vez, influenciaram os sistemas de controle de constitucionalidade de outros países europeus (como Itália e Alemanha) a introduzir anulações não apenas irretroativas, mas também retroativas e diferidas *pro futuro* para determinadas situações (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 85-86).

¹⁵⁷Tal como tratado ao item 4.3 do capítulo IV, relembremos que dentre as raras vozes que sustentam a aplicação das *concepções kelsenianas* para o controle de constitucionalidade no Brasil, encontram-se Pontes de Miranda e, mais contemporaneamente, Regina Macedo Nery Ferrari.

¹⁵⁸*Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 421 e ss. Os autores reconhecem que essa posição não é a acolhida pela jurisprudência do STF e trabalham com a hipótese de que as decisões constitutivas negativas podem operar com eficácia retroativa, em alguns casos, como o da que anula o negócio jurídico e também a hipótese da decisão do controle abstrato, que decreta a inconstitucionalidade de uma norma.

¹⁵⁹Com efeito, não questionamos que em um sistema jurídico de controle de normas que trabalha com a solução de anulabilidade da norma inconstitucional, o provimento judicial que impõe tal sanção tem natureza constitutiva-negativa, já que ela provoca uma modificação na situação jurídica pré-existente, ao impor a invalidação do ato legislativo questionado. Entretanto, tal não é a hipótese do sistema brasileiro, cujo ordenamento constitucional adota a sanção de nulidade para o ato eivado de inconstitucionalidade. Também não discordamos da premissa de que todo ato defeituoso é inválido; contudo, aplicando esse entendimento à nossa posição, temos que a incompatibilidade com a Constituição é o defeito e a nulidade *ab initio* é a sanção que o nosso sistema constitucional impõe; a decisão do STF apenas reconhece tal situação jurídica.

sobre ser constitucional – ou não – determinado ato legislativo. De sentença constitutiva, pois, não se trata.

Nosso entendimento pode ser reforçado com a ilustrativa – e clássica – lição do Ministro Paulo Brossard, ao explicar, em voto proferido na ADIn nº 2, *porque é declaratória* a decisão acerca da constitucionalidade do ato normativo e *porque a sua eficácia temporal é ex tunc*:

“A Corte verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo que aquilo que se supunha ser um diamante não é um diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.”¹⁶⁰

6.4.2. Alcance temporal das decisões do controle abstrato sobre os atos jurídicos pretéritos

Como a sanção de *nulidade* reconhecida pela decisão judicial opera efeitos retroativos desde o nascimento da norma, tal implica dizer que essa invalidade se projeta, inclusive, *para os atos jurídicos pretéritos praticados com base nessa norma*.¹⁶¹

Mas isso *não* significa que a decisão judicial do controle abstrato, por si só, desfaria automaticamente todos os atos jurídicos consolidados sob a égide da norma que foi considerada inconstitucional. Tal pronunciamento do STF apenas criará condições para que a parte interessada busque, em tempo hábil e na via processual adequada, o desfazimento desses atos pretéritos.¹⁶²

¹⁶⁰DJ 21.11.1997.

¹⁶¹Cf. Sydney Sanches, Aspectos processuais do controle de constitucionalidade, op. cit., p. 514; Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 270.

¹⁶²A esse respeito, elucidativo é o escólio de Paulo Roberto Lyrio Pimenta: “a pronúncia de inconstitucionalidade é insuficiente para apagar os efeitos dos fatos jurídicos decorrentes da norma inconstitucional (...) Ou seja, [a declaração de inconstitucionalidade] atinge o plano da norma, não o dos fatos jurídicos” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em direito tributário*, op. cit., p. 93).

E isso se explica por duas razões de ordem processual: (a) a natureza objetiva do processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas; (b) a eficácia temporal do *efeito vinculante* da decisão proferida em sede de controle abstrato.¹⁶³

No julgamento do processo objetivo de controle de normas não são levados em consideração direitos ou interesses subjetivos, já que o decisório em questão proporciona a *tutela abstrata* da ordem constitucional; tal característica inviabiliza a adoção, nesse mesmo processo, de providências de natureza executiva, tendentes a concretizar na esfera particular o que foi estabelecido pelo STF de forma genérica e abstrata.

Além disso, distingue-se o momento em que o STF proclama a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma no controle abstrato e o momento em que a decisão passa a vincular os órgãos do Poder Público, de modo que, nos dois casos, a eficácia é *ex tunc*, mas o termo inicial da vinculação é a data de publicação do acórdão e não a origem da norma. Isso se dá porque o efeito vinculante não decorre da validade ou invalidade da norma, mas da sentença que a aprecia.¹⁶⁴

Vale dizer: como o efeito vinculante foi desencadeado com a decisão do controle direto, ele é naturalmente *posterior* aos atos jurídicos que já tinham sido consolidados sob o império da norma considerada inconstitucional e, com isso, não há como obrigar a desconstituição automática desses atos.¹⁶⁵

Especificamente com relação à *coisa julgada* que se formou em outro feito, a orientação não é diferente: os efeitos vinculantes e *ex tunc* do pronunciamento do STF *não a atingem*,¹⁶⁶ mas potencializam a influência daquela decisão de nossa Corte Suprema

¹⁶³ A respeito, vide Teori Zavaski, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 55.

¹⁶⁴ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 55.

¹⁶⁵ Aliás, justamente porque o efeito vinculante não é retroativo, não se vem admitindo a *reclamação* que tenha por objetivo a cassação de um ato *anterior* à publicação do acórdão do STF – consoante observam Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 477.

¹⁶⁶ Esse, também, é o ensinamento de: J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 1001) e de Gustavo Zagrebelsky. *La giustizia costituzionale*. Nuova Edizione. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 172-173, para os quais a retroatividade tem como limite a coisa julgada. Entre nós, assim se entende de forma dominante, valendo a consulta aos apontamentos de José Carlos Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*. In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175; Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 249; Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, especialmente capítulo III; sustentando tal entendimento sob a égide do sistema constitucional e processual anterior, vide Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 138.

no plano dos fatos, viabilizando – pelos mecanismos cabíveis – a revisão do comando judicial transitado em julgado, em sentido contrário.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

A propósito, a Constituição Portuguesa, no art. 283, n. 3, 1ª parte, chega a excluir expressamente a coisa julgada do campo de abrangência dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Tribunal Constitucional, ressalvando apenas os casos que envolvam matéria penal, disciplinar, ilícito de mera ordenação social ou quando a pronúncia de inconstitucionalidade da norma for mais favorável aos indivíduos condenados.¹⁶⁹

Na Itália, Andréa Proto Pisani reforça que uma decisão acobertada pela coisa julgada material se opera como lei especial, desatrelando a situação levada a juízo da norma geral e abstrata.¹⁷⁰ Desse modo, encampando tal premissa, Flávio Yarshell sustenta não ser possível estender, automaticamente, posterior declaração de inconstitucionalidade a uma situação já julgada “não apenas por razões políticas, mas porque aquela mesma situação tem como preceito regulador a sentença transitada em julgado, e não a norma supostamente retroativa”.¹⁷¹

¹⁶⁷Vide: Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 436; Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 479; Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 133. Essa linha de pensamento se reflete na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme será apontado no capítulo VII.

¹⁶⁸Em sentido parcialmente divergente, Luiz Guilherme Marinoni sinaliza a possibilidade de revisão da sentença transitada em julgado somente se: (i) for ela posterior ao pronunciamento (de inconstitucionalidade) do STF ou (ii) se a nossa Suprema Corte admitir excepcional e expressamente a retroatividade do seu pronunciamento (de inconstitucionalidade da norma) sobre a coisa julgada que se formou em outros feitos (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 128-135 e 173). Outro posicionamento divergente que se destaca é o de Teresa Arruda Alvim Wambier e de José Medina que entendem serem *inexistentes* as sentenças pretéritas transitadas em julgado e em sentido oposto à declaração de inconstitucionalidade do STF (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 72 e s). O tema será abordado no próximo capítulo.

¹⁶⁹“Artigo 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) [...] 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”. Para Rui Medeiros, tal preceito constitucional leva em conta que “o sacrifício da intangibilidade do caso julgado só deve ter lugar nos casos extremos que imperativos de justiça o justifiquem” (*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 547).

¹⁷⁰Assim, por via de consequência, há “*inoperatività dello ius superveniens retroativo sulla fattispecie da cui deriva il diritto oggetto del giudicato, ed ancora l’inoperatività della sopravvenuta dichiarazione di inconstitucionalità della norma generale e astratta sula cui base si è deciso*” (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 67).

¹⁷¹*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, op. cit., p. 256. Em sentido semelhante, também assim se posiciona Luis Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 171-172.

De qualquer maneira, pudessem a retroatividade ou a obrigatoriedade de observância da decisão do STF dissolver, de imediato, a coisa julgada que se formou em outros feitos, ficariam comprometidas as garantias da segurança jurídica, estabilidade das relações e pacificação social dos conflitos, asseguradas constitucionalmente.

6.4.3. Alcance temporal da decisão de controle de inconstitucionalidade omissiva

Nada obstante haja unidade conceitual e funcional da ação direta voltada para o combate da inconstitucionalidade por *omissão* e aquela que tem por objeto a inconstitucionalidade *comissiva*, não se estabelece um tratamento uniforme para ambas, com relação à eficácia temporal.

Primeiro, porque diversamente da inconstitucionalidade comissiva (cuja irregularidade se projeta notadamente nos campos da validade e eficácia dos atos jurídicos), a caracterização da inconstitucionalidade *omissiva* se dá *no plano da existência*, como já vimos no capítulo II. Assim, não é possível falar na sanção de nulidade ou anulabilidade para a inconstitucionalidade por *omissão*. Entretanto, nosso ordenamento adotou – à semelhança do sistema português –¹⁷² outras soluções e mecanismos voltados a coibir tal vício.

Nesse contexto, o art. 103, § 2º da CF prevê expressamente que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, *será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias* e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (grifos).

Vale dizer: a orientação contida no preceito constitucional aponta que a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão se limita à *constituição da mora legislativa* inconstitucional, *seguida da notificação* ao órgão competente para a

¹⁷²O art. 283º da Constituição portuguesa adota como efeito ordinário da pronúncia da omissão inconstitucional a cientificação do órgão inadimplente para a adoção das providências necessárias à superação da lacuna. Segundo anota Jorge Miranda, professor da Universidade de Lisboa, “o instituto português foi a fonte inspiradora de instituto análogo no Brasil, Angola e em Timor Leste” (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 310-311).

solução das medidas cabíveis para colmatar a lacuna,¹⁷³ não cabendo ao STF sequer impor um prazo para a atuação legislativa.¹⁷⁴

Sob a perspectiva dos efeitos temporais, tal provimento judicial quase sempre deverá apresentar efeitos *ex nunc*, isto é, não poderá retroagir até o nascimento da inconstitucionalidade, mas sim, deverá se reportar à data da decisão.

Explica-se: há grande dificuldade para se definir o momento exato em que essa inércia legislativa ingressa no campo da inconstitucionalidade, pois, via de regra, nossa Constituição Federal *não fixa um prazo* para a atuação do legislador e, com isso, considera-se que a colmatação da lacuna estaria contida na *discricionariedade* do órgão legislativo. Por conseguinte, é necessário que sobrevenha um pronunciamento judicial, *constituindo* o legislador em mora, de maneira que *somente a partir da data desse pronunciamento é que se sentirão as consequências da pronúncia sobre a inconstitucionalidade omissiva*. Daí, portanto, vem a constatação de que os efeitos se projetam a partir da decisão judicial (*ex nunc*).

E mais: como se vê, a decisão tem natureza *constitutiva*, já que com o advento do pronunciamento judicial, houve uma modificação da situação jurídica anterior (houve a constituição de uma mora legislativa, inquinando de inconstitucionalidade a postura omissiva do legislador).¹⁷⁵

¹⁷³Para além da mera ciência do órgão inadimplente, a doutrina pondera que o STF deveria, num exercício excepcional de poder normativo da jurisdição constitucional, dispor sobre a matéria não disciplinada pelo órgão legislativo inadimplente. Nesse sentido, vide, dentre muitos, o posicionamento de Flávia Piovesan (*Proteção judicial contra omissões legislativas*, op. cit., p. 108-109; a autora apresenta proposta de *lege ferenda*, atribuindo competência ao STF para expedir provimentos normativos temporários, se após o prazo fixado, a omissão não vier a ser sanada). Entretanto, não é essa a posição de nossa Suprema Corte: “*Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.*” (ADI-MC 1458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996; grifos nossos; no mesmo sentido, vide ADI-MC 1439-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 30.05.2003).

¹⁷⁴A propósito, vide ADI-MC 1458-DF, DJ 20.09.1996 e ADI 267-8/DF, DJ 19.05.1995, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello. Esse entendimento parece ter sido chancelado por recente pronunciamento do STF, que revela ser possível – para a Corte – estabelecer um “*parâmetro* temporal razoável” para a atuação legislativa, *mas sem que isso importe em uma fixação de prazo para o legislativo suprir a omissão* (ADI 3682-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007). Ou seja, é possível depreender daí, que os limites do art. 103, § 2º da CF não contemplam a permissão para o STF impor prazo para o órgão legislativo preencher a lacuna normativa.

¹⁷⁵Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 235-237; Regina Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 376; Marcelo Casseb Continentino, *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*, cit., p. 465-466.

De outra parte, nos casos em que a própria Constituição assinala um prazo para a prática do ato legislativo, entende-se que a omissão será *reconhecida* a partir do escoamento desse marco (não se afigura, pois, nesta hipótese, maior dificuldade para se demarcar materialmente o momento em que se consolidou a omissão inconstitucional). Por isso, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade omissiva – nessa hipótese – opera efeitos *ex tunc*, já que a decisão pode retroagir ao momento inicial de ausência da norma, alcançando o prazo determinado para a atuação do órgão inerte.¹⁷⁶ Nesse caso, vemos tal decisão como sendo de natureza *meramente declaratória*, já que não constitui, nem desconstitui situação jurídica já existente, nem tampouco emite provimentos condenatórios; ela apenas certifica a existência da inércia legislativa (que era passível de constatação, mesmo sem o pronunciamento judicial), dando ciência ao poder competente.

Em suma, nas hipóteses em que o texto constitucional fixa prazo para a edição de uma norma, são *ex tunc* os efeitos da decisão que reconhece a omissão legislativa; quando a Constituição não estabelecer qualquer prazo, a decisão constituirá em mora o órgão inerte, projetando efeitos *ex nunc*.¹⁷⁷

Mister registrar, ainda, a existência de entendimentos no sentido de que a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão teria natureza *mandamental*, “pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado”.¹⁷⁸ A conclusão se reveste de lógica, pois parte de uma opção conceitual de que a tutela mandamental se caracteriza por conter uma ordem a ente particular ou estatal ou, até mesmo, por ensejar a realização *in natura* do direito pleitado (colmatar uma omissão). Entretanto, contraria a atual concepção que o STF detém acerca do tema: o provimento da ação direta ora tratada não traz propriamente uma “ordem”, mas se limita a uma cientificação ao poder omissivo; por conseguinte, não haveria que se falar em tutela mandamental.¹⁷⁹

Para derradeiro, sem nos atermos a uma investigação mais aprofundada de toda essa rica temática das inconstitucionalidades omissivas (eis que fugiria aos domínios

¹⁷⁶Regina Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 375.

¹⁷⁷Também esta parece ser esta a conclusão de Elival da Silva Ramos, depois de analisar a natureza do provimento jurisdicional do controle das omissões legislativas (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 95-96).

¹⁷⁸Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 283.

¹⁷⁹Quando nos posicionamentos pela natureza constitutiva da decisão, encampamos a premissa adotada pela jurisprudência atual do STF: a de que os efeitos da decisão se restringem a constituir a mora legislativa, seguida da ciência ao órgão omissivo.

deste trabalho, voltado apenas para os efeitos processuais das decisões), duas breves considerações ainda são necessárias.

A primeira é que há debate e polêmica sobre as soluções que podem ser adotadas para coibir a omissão parcial, tais como o emprego de sentenças aditivas ou substitutivas,¹⁸⁰ o uso da técnica da interpretação conforme, declaração de nulidade sem redução de texto, etc.¹⁸¹ Trata-se de matéria ainda em plena elaboração doutrinária, mas para a jurisprudência do STF, a fórmula a ser adotada na hipótese é unicamente a declaração da inconstitucionalidade parcial, com ciência ao Poder competente; o acréscimo – pelo Judiciário – de expedientes normativos para alcançar situações postas de lado pelo legislador ordinário é medida tida como incompatível com o princípio da separação de poderes.¹⁸²

A segunda consideração diz respeito à possibilidade de haver controle da omissão inconstitucional também por ADPF, conforme já reconheceu o STF na ADPF n. 4.¹⁸³ Entretanto, não há propriamente uma definição quanto à solução a ser adotada para coibir a omissão, nesses casos. Como a decisão da ADPF deve conter a fixação de condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, há apontamentos doutrinários pela possibilidade de uso da técnica de “apelo ao legislador, com a fixação de prazo, seguido da aplicação concreta de determinada medida estabelecida pela Corte ou até

¹⁸⁰Sem prejuízo do que apontamos no capítulo II, podemos expor, em apertada síntese, que as sentenças denominadas *aditivas* seriam aquelas que, para além de trazer a declaração da inconstitucionalidade omissiva parcial, supre a omissão legislativa, elaborando um enunciado normativo. Já as sentenças *substitutivas* se caracterizam por cassar o preceito inconstitucional e substituí-lo por um comando normativo que observe a Constituição. Usualmente, a doutrina aponta exemplos de decisões tomadas pela Corte Constitucional italiana na abordagem dessas espécies de sentença. Vide, a propósito: Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 87-94; Emilio Peluso Neder Meyer, *A decisão no controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 70-81.

¹⁸¹A propósito, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 237-239; *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 95-96; Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 357-358, dentre outros.

¹⁸²ADI 1458-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

¹⁸³A matéria foi amplamente debatida na ADPF n. 4, a qual se voltava contra a Medida Provisória 2019/2000, que fixava o valor do salário mínimo em desacordo com art. 7º, VI da CF, configurando hipótese de omissão parcial. Por 06 (seis) votos a 05 (cinco), o STF admitiu a ADPF, nos termos do art. 4º, §1º da Lei 9.882/99, considerando que não havia qualquer outro meio eficaz de sanar lesividade omissiva, nem mesmo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, com a edição de normas posteriores alterando o valor do salário mínimo, foi julgada “prejudicada a arguição ante à perda de seu objeto” (ADPF 4-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22.09.2006; o julgamento da preliminar de cabimento da ADPF se deu em 17.04.2002, sendo relatado pelo Ministro Octávio Gallotti).

mesmo a edição de norma geral, que prevaleceria até a efetiva atuação do órgão competente”.¹⁸⁴

6.4.4. Efeitos *repristinatórios*

Ainda em relação aos aspectos temporais operados pelas decisões proferidas no âmbito do controle abstrato, é possível falar em efeito *repristinatório*,¹⁸⁵ por se tratar de situação que envolve a inconstitucionalidade de *normas que se sucedem no tempo*.

Pelo denominado efeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade de um determinado ato normativo torna aplicável a norma anterior, acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. A jurisprudência do STF já vinha reconhecendo tal fenômeno em sede de fiscalização abstrata, desde o regime constitucional anterior.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Hoje, tais efeitos estão contemplados expressamente no art. 11, §2º da Lei 9.868/99, mas apenas com referência à decisão concessiva de medida cautelar na via abstrata.¹⁸⁸ Prevalece, porém, o entendimento de que tal regra se aplica também aos

¹⁸⁴Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 271. Sobre o conceito da técnica referente ao “apelo ao legislador”, vide capítulo II, especialmente a nota nº 105.

¹⁸⁵O expediente não se confunde com a repristinação da norma, como bem esclarece Olavo A Ferreira: “O efeito repristinatório é o fenômeno da reentrada em vigor da norma *aparentemente* revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a entrada em vigor da norma *efetivamente* revogada (...) Esta somente é permitida caso exista previsão legislativa expressa, por vedação da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, §3º, e trata-se de fenômeno legislativo, que envolve necessariamente três leis. Aquela constitui *efeito automático* da decisão que declara a nulidade do ato normativo (...) e envolve duas leis e uma decisão judicial do controle abstrato” (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 86; grifos constam do original; grifos).

¹⁸⁶RTJ 101/499, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 120/64, Rel. Min. Francisco Rezek.

¹⁸⁷Há registros doutrinários, contudo, ponderando não haver efeitos repristinatórios sobre norma que é anterior à Constituição. Isso porque a jurisprudência do STF consagra a orientação de que, ocorrendo incompatibilidade de um ato legislativo e a Constituição superveniente, fica ele *revogado*. Assim, não faria sentido promover a “repristinação” desse ato legislativo porque este não perdeu sua vigência em razão de uma norma inconstitucional posterior, mas sim, pela própria Constituição que se interpôs temporalmente entre ambas as normas (assim se manifesta André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 226).

¹⁸⁸“Art. 11, §2º - A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.” Na legislação estrangeira, o art. 282º, n. 1 (parte final) da Constituição de Portugal alberga previsão expressa do efeito repristinatório: “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e *determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*” (destacamos). Olavo A. Ferreira informa que em outros países, como Áustria e Alemanha, há previsão legislativa sobre a incidência do efeito repristinatório (*Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 86).

pronunciamentos de mérito nas ações de controle abstrato,¹⁸⁹ já que a projeção de efeitos repristinatórios decorre *automaticamente* da própria declaração de inconstitucionalidade da norma – e não diretamente da decisão;¹⁹⁰ ademais, se a previsão é aplicável para uma decisão revestida pelo caráter da *provisoriedade*, com maior razão pode ser direcionada ao julgamento *definitivo*, que considera a lei inconstitucional.¹⁹¹

Quanto ao alcance e limites desses efeitos, dois importantes registros merecem ser feitos.

O primeiro é que parcela da doutrina não considera ser possível a produção de efeitos repristinatórios sobre legislação pretérita que teria sido revogada por *norma de conteúdo semelhante* àquela que foi declarada inconstitucional, em âmbito de controle abstrato, pelo STF, já que tal órgão fiscalizador *não efetuou juízo específico de constitucionalidade* sobre a tal norma semelhante. Ou seja, o efeito repristinatório proporciona apenas a restauração de legislação pretérita que tenha sido revogada por norma *expressamente* declarada inconstitucional pelo STF – e não por norma de teor similar à que foi julgada inconstitucional.¹⁹²

O segundo apontamento é que a norma anterior à que foi declarada inconstitucional também pode padecer de inconstitucionalidade – e ainda mais grave. É

¹⁸⁹ Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., item n. 6.2.1; Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 249; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., item n. 212; entre outros. Na jurisprudência, vale apontar que o STF também assim tem se pronunciado: “A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato” (ADI 2215-PE-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.04.2001, informativo STF nº 224); também nesse sentido: ADI 3148-TO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/12/2006; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 mar. 2009; este último julgado invoca como precedentes a ADI 2867-ES e os arestos constantes de RTJ 120/64 e RTJ 194/504.

¹⁹⁰ A esse respeito, Clèmerson Clève defende que os efeitos repristinatórios seriam uma consequência da sanção de nulidade da norma inconstitucional, ou seja, se o ato legislativo inconstitucional é nulo desde o seu nascedouro, é forçoso reconhecer que ele não produziu qualquer efeito, nem mesmo o de revogar a lei anterior, isto é, a norma anterior nunca deixou de existir (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 249); na doutrina estrangeira, Rui Medeiros também assim se posiciona (*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 652).

¹⁹¹ Cf. Oswaldo Palú, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, op. cit., p. 227.

¹⁹² Nesse sentido, André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 229-230. O autor, nesse contexto, pondera que *o efeito vinculante da decisão do controle abstrato não exerce impacto sobre o efeito repristinatório*, pois a decisão do STF restringe-se a determinar que os juízes e a Administração Pública decidam questões análogas à que o STF decidiu, mas na hipótese em comento, o STF não proferiu *decisão específica* sobre a inconstitucionalidade dessas normas semelhantes e por conseguinte, “*não restaurou a presunção de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita que teria sido revogada por essas mesmas normas semelhantes*” (grifos constam do original).

usual a expressão “efeito repristinatório indesejado” como referência a esse fenômeno.¹⁹³ Nessas situações, seria autorizado concluir pela possibilidade de afastamento do efeito repristinatório, muito embora tal entendimento se depare com críticas de ordem processual, relacionadas ao princípio da correlação da sentença ao pedido. O assunto, por envolver a temática relativa à restrição de efeitos das decisões do STF, será abordado no próximo item, por opção metodológica.

6.5. Modulação de efeitos das decisões do STF

Em capítulos anteriores, vimos que, de acordo com os artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99, o STF pode, em caráter excepcional, dispor sobre os efeitos da decisão que reconhece a *inconstitucionalidade* de um ato normativo, no âmbito do controle abstrato.¹⁹⁴ Ou seja, foi conferida ao STF a faculdade de *atenuar*¹⁹⁵ a excessiva rigidez que a pronúncia judicial de inconstitucionalidade de uma norma pode comportar. Para tanto, devem ser atendidos requisitos de ordem *formal e material*. O primeiro desses requisitos é que a decisão seja tomada por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos Ministros de nossa Corte Suprema; o segundo exige a presença de razões de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social* a justificar o expediente adotado.¹⁹⁶

Trata-se da regra “que ficou conhecida como *modulação de efeitos*”,¹⁹⁷ porque “o STF pode determinar, modular, qual o efeito para se adequar às demandas de

¹⁹³O fenômeno também se estende ao estado de *anomia*, isto é, afigura-se possível existir um vácuo normativo mais gravoso à Constituição, que a aplicabilidade da própria norma questionada (André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 226).

¹⁹⁴A propósito, o STF reconheceu, recentemente, que o art. 27 da Lei 9.868/99 contempla a hipótese de restrição de efeitos da declaração de *inconstitucionalidade* de uma norma, mas não de *constitucionalidade* (ADIn 1040-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006).

¹⁹⁵E não “ampliar”. A doutrina pátria assevera que “o art. 27 da Lei nº 9.868-99 autoriza apenas a RESTRIÇÃO dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e não a AMPLIAÇÃO desses efeitos” (André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 250; destaques constam do original).

¹⁹⁶Ao analisar os requisitos da segurança jurídica e excepcional interesse social, Tércio Sampaio Ferraz pondera que ambos “constituem uma exigência conjunta. Uma implica a outra, ainda que, da avaliação resulte a relevância de uma delas. Em decorrência, não basta a constatação de um dos requisitos, sem mostrar a presença do outro, ainda que distinguidos por um juízo de relevância” (*Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). O processo na Constituição, op. cit., p. 546).

¹⁹⁷Como apontamos no capítulo IV, a doutrina se vale de diversas outras denominações para esse instituto: “calibragem”, “flexibilização”, “manipulação”, “dimensionamento” de efeitos.

segurança jurídica do ordenamento”.¹⁹⁸ Conquanto a disciplina legal possibilite tal expediente para as decisões das ações diretas de inconstitucionalidade (genérica e por omissão), ação declaratória e arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mecanismo também se adapta às decisões das ações diretas interventivas (art. 36, III da CF/88).¹⁹⁹

Apesar de a redação dos preceitos normativos ora tratados conferir uma certa ênfase à possibilidade de modulação de efeitos temporais, majoritariamente tem-se entendido que *o alcance das decisões do STF pode ser dimensionado sob perspectivas diversas*, já que ambas as normas (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99) dispõem de forma ampla sobre a possibilidade de “(...) restringir os efeitos daquela declaração (...)”.

Assim, para além da eficácia temporal, é possível uma modulação de efeitos subjetivos da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas), de efeitos repristinatórios (alcance da decisão em relação à norma repristinada), efeitos vinculantes, etc.²⁰⁰ Passemos a analisá-las.

¹⁹⁸Walber de Moura Agra, *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 149.

¹⁹⁹Walber de Moura Agra, *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 152. É que além da intervenção propriamente dita no Estado-membro ou município, a ação ora tratada também contempla como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. A esse respeito, vide também o estudo de Samantha Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 434. Remetemos o leitor, ainda, às nossas considerações constantes do capítulo II, acerca da ação direta interventiva.

²⁰⁰Vide Walter Claudius Rothemburg, para quem a modulação pode se dar “(i) quanto à eficácia objetiva da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas); (ii) quanto à eficácia temporal da decisão (alcance da decisão em relação ao período abrangido); (iii) quanto à eficácia vinculante da decisão (alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito); (iv) quanto à eficácia material da decisão (alcance do conteúdo da decisão)” (*Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99*, op. cit., p. 227); Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 91; Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 280. Também assim, para Eduardo Talamini, o qual entende que a expressão “restringir os efeitos daquela declaração” permite concluir que o STF poderá, ainda, estabelecer determinadas diretrizes que precisarão, depois, ser consideradas nos casos concretos (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 443). Em sentido oposto, ponderando que a redação do art. 27 da Lei 9.868/99 leva a crer que a manipulação de efeitos é unicamente temporal, vide Elival da Silva Ramos, para quem a extensão da modulação a outros efeitos “atribuiria à jurisdição constitucional um poder de conformação normativa, própria do legislador” (*Perspectivas do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 280). No STF, há pronunciamentos referendando a possibilidade de a modulação abranger variadas formas (vide, a propósito, Informativo STF nº 442, título “Norma Pré-Constitucional e Modulação dos Efeitos” e nº 463, título “IPI. Alíquota Zero. Não-Tributação. Creditamento – 8”).

6.5.1. Dimensão temporal da modulação de efeitos

Com referência ao aspecto temporal, os artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99 incorporaram a orientação contida no art. 282º, n. 4 da Constituição Portuguesa,²⁰¹ nada obstante semelhante proposta já ter sido rejeitada pelo legislador constituinte de 1988.²⁰²

Gilmar Mendes anota que o modelo da restrição de efeitos da declaração de nulidade é adotada em diversos países, como Alemanha, Itália, Espanha, Áustria e próprio direito comunitário europeu.²⁰³ A propósito, ao tratar da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* das decisões do controle de constitucionalidade, Mauro Cappelletti já havia observado que exigências de ordem prática (como injustiças e *insegurança jurídica*) levaram à atenuação do rigor teórico da doutrina *ex nunc* na Áustria (em 1929) e da doutrina *ex tunc* nos Estados Unidos da América, bem como na Itália e Alemanha do pós-guerra, concluindo que tal dimensionamento dos efeitos retroativos ou prospectivos é inspirado “em critérios de grande e oportuno pragmatismo e elasticidade”.²⁰⁴

De qualquer forma, no Brasil, tal disposição foi introduzida nas leis 9.868/99 e 9.882/99, considerando que a declaração de nulidade da norma, cujos efeitos são *ex tunc*, pode ser insuficiente ou inadequada para superar algumas situações geradas pela inconstitucionalidade, ou seja, a retroeficácia da decisão judicial poderia ser mais perniciosa à sociedade do que a própria inconstitucionalidade da norma.²⁰⁵

²⁰¹“Artigo 282º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) (...).

4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”* (destaques nossos).

²⁰²Cf. Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2005, op. cit., p. 483-484. Os autores esclarecem que o projeto em questão era do Senador Maurício Corrêa e assim estabelecia: “Art. 127(...) §2º *Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”*.

²⁰³*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 398-390.

²⁰⁴*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 122-123. Teori Zavascki informa que ainda permanece nesses países a orientação para se estabelecer, conforme o caso, a eficácia retroativa nas decisões do controle (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 51).

²⁰⁵Nesse sentido, vide: José Carlos Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, op. cit., p. 175; Samantha Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 431-432.

Exemplo que bem ilustra a situação consta do paradigmático julgamento da ADIn 2240-BA,²⁰⁶ a qual se voltava contra a Lei Estadual baiana nº 7.619/2000 (que criou o município de Luis Eduardo de Magalhães), ao argumento de uma inobservância do art. 18, §4º da CF. O STF julgou a ação quase 07 (sete) anos depois da entrada em vigor da norma impugnada, ocasião em que numerosos atos jurídicos já haviam sido praticados com boa-fé e fundamento na lei até então em vigor (eleições, assentos de nascimentos e outros atos de registros públicos, recebimento de verbas do Fundo dos Municípios, etc.). Nulificar esses atos ocasionaria, desde logo, a extinção do município e traria uma situação ainda mais gravosa ao interesse público. Assim, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma, mas fixou o termo inicial da eficácia do seu acórdão para *dois anos depois do trânsito em julgado*, ou seja, nossa Corte Maior, em nome da segurança jurídica e interesse público, tolerou que aquela lei continuasse a produzir efeitos por mais dois anos, apesar de sua inconstitucionalidade.²⁰⁷⁻²⁰⁸

De acordo, ainda, com a exposição de motivos do projeto de lei 2960/97 (que resultou na lei 9.868/99), a excepcionalidade com que deve se revestir a manipulação de efeitos temporais leva o STF a promover “um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da *segurança jurídica* e do *interesse social*, do outro”. E embora encontrem fundamento em diversas normas de nossa Constituição Federal, segurança jurídica e excepcional interesse social configuram-se conceitos jurídicos *indeterminados*,²⁰⁹ havendo, inclusive, apontamentos doutrinários com critérios que podem ajudar a identificação desses requisitos, a fim de que se realize a restrição de efeitos temporais.²¹⁰

Com relação aos aspectos temporais das decisões que declaram a inconstitucionalidade no controle abstrato, há um consenso de que a situação pode ser

²⁰⁶DJ 03.08.2007. O Relator do processo foi o Ministro Eros Grau.

²⁰⁷A propósito, Gilmar Mendes explica que a manipulação de efeitos temporais da decisão judicial se reflete como uma verdadeira técnica de interpretação constitucional, semelhante à *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, originada no direito alemão; ou seja, a Corte Constitucional certifica a existência da inconstitucionalidade da lei, mas não declara a sua nulidade, caso tal expediente cause uma situação extremamente lesiva à ordem social (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 396).

²⁰⁸O julgamento acima mencionado se valeu, então, da última figura prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, qual seja, decidir que o acórdão tenha eficácia a partir “de outro momento que venha a ser fixado”.

²⁰⁹Nesse sentido, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 226, out./dez. 2002; e do Ministro Gilmar Mendes, em voto vista prolatado na ADIn 2240-BA. O inteiro teor desse pronunciamento consta do endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2009.

²¹⁰Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 551.

assim sistematizada: (I) a regra geral é a da eficácia *ex tunc* (isto é, retroage até a data em que a norma foi editada);²¹¹ (II) mas é possível ao STF estabelecer excepcionalmente: (a) uma eficácia *ex nunc* (ou seja, a decisão não retroage e produz efeitos a partir de seu trânsito em julgado) ou (b) outro termo inicial para tal eficácia (no passado ou no futuro). Neste último caso, o termo *a quo* poderia ser fixado: (i) para além do trânsito em julgado do acórdão (eficácia *pro futuro*) ou (ii) no período que compreende a edição da norma considerada inconstitucional e o trânsito em julgado da decisão.

6.5.1.1. Constitucionalidade da modulação de efeitos

Nada obstante as considerações acima expostas, a disposição consagrada no mencionado art. 27 é alvo de muitas objeções. Na esfera tributária, por exemplo, considera-se inconcebível a modulação de efeitos em diversas situações; por exemplo, um tributo pode chegar ao ponto de ser cobrado meses ou anos após a declaração de sua inconstitucionalidade.²¹²

Na doutrina lusitana, a propósito, também se registram controvérsias com relação à eficácia *ad futurum* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma, apesar de a Constituição expressar a possibilidade da manipulação de efeitos. Nesse particular, as discussões centram-se na interpretação do art. 282º, n. 4 da Constituição portuguesa e também na verificação de o diferimento para o futuro ser – ou não – a melhor solução para a proteção de interesses protegidos constitucionalmente.²¹³

²¹¹A propósito, o STF entende que, ao silenciar sobre a modulação de efeitos, a decisão gera efeitos *ex tunc*: “Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn – admitida por ora a sua constitucionalidade – não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso; se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida” (ADIn 2996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.03.2007).

²¹²A propósito, vale conferir as críticas de Sérgio André R. G. da Silva, Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade das normas tributárias, op. cit., p. 165 e 167; bem como as de Thomas da Rosa de Bustamante. A Lei 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, ago. 2000, especialmente p. 117-123. Como uma das soluções para as objeções apresentadas, este último autor aponta que a decisão que declara a inconstitucionalidade de um tributo deve operar a regra geral da retroatividade e não permitir a modulação de efeitos temporais, diante do princípio constitucional do não-confisco (art. 150, IV da CF). Segundo o autor, semelhante solução existe em Portugal, pois a Constituição daquele país estatui o direito de não pagar impostos inconstitucionais e ali há entendimentos de que tal regra atuaria como um dos limites à manipulação de efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma.

²¹³Rui Medeiros perfilha o entendimento de que “a lei declarada inconstitucional pode continuar a vigor transitoriamente como se fosse válida, após a publicação da declaração”, pela própria margem de escolha

Entre nós, autorizadas vozes da doutrina²¹⁴ argumentam que a flexibilização dos efeitos prevista nos mencionados dispositivos das Leis 9.868/99 e 9.882/99 seria inconstitucional porque, em síntese: (a) não foi por emenda constitucional que se introduziu tal orientação em nosso sistema, sendo certo que na legislação estrangeira, tal mecanismo está previsto na própria Constituição (como é o caso do sistema português, cujas características são muito próximas às nossas) ou na lei ordinária, mas com expressa delegação constitucional; (b) a permissão de se fixar qualquer momento (presente, passado ou futuro) para a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma afetaria a regra da nulidade *ab initio* (que – como vimos – atinge o *status* de princípio constitucional implícito e opera apenas efeitos *ex tunc*), além de outorgar ao STF uma margem de arbítrio sem precedentes, que violaria o princípio da separação de poderes.

Essas críticas encontram eco em duas ações diretas de inconstitucionalidade: a de nº 2154 e a de nº 2258, propostas respectivamente pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais e pelo Conselho Federal da OAB. Diante da coincidência parcial dos respectivos objetos, as ações foram apensadas; ambas não tiveram concessão de liminar e aguardam julgamento.²¹⁵

de delimitação temporal que o art. 282º, nº 4 da Constituição confere ao julgador, bem como por razões de segurança jurídica (a coibir consequências catastróficas que o efeito *ex tunc* pode trazer), conduzindo à aplicação do princípio da proporcionalidade para a ponderação de diferentes interesses em jogo (*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 724 e ss); já Carlos Blanco de Moraes, diz que “o instituto da procrastinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade para o futuro não encontra sustentação no nosso ordenamento constitucional”, pois, dentre outras razões: (a) a interpretação do art. 282º, n. 4 da Constituição permitiria concluir que o espectro temporal dos efeitos repressivos da inconstitucionalidade situa-se entre a data da publicação da decisão e a data em vigor da norma; (b) a fixação de uma eficácia *ad futurum* da decisão seria incompatível com o princípio da nulidade e não seria uma solução adequada pela possibilidade de acarretar a fixação de prazos longos e incertos, criando um grau de incerteza e imprevisibilidade ofensivas ao princípio da segurança jurídica (*Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 305-312).

²¹⁴Dentre outros, consideram inconstitucional os dispositivos mencionados: Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 281; Ives Gandra da Silva Martins. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 73, p. 83, nov. 2003; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., especialmente p. 24 (nota de rodapé nº 61); Olavo A Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 97-103, Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 145. Aponta-se, ainda, o elenco de doutrinadores apontado no voto do Ministro Celso de Mello (no AgrR 395.902-RJ, DJ 07.03.2006), o qual foi transcrito no capítulo IV deste trabalho. Na jurisprudência do STF, o Ministro Moreira Alves chegou a duvidar, em voto vencido, da constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868, quando do julgamento de uma questão de ordem que tinha por objeto o art. 28 da mesma lei (Reclamação nº 1880, DJ 07.11.2002; o voto está disponível no endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009).

²¹⁵O julgamento de mérito das ações se iniciou na Sessão Plenária de 14.02.2007, mas foi suspenso (com relação ao art. 27 da Lei 9.868/99), por falta de *quorum*. Todas essas informações de andamento são disponibilizadas no endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2009.

De outra parte, há os que consideram *constitucional* a orientação contida nos preceitos mencionados²¹⁶ – corrente esta, que conta com a nossa adesão.

Com efeito, consoante já asseveramos no capítulo IV, a flexibilização dos efeitos ora tratada *não depende, a rigor, de prévia autorização legislativa para que seja adotada*, eis que tal providência encontra amparo no próprio sistema constitucional brasileiro.

Tanto é assim que, antes da edição das leis 9.868/99 e 9.882/99, a jurisprudência do STF já havia colocado em prática (mesmo de forma tímida) a manipulação de efeitos retroativos e prospectivos de suas decisões, em nome de valores constitucionais como a segurança jurídica e a boa-fé.²¹⁷ Mesmo nos primeiros anos de vigência das referidas leis, o STF pouco aplicou a orientação contida no art. 27 nos processos do controle abstrato, não propriamente por enxergar algum tipo de inconstitucionalidade na regra, mas sim em razão de uma ausência de circunstâncias excepcionais a justificar a modulação de efeitos.²¹⁸

Além disso, jurisprudência mais atual do STF vem aplicando a modulação de efeitos (tanto no controle incidental, como no principal). Essa postura parece sinalizar

²¹⁶Dentre muitos, destaquem-se: Gilmar Mendes, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 387-389 (especialmente nota de rodapé nº 223); Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 49-50; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 438; Regina Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., especialmente p. 325-326; embora sem se referirem à constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, Nelson Nery Junior, Roque Carrazza e Tércio Sampaio Ferraz Jr revelam-se favoráveis ao emprego do expediente da flexibilização de efeitos, nos moldes do citado dispositivo (*Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, passim).

²¹⁷Nesse sentido: “(...) tal dispositivo [art. 27 da Lei 9.868], ao cabo, não veio para *autorizar* o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ADIn e em ADC, mas para *regulamentar esse poder preexistente do STF dimanante da própria Constituição e, de certa forma, limitando-o*, ao exigir o quorum qualificado de 2/3, em lugar da maioria absoluta, e ao exigir a presença de ‘razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’” (André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 247; grifos constam do original). A propósito dos diversos precedentes do STF, anteriores à Lei 9.868/99, vide apontamentos constantes do capítulo IV.

²¹⁸A propósito, Eduardo Talamini faz referências a dois julgados do STF, que bem retratam a situação, como o referente à ADIn 1498-RS e a ADIn 3022, em que as censuras ao art. 27 da Lei 9.868/99 não foram externadas em termos de imputação de inconstitucionalidade (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 438). Cumpre registrar, todavia, que, na Reclamação 1880, o Ministro Moreira Alves, em voto vencido, externou entendimento no sentido de que o art. 27 violaria o dogma da nulidade. Entretanto, não se tratava de aplicar o art. 27 ao caso e muito menos tal dispositivo era objeto do julgamento (mas sim, o art. 28 da mesma lei). De acordo com Gilmar Mendes, a ADIn 3022 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.04.2004) seria o primeiro caso de controle abstrato a empregar o mecanismo da manipulação de efeitos, com fixação de eficácia *pro futuro* (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 413).

uma provável improcedência do pedido relativo à declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, constante das ações diretas de nº 2154 e 2258.²¹⁹

Sem prejuízo do exposto, e a reforçar a constitucionalidade das regras ora em comento, vimos que a segurança jurídica é um postulado constitucional que possibilita a aplicação de efeitos prospectivos à pronúncia de inconstitucionalidade,²²⁰ até mesmo por albergar a ideia de “proteção da confiança”,²²¹ a qual se manifesta na defesa dos direitos adquiridos e no respeito à boa-fé do jurisdicionado, que pautou a sua conduta em consonância com a norma que se presumia constitucional.²²²

Nesse cenário, o *princípio da proporcionalidade* também ganha destaque, pois se trata de mecanismo destinado a “procurar a justa adequação de meios e, ainda a estabelecer uma proporção razoável entre os interesses em conflito”; ademais, o postulado também “deve funcionar como um fator de proteção aos direitos fundamentais envolvidos”, como bem explica Marcelo Bonício.²²³ Ou seja, no controle abstrato de normas, deverá ser realizado um “juízo de ponderação” entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que pode resultar no dimensionamento dos efeitos temporais da decisão

²¹⁹ A confirmar o exposto, vale transcrever parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADIN 2240-BA: “Não parecem procedentes, pois, as impugnações contra a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. É certo que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, definitivamente, sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99. É notório, porém, que o Tribunal já está a aplicar o art. 27 aos casos do controle incidental e ao controle abstrato. *Desse modo, parece superado o debate sobre a legitimidade da fórmula positivada no referido artigo*” (grifos nossos).

²²⁰ Consoante escólio de Nelson Nery Junior, “o *sobreprincípio da segurança jurídica* pode indicar a eficácia *pro futuro* como solução para determinada situação”; e isso porque “a segurança jurídica implica, outrossim, o respeito e a proteção à boa-fé com que houve o jurisdicionado até então, fundando-se na lei presumivelmente constitucional ou na interpretação dada pelos tribunais no sentido de que essa lei valia e era eficaz” (Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, op. cit., p. 101).

²²¹ Com efeito, é clássica a lição de J.J. Gomes Canotilho, no sentido de que a segurança jurídica compreende a noção de “proteção da confiança”, cuja importante manifestação se opera na defesa contra efeitos retroativos, para assegurar os direitos ou interesses juridicamente protegidos (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1999, p. 250 e ss). Essa ordem de idéias é muito aplaudida pelos doutrinadores pátrios. Nesse particular, Misabel Derzi aplica tais ensinamentos ao tratar da repercussão da modulação de efeitos na esfera tributária (*A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). O processo na Constituição, op. cit., especialmente p. 179-193).

²²² Apesar de não reconhecer que há aí uma atenuação da nulidade *ab initio*, Elival da Silva Ramos sustenta que a preservação de situações consolidadas sob a égide de uma lei que se presumia constitucional representa a projeção de “efeitos impróprios” da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 278-279).

²²³ *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, op. cit., p. 187 e 212. Em sentido semelhante, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 51.

judicial, como forma de coibir os excessos e as drásticas consequências provocadas na vida das pessoas, com a nulificação dos atos jurídicos praticados.²²⁴

Além disso, como o princípio da proporcionalidade pressupõe um complexo e rigoroso equacionamento de postulados, levando em consideração os efeitos práticos que essas valorações podem produzir, trata-se de mecanismo que confere legitimidade às decisões judiciais,²²⁵ pelo que não colhe a alegação de haver uma suposta *arbitrariedade* na decisão que fixa determinado termo inicial para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, tanto mais quando temos em vista que a proporcionalidade se alia a outro fator de legitimação: a exigência da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX e CPC, arts. 165 e 458, II).²²⁶

Mas não apenas isso. Os artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/99 preservam a regra geral da eficácia *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade, ao submeter a modulação temporal de efeitos apenas a situações *excepcionais*, que exigem do magistrado a aplicação do princípio da proporcionalidade. Não fica comprometido, portanto, o dogma da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional.²²⁷

Ademais, faz todo sentido a afirmação de que o dimensionamento de efeitos temporais é uma solução que dá maior operacionalidade às ações do controle abstrato, eis que a rigidez da eficácia *ex tunc* absoluta e sem exceções poderia fazer com que o julgador, naquelas situações de conflito de valores constitucionais, simplesmente deixasse de declarar a inconstitucionalidade da norma (embora, paradoxalmente, ele a considere inconstitucional) para evitar as danosas consequências que decorreriam da retroatividade da decisão judicial.²²⁸

²²⁴Nesse sentido se pronuncia Gilmar Mendes, que baseado na lição de Rui Medeiros, entende que “as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).” (*Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 393).

²²⁵Cf. Marcelo Bonicio, *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, op. cit., p. 23.

²²⁶Como se sabe, a exigência da motivação judicial visa a evitar o arbítrio praticado pela magistratura, controlando a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz e a justiça do julgamento. A esse respeito, vide o escólio de José Carlos Barbosa Moreira. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito*. In: _____. *Temas de direito processual: 2. série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 87-88.

²²⁷Vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 49.

²²⁸Essa perspicaz observação, que é de Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 439) pode ser confirmada no próprio julgamento da referida ADIn 2240, em que o Relator, Ministro Eros Grau reconheceu que (i) a lei estadual baiana foi editada em confronto com o art. 18, §4º da CF; (ii) a plena aplicabilidade do princípio da segurança jurídica como medida de preservar as situações já consolidadas no município Luis Eduardo de Magalhães, mas como solução para o problema, concluiu pela improcedência da ação. O inteiro teor dos votos da ADIn 2240-BA encontra-se disponível no endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2009.

E, para além da constitucionalidade ora tratada, acrescentamos que a orientação relativa à manipulação de efeitos temporais também não merece censura, sob o ponto de vista processual. Como ato jurídico que é, a decisão judicial começa a produzir efeitos no momento *determinado pela lei* ou por quem a lei autorize a fixá-lo.²²⁹ É exatamente o que se dá na hipótese estudada: a legislação infraconstitucional brasileira autoriza o STF (através dos mencionados artigos das leis 9.969/99 e 9.882/99) a manipular esse momento inicial da produção de efeitos para antes ou depois do trânsito em julgado do decisório. Sob esse ângulo, também não há irregularidade, portanto.

E mais ainda: a disciplina contida nos referidos artigos da Lei 9.868/99 e 9.882/99 parece estar em consonância com a premissa *liebmaniana* (encampada pelo nosso sistema) de que são distintos os conceitos de eficácia da sentença e de imutabilidade dos efeitos da sentença,²³⁰ já que há uma permissão de se fixar marcos temporais da eficácia da decisão para antes ou depois do momento em que o decisório se torna imutável.

Em suma: não vemos nenhum óbice jurídico insuperável na prática da modulação de efeitos, regulamentada pelos dispositivos legais acima tratados.

6.5.2. Outras dimensões da modulação de efeitos

A manipulação dos efeitos pode se apresentar sob diferentes roupagens, como já assinalado anteriormente. A matéria é complexa e comporta enfrentamento sob amplos pontos de vista.²³¹ Desse modo, e dentro dos limites e objetivos do presente estudo, interessa-nos enfrentar a matéria sob a ótica dos efeitos subjetivos, vinculantes e

²²⁹Cf. Barbosa Moreira. O autor lembra que “A eficácia dos atos jurídicos, em linha de princípio, pode manifestar-se desde o primeiro momento em que são praticados, ficar diferida para momento posterior, ou até reportar-se a momento anterior. Tudo isso depende do ordenamento positivo: diretamente, quando ele mesmo regula o ponto; indiretamente quando concede a alguém a possibilidade de regulá-lo” (*Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, op. cit., p. 100); a propósito, sobre a teoria da sentença como ato jurídico, reportamo-nos às nossas considerações dispostas no capítulo III.

²³⁰A propósito, remetemos o leitor às nossas considerações constantes do capítulo III, especialmente no item 3.3.2

²³¹A propósito, salienta André Dias Fernandes: “(...) essa restrição não precisa ser necessariamente temporal, podendo ser de ordem subjetiva, objetiva, espacial, etc. Assim, vg, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a apenas alguns dos potenciais destinatários da norma ou a apenas um dos Estados-membros abrangidos por esta”, ou seja, “o poder restritivo do STF não se circunscreve ao poder de manipulação temporal da declaração, abrangendo, em tese, o poder de restringir quaisquer efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 250-251).

repristinatórios das decisões do controle abstrato, focados na repercussão de ordem *processual* que a situação pode gerar.

Assim, com referência à dimensão subjetiva, restringir a *eficácia erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade significa excluir algumas pessoas ou algum segmento social que, a princípio, seriam alcançados pela decisão judicial.²³²

Walter Claudius Rothemburg exemplifica: “Imagine-se a tentativa de realização de venda em bloco, pelo Governo, de diversas empresas estatais, após a obtenção e autorização legislativa para tanto, e o questionamento judicial dos atos de privatização. O reconhecimento de efetivo descumprimento de preceito fundamental (no caso, algum princípio geral da atividade econômica) e a consequente declaração de nulidade dos atos de privatização talvez pudessem atingir apenas as estatais lucrativas e as deficitárias. Também no controle à omissão parcial, quando contemplado apenas um segmento de pessoas (por exemplo, certas categorias profissionais ou parcela do funcionalismo público), a modulação dos efeitos subjetivos da decisão da arguição poderia permitir que se alcançassem apenas os indevidamente excluídos”.²³³

Aliás, tal ordem de considerações encontra apoio nas ideias de Gilmar Mendes, para quem a manipulação da eficácia subjetiva das decisões do STF é coerente com o combate à omissão legislativa inconstitucional, notadamente os casos em que há “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”.²³⁴

No STF, o Ministro Ricardo Lewandowski também já externou entendimento consagrando a possibilidade de manipulação de *efeitos subjetivos* (seja no controle incidental, seja no principal), ao fundamento de que a redação do art. 27 da Lei 9.868/99 permite que a eficácia das decisões do STF “circunscreva o seu alcance, em geral *erga omnes*, a um universo determinado de pessoas”, uma vez que o emprego de tal expediente “realiza a ponderação de valores e de princípios abrigados na própria Constituição”.²³⁵

²³² Cf. Dirley da Cunha Júnior, *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, op. cit., p. 190.

²³³ Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/9, op. cit., p. 228.

²³⁴ Essas considerações foram expressas em âmbito doutrinário, por Gilmar Mendes (*Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 509) e se reproduzem em julgamentos no STF, como no caso da ADIn 2240-BA.

²³⁵ Vide Informativo nº 463 do STF. O Ministro Ricardo Lewandowski assim se pronunciou, genericamente, em sede de controle concreto (questão de ordem no RE 370682); no julgamento da causa, contudo, foi colocada em questão apenas a modulação temporal de efeitos da decisão, tendo o pleno do STF rejeitado tal manipulação, por maioria de votos, ao fundamento de que o caso não vislumbraria situações que levassem a aplicação do princípio da segurança jurídica em detrimento da eficácia *ex tunc*. Essas informações, bem como o inteiro teor dos votos constam do endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2009.

E dentro dessa perspectiva de haver um equacionamento de valores constitucionais, adverte a doutrina que a manipulação de efeitos subjetivos, por conduzir à exclusão de um dado segmento de pessoas, deve levar em conta, também, o princípio da isonomia,²³⁶ a fim de que tal balizamento não gere disparidades em um determinado grupo.

Feitas essas observações, um outro aspecto relevante a ser considerado é também a modulação de efeitos sob a perspectiva da eficácia vinculante.

A situação contempla a possibilidade de se restringir a obrigatoriedade da decisão de inconstitucionalidade em seus aspectos subjetivos e objetivos.²³⁷ Vale dizer, o balanceamento, aqui, possibilitaria excluir da vinculação quaisquer dos destinatários discriminados no ordenamento ou até mesmo apontar que determinado fundamento ou segmento da decisão do controle abstrato não seria de observância obrigatória, se assim exigirem as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Vale, contudo, a advertência apontada no capítulo anterior (voltado ao estudo das súmulas vinculantes): a restrição do efeito vinculante em grau máximo pode gerar o inconveniente de se prolatar uma decisão que não seria de observância obrigatória – o que exige de nossa Corte Suprema nesse julgamento, além de um extremado equacionamento de valores, o dever de arcar com o ônus argumentativo que tal restrição implica.

Outra variante da modulação de efeitos, como bem pontuou Luis Guilherme Marinoni, seria permitir que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade atingisse a coisa julgada que anteriormente se formou nas sentenças baseadas nessa norma considerada inconstitucional. Vale dizer: a declaração de inconstitucionalidade não invalida decisões anteriores transitadas em julgado, a menos que, *excepcionalmente*, tal expediente seja “necessário para tutelar valor imprescindível ao Estado Constitucional, que, na hipótese concreta, tenha justificado motivo para prevalecer sobre a coisa julgada”.

²³⁶Nesse sentido, Olavo Ferreira; Rodrigo Pieroni Fernandes, A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, p. 136, set./out. 2002; *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 92. No STF, por exemplo, o tema da isonomia já foi debatido mais de uma vez, em questões envolvendo reajuste na remuneração de servidores públicos, diante da existência de discriminação entre categorias de servidores civis e militares. A propósito, vide ADIn 526-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.12.1991 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 mar. 2009).

²³⁷A propósito do tema, vide exemplos oferecidos por Walter Claudius Rothemburg. Vale lembrar que para esse constitucionalista, o legislador não é alcançado pela eficácia vinculante da decisão da ADPF, mas tal situação é possível se o STF se valer da *modulação de efeitos* prevista no art. 11 da Lei 9.882/99 (*Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99*, op. cit., p. 228).

Para tanto, o STF teria de “expressar os critérios que lhe permitiram chegar a tal ponto”, eis que a coisa julgada é valor constitucional que não se desfaz automaticamente.²³⁸

Interessante aspecto da modulação de efeitos é, ainda, a possibilidade de o STF determinar diretrizes a serem consideradas pelos magistrados em posterior julgamento de casos concretos que envolvam a mesma norma declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso. Tal circunstância permitiria concluir que o julgador das instâncias ordinárias também pode realizar uma ponderação sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, de acordo com o que foi delimitado pelo STF na via abstrata.²³⁹

Dentro dessa ótica, Eduardo Talamini vai além, considerando que até mesmo o *silêncio* do STF quanto ao exercício da modulação não impede a ponderação no caso concreto, “pois nem sempre será possível [ao STF] a prévia e abstrata identificação dos casos que devem ser excluídos da declaração de inconstitucionalidade”.²⁴⁰ Esta constatação, em nosso sentir, embora perspicaz, deve ser encarada com reservas, pois sendo a modulação de efeitos uma medida *excepcional*, o seu não-exercício na via abstrata acarreta a aplicação das regras gerais sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (efeitos subjetivos *erga omnes*, efeitos temporais *ex tunc*, efeito vinculante, etc.).²⁴¹ Isso significa dizer que se o STF não pontuou qualquer restrição desses efeitos, tais normas gerais disciplinam a questão, não cabendo ao magistrado realizar modulação que escape ao que decidiu nossa Corte Suprema. Se o fizer, a situação pode configurar violação ao efeito vinculante do decisório do STF.

Por fim, ainda com relação a outras vertentes da modulação de efeitos, não menos importante é a possibilidade de o STF desconsiderar ou restringir o efeito repristinatório da decisão de inconstitucionalidade, a fim de que se não torne aplicável eventual norma anterior *também impregnada pelo vício da inconstitucionalidade*. Vejamos a seguir.

²³⁸ *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 171. Aliás, entende este autor que eventual ação rescisória – sobre sentença que se fundamentou em norma posteriormente considerada inconstitucional na via abstrata – somente seria cabível se o STF houvesse, por meio da modulação de efeitos, admitido a retroatividade de sua decisão sobre a coisa julgada. O tema será abordado, com mais detalhes, no capítulo VII da presente dissertação.

²³⁹ A percepção desse aspecto é de Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 443.

²⁴⁰ *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 443.

²⁴¹ Assim já se pronunciou o STF com relação à hipótese de o acórdão nada falar acerca da modulação de eficácia temporal (ADIn 2996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.03.2007).

6.5.2.1. Modulação de efeitos repristinatórios e o princípio processual da correlação entre sentença e pedido

O Ministro Ricardo Lewandowski chegou a se pronunciar monocrática e genericamente no sentido de que o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99 permitiria desconsiderar a eficácia repristinatória das decisões do STF, em que se exerce o controle de constitucionalidade.²⁴² Posicionamentos doutrinários acompanham tal modo de pensar.²⁴³

Entretanto, não é bem assim que o STF vem enfrentando a situação quando se depara com a denominada “eficácia repristinatória indesejada”. Nesse particular, diversos julgados revelam que a análise da constitucionalidade da norma anterior depende de pedido específico, como forma de respeito ao princípio processual da *correlação (ou congruência) entre sentença e pedido* (consagrado nos arts. 128, 459, 1ª parte e 460 do CPC e no art. 3º, I e II da Lei 9.868/99).

Assim, se o autor da ação de controle abstrato acaso não formular pedido sucessivo de: (a) declaração de inconstitucionalidade da norma “revogadora” e (b) afastamento da eficácia da norma anterior, *a extinção do processo sem a resolução do mérito é o desfecho que se vem apresentando*,²⁴⁴ pelo menos de acordo com arestos de pouco tempo atrás.²⁴⁵

²⁴²Tais considerações foram feitas em questão de ordem levantada no RE 370682, embora a situação tratada no caso dizia respeito unicamente à modulação de efeitos temporais da decisão (Informativo STF nº 463).

²⁴³Nesse sentido, vide Olavo A Alves Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 87-88.

²⁴⁴“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a repristinação de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes do STF. II. –ADIn não conhecida.” (ADIn 2478-AP, Rel. Min. Carlos Velloso; DJ 29.08.2003); vale conferir, ainda: ADIn 2215, Re. Min. Celso de Mello, j. 17.04.2001; Medida liminar em ADIN 2132, Min. Moreira Alves, j. 01.02.2001. Mais recentemente: “*Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora* – Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados.” (ADI 3148-TO. Rel. Min. Celso De Mello; j.13/12/2006; grifos). Essas decisões foram extraídas do endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2009. Em âmbito doutrinário, Clèmerson Clève adota essa solução (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 250).

²⁴⁵Como será apontado logo a seguir, o STF sinalizou, em pronunciamento bem recente, uma possível e parcial mudança nesse entendimento.

A propósito, a doutrina lusitana também trata do assunto e traz premissas que são aplaudidas por doutrinadores pátrios. Com efeito, há previsão expressa no art. 282º, n. 4 da Constituição Portuguesa, permitindo a restrição de efeitos repristinatórios; todavia, o Tribunal Constitucional não realiza, *ex officio*, o controle de constitucionalidade da norma repristinada. Como esclarece Carlos Blanco de Moraes, professor da Universidade de Lisboa: “o *princípio do pedido*, tal como se encontra formulado no nº 5 da LTC [Lei do Tribunal Constitucional], veda ao Tribunal Constitucional a *apreciação oficiosa da validade de normas não impugnadas no pedido*, para efeito do seu julgamento em fiscalização abstracta”.²⁴⁶

De outra parte, embora se entenda que o Tribunal Constitucional português não possa *declarar*, de ofício, a inconstitucionalidade da norma repristinada, a doutrina daquele país aponta que essa Corte teria competência para *examinar* (mas não declarar) eventual inconstitucionalidade dessa norma, afastando os efeitos repristinatórios, com arrimo no art. 282º, n. 4 da Constituição.²⁴⁷ Outra corrente sustenta a possibilidade de se bloquear tal eficácia repristinatória, ao argumento de que o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade *englobaria, implicitamente, a norma repristinada* – e não apenas a norma especificada na petição.²⁴⁸

Transportando parte dessas premissas do direito lusitano para o sistema brasileiro, inclusive pela similaridade na fiscalização de constitucionalidade de ambos os países, já se afirma – na doutrina brasileira – a possibilidade de empregar o mecanismo da modulação de efeitos, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, para o STF desconsiderar a eficácia repristinatória da decisão como *solução apta a impedir a restauração da norma anterior* (que padece do mesmo ou mais grave vício de inconstitucionalidade), *mesmo diante de uma eventual inexistência de pretensão deduzida nesse sentido*.²⁴⁹

²⁴⁶ *Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 316.

²⁴⁷ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 317. O mesmo autor cita jurisprudência que encampa tal premissa: TC, “Acórdão nº 56/84, de 12-6”. O mesmo autor aponta posicionamento semelhante por parte da doutrina de Canotilho. Ainda em sentido semelhante se posiciona Rui Medeiros, *A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 664 e ss.

²⁴⁸ Nesse sentido se posiciona Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 288. Mas esse entendimento não fica imune a críticas. Carlos Blanco de Moraes, por exemplo, aponta diversas dificuldades para a identificação da norma repristinada e diz que essa “impugnação implícita” acarretaria um “alargamento de efeitos” da decisão do Tribunal – e não uma “restrição de efeitos”, tal como autorizaria o art. 282º, n. 4 da Constituição portuguesa (*Justiça constitucional*, t. 2, op. cit., p. 318).

²⁴⁹ Cf. Marcelo Passamani, *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões*, op. cit., p. 197-198.

A referida solução, de um lado, mostra-se coerente com os pronunciamentos de alguns ministros do STF, no sentido de que *a concretização da modulação de efeitos* não exige requerimento expresso da parte.²⁵⁰ De outro lado, entretanto, para se afastar os efeitos repristinatórios, a nossa Corte teria de reconhecer, prévia e inevitavelmente, a inconstitucionalidade da norma repristinada (que não foi impugnada no pedido original), sendo certo, ainda, que nos termos do art. 3º, I e II da Lei 9.868/99 e da jurisprudência majoritária do STF, o pronunciamento a respeito da constitucionalidade de qualquer norma no controle direto pressupõe que esta seja especificada na petição inicial.

Assim, para que se aplique a mitigação de efeitos repristinatórios (com fulcro no art. 27 mencionado), superando o óbice relativo ao princípio da congruência, seria necessário considerar que:

(a) a orientação contida no art. 27 da Lei 9.868/99, ao menos no tocante à eficácia repristinatória, seria uma “exceção legal expressa” à correlação que deve haver entre a sentença e o pedido;²⁵¹

ou

(b) o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, por envolver a aplicação do princípio da proporcionalidade, faz com que as “razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social” possam prevalecer sobre óbices relacionados ao princípio da correlação entre sentença e pedido, permitindo-se – excepcionalmente – o exame de constitucionalidade sobre atos normativos não-impugnados na inicial, *como forma de manter intacta a ordem constitucional*.

Entretanto, o STF sinalizou, em recente pronunciamento, a viabilidade de se afastar “eficácia repristinatória indesejada” mesmo sem pedido expresso na inicial *e sem*

²⁵⁰A propósito, vale conferir o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADIn 2791 ED/PR, j. 17.3.2008, acompanhado pelos votos dos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Nesse caso, o requerente havia ingressado com embargos declaratórios, a fim de que a Corte se pronunciasse sobre a modulação de efeitos que a situação exigia. O Ministro Menezes Direito, entretanto, não identificou omissão a ser suprida, uma vez que não se indicara, de forma expressa, na inicial da ação, a existência de pedido para a modulação de efeitos; os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Marco Aurélio rejeitaram os embargos (Informativo STF nº 499). Aguardam-se os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Eros Grau, conforme informações constantes do endereço SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 mar. 2009.

²⁵¹Consoante clássico ensinamento da doutrina processual, “É o princípio da correlação (ou da congruência) entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*) só afastável ante exceção legal expressa” (José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10; grifos).

cogitar expressamente da aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 (o que nos parece correto, conforme será exposto na sequência).

Com efeito, ao examinar a constitucionalidade do art. 11, §2º da Lei 9.868/99,²⁵² o STF salientou que: (a) a *recusa da repristinação* poderia ser exercida “em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma (...), a qual sempre se pode dar de ofício”; (b) a recepção do *princípio do pedido* haveria de ser dimensionada a partir das características do processo objetivo, que visa à “salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados”.²⁵³ Vale dizer: tal ordem de considerações leva a crer que *o afastamento, pelo STF, do “efeito repristinatório indesejado” prescindiria de pedido expresso na inicial da ADIn.*

Tal ressalva à aplicação do princípio da congruência, nesta hipótese, *não se nos afigura irregular e não exige que o julgador busque arrimo no art. 27 da Lei 9.868/99.* Primeiro, porque o próprio art. 11, §2º da Lei 9.868/99 “excepciona” o efeito repristinatório e autoriza o STF a dispor de forma diversa, desde que o faça de modo expresso. Segundo, porque a orientação se harmoniza com tudo o que pregamos até aqui acerca da possibilidade de ponderada e *excepcional* mitigação de alguns princípios processuais no âmbito dos processos objetivos, em prol da defesa da ordem coletiva. Terceiro, porque, já havendo fundamentos fáticos e legais para um discurso racionalizado e uma decisão segura, baseada num equacionamento de valores, não seria necessário – a rigor – que o STF buscasse autorização no art. 27 da Lei 9.868/99 para superar o óbice da *adstrição ao pedido* e afastar o efeito repristinatório indesejado.

Não queremos, com isso, afastar a possibilidade de se aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99 e o art. 11 da Lei 9.882/99 para outras eventuais situações que, em razão de segurança jurídica e de interesse social, conduzam à necessidade de se dimensionar os efeitos repristinatórios da decisão. Nesses casos, se porventura alguma situação levada a julgamento carregar peculiaridades outras que exijam do STF a aplicação da orientação contida nos mencionados dispositivos legais, a restrição da eficácia repristinatória será submetida à apreciação de dois terços dos ministros do STF.

²⁵²Preceito que viabiliza o efeito repristinatório no âmbito da medida cautelar da ADIn, “salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

²⁵³ADIn 2258, Sessão Plenária de 14.02.2007; decisão ainda não publicada, mas parte de seu conteúdo está disponível no Informativo STF nº 456, de 12 a 23 de fevereiro de 2007.

6.6. Outros efeitos das decisões definitivas de mérito no controle abstrato

6.6.1. Efeitos do acolhimento e da rejeição do pedido na ADIn e na ADC, sob a ótica da coisa julgada

Como vimos, a decisão definitiva de mérito na ADIn e na ADC (seja de procedência, seja de improcedência) produz coisa julgada formal e material, pelo que o comando desse pronunciamento se torna imutável não apenas no próprio processo, mas como em qualquer outro. Além disso, tal decisão não está sujeita nem mesmo à ação rescisória (art. 26 da Lei 9.868/99). Em outras palavras, não é possível rediscutir em nova demanda aquela lei ou ato normativo objeto de anterior ADIn ou ADC, eis que: (a) a coisa julgada impede novo pronunciamento sobre a matéria; e (b) o pedido de “restauração” de uma norma anteriormente considerada inconstitucional ou pedido de declaração de constitucionalidade de um ato normativo que antes foi julgado como inconstitucional representariam “forma indireta de rescisão da sentença, o que não é cabível”.²⁵⁴

Entretanto, há registros na doutrina e na jurisprudência obtemperando sobre a possibilidade de se submeter a mesma lei ou ato normativo a novo julgamento se: (i) a ADIn anteriormente proposta tiver concluído pela constitucionalidade do dispositivo; (ii) a nova ação de controle abstrato a ser ajuizada se basear em fundamentos diversos dos que foram invocados na ação primitiva.

Essas hipóteses serão analisadas a seguir; mas antes, e para uma mais abrangente compreensão da temática, devem ser examinadas importantes premissas relativas ao indeferimento do pedido na ADIn e na ADC.

6.6.1.1. Indeferimento do pedido da ADIn e da ADC e a questão da natureza dúplice dessas ações

O indeferimento do pedido de declaração de *inconstitucionalidade* de uma norma traz uma questão “deveras importante”:²⁵⁵ se estas decisões equivalem – ou não – a

²⁵⁴Nesse sentido, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 105.

²⁵⁵É o que salienta José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 339.

um reconhecimento de *constitucionalidade* da norma apreciada. Apesar da disciplina legal existente no ordenamento brasileiro, o tema se reveste de controvérsias que acabam se refletindo, inclusive, no campo da coisa julgada.

Com efeito, o art. 24 da Lei 9.868/99 estabelece que “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente a ação declaratória”.

O que se extrai do referido preceito legal é que tais ações têm aptidão para firmar juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do ato normativo submetido a julgamento. Vale dizer: “a procedência de uma, corresponde à improcedência da outra”.²⁵⁶ Daí a se falar que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm natureza *dúplice*,²⁵⁷ já que os efeitos das decisões de ambas são substancialmente semelhantes, porém, com sentidos inversos; por essa razão, é comum, inclusive, o emprego das locuções “via de mão dupla” e “ações de sinal trocado”²⁵⁸ na referência a esse caráter ambivalente da ADIn e da ADC.

Apesar de ser este o entendimento dominante da doutrina²⁵⁹ e pacífico na jurisprudência do STF,²⁶⁰ nem sempre foi assim. Antes da inserção da ADC no ordenamento brasileiro, prevalecia a orientação oposta: a de que a improcedência de uma ADIn *não* importava no juízo de constitucionalidade da lei questionada. Todavia, após a EC nº 03, de 1.993, a atribuição de eficácia contra todos e efeitos vinculantes às decisões

²⁵⁶Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 419.

²⁵⁷Na exposição de motivos do projeto originário da Lei 9.868/99 constava que “O art. 24 acentua o caráter *dúplice* ou *ambivalente* da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade” (grifos). A esse respeito, vide apontamentos de Osório Silva Barbosa Sobrinho. *Comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53. Sobre isso, Teori Zavascki ressalta que o mencionado dispositivo reafirmou o que já constava expressamente do art. 173 do Regimento Interno do STF (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 46).

²⁵⁸Essa expressão é usualmente empregada por Gilmar Mendes, como se nota de voto editado por este jurista na condição de Ministro do STF (Recl. 2256, DJ. 30.04.2004).

²⁵⁹Dentre outros, são adeptos desse posicionamento: Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 45-47; Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 281; Gilmar Mendes, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 317; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 84-85; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 170 e 211; Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 418-419.

²⁶⁰A propósito, vide ADIn 2258, Rel. Min. Menezes Direito (Informativo STF nº 486, de 12 a 23 de fevereiro de 2007); Recl 2617, Rel. Min. Cezar Peluso (Informativo STF nº 386); Recl 2256-RN, Rel. Min. Gilmar Mendes (Informativo STF nº 321); apesar de anteriores à Lei 9.868/99, vale conferir os votos dos Ministros Moreira Alves (na ADC nº 1) e Sydney Sanches (na ADC nº 04, j. 11.12.1997), muito esclarecedores quanto à ambivalência ora tratada.

da ADC (art. 102, §2º da CF) fortaleceu a corrente minoritária que propugnava pela conferência de efeitos gerais a *todas* as decisões do controle abstrato (seja de procedência, seja de improcedência), rendendo ensejo à idéia de *equivalência* dos pronunciamentos sobre a legitimidade de uma norma, tomados em ADIn ou em ADC.²⁶¹

Mesmo sendo esta a orientação predominante, para doutrinadores como Lênio Streck, a improcedência da ADIn não pode ser equiparada à procedência da ADC por conta dos diferentes pressupostos que ambas apresentam, notadamente a necessidade de se comprovar a controvérsia e a relevância da discussão submetida a julgamento (que é um requisito exclusivo da ADC, conforme art. 14, III da Lei 9.868/99).²⁶² Ou seja, no caso da improcedência de uma ADIn, a averiguação da constitucionalidade da norma ocorreria, nesta hipótese, sem a demonstração de uma prévia discussão judicial relevante sobre a aplicação desse dispositivo, “invertendo-se toda a lógica e orientação finalística” dessas ações.²⁶³

Regina Nery Ferrari, nessa esteira, afirma que se uma ação fosse o reverso da outra, não haveria sequer a necessidade de se criar a ação declaratória.²⁶⁴ Aliás, semelhante raciocínio é empregado nas críticas que a doutrina lusitana dirige a esse caráter ambivalente das vias principais do controle de constitucionalidade brasileiro.²⁶⁵

Ainda nesta ordem de considerações, Botelho de Mesquita também nega a natureza dúplice da ADIn e da ADC: “o julgamento de improcedência de qualquer delas não dará lugar a uma declaração em sentido contrário com força de lei”. O eminente

²⁶¹A esse respeito, vide apontamentos de Ada Pellegrini Grinover, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 13 e 14. Com relação à corrente minoritária acima mencionada, nomes como o de Gilmar Mendes e Celso Bastos são citados por Elival da Silva Ramos em estudo sobre o assunto (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 262-263).

²⁶²*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 766. Este autor registra, ainda, que a legitimidade para a propositura das ações é diferente, mas tal diferenciação ficou superada pela EC 45, de 2004, que, pelo art. 103 da CF estabelece o mesmo rol de legitimados para ADIn e ADC. Regina Nery Ferrari destaca, ainda, outros pontos de divergência entre essas ações como forma de rejeitar essa ambivalência, dentre eles: “a ação direta pode ter por objeto a fiscalização do controle de constitucionalidade de lei federal e estadual, a declaratória só as federais” (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 398).

²⁶³Nesse sentido, vide Elival da Silva Ramos, que rejeita uma unidade funcional entre ADIn e ADC (*Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 264). Em linha oposta, assevera Luis Roberto Barroso que o art. 24 da Lei 9.868/99 é coerente com a premissa de que ADIn e ADC integram uma unidade conceitual, “fruto do exercício da jurisdição constitucional por via de ação e em abstrato, com variação apenas do pedido” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 170).

²⁶⁴*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 398.

²⁶⁵Nesse sentido: Jorge Miranda afirma, dentre outros pontos, que “bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade” (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 80-81); J.J. Gomes Canotilho também direciona críticas à natureza dúplice da ADIn e ADC, em razão da diferença estrutural das decisões (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 994).

processualista chega a essa conclusão na tentativa de acomodar o significado do efeito vinculante à sistemática da Lei 9.868/99 e, assim, propõe a seguinte interpretação do art. 24 acima referido: “o julgamento de improcedência da ADIN terá como **fundamento** a conclusão de que a lei em causa é compatível com a Constituição. E, no julgamento de improcedência da ADCON, o seu **fundamento** será a conclusão de que a lei questionada não é compatível com a Constituição”. Assim, por ostentarem a condição de fundamento da decisão, essas conclusões sobre a compatibilidade (ou incompatibilidade) da norma com a CF *ficariam confinadas à motivação do decisório*; consequência disso, seria que *tais conclusões não adquiririam a autoridade da coisa julgada* (art. 469 do CPC), nem teriam força de lei, motivos pelos quais *poderia ser ajuizada uma nova ação*, realizando-se um novo julgamento sobre a norma anteriormente examinada.²⁶⁶

Em posição que se pode dizer “intermediária”, José Rogério Cruz e Tucci extrai do art. 24 da Lei 9.868/99 que a natureza dúplice se opera apenas quando *pendentes, no mesmo momento*, ambas as demandas,²⁶⁷ linha de entendimento esta que parece ser acompanhada por Nelson Nery Junior e Rosa Nery.²⁶⁸

Indicados estes pontos de divergência, cumpre-nos apontar nosso entendimento.

Realmente *não* há que se fazer uma *equiparação absoluta* entre uma modalidade e outra de ação. As diferenças de objeto, pressupostos e procedimento revelam que procedem muitas das críticas relativas à dificuldade de conformação das decisões de rejeição do pedido em uma e outra ação. Contudo, é inegável que há uma *similitude* de objetos (a lei federal, por exemplo, é alvo de fiscalização tanto na ADIn, quanto na ADC), a permitir que uma mesma norma venha a ser questionada em uma ação direta ou em uma ação declaratória, simultaneamente – ou não.²⁶⁹

²⁶⁶O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, op. cit., p. 92. Os destaques em negrito constam do original.

²⁶⁷*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 341.

²⁶⁸Os autores afirmam “O STF tem de decidir de maneira coerente os pedidos eventualmente existentes, simultâneos, de declaração de constitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade. Existindo dois pedidos pendentes no STF, acolhendo-se um fica *ipso facto* desacolhido o outro.” (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2003, op. cit., nota 1 ao art. 24 da Lei 9.882/99, p. 1392).

²⁶⁹A propósito, na hipótese de uma mesma lei ser questionada por ADIn e ADC que tramitam simultaneamente, acompanhamos o entendimento de Osório Silva Barbosa Sobrinho, para quem devem essas ações ser reunidas e julgadas conjuntamente, por força de conexão ou continência, evitando-se decisões contraditórias (*Comentários à Lei 9.868/99*, op. cit., p. 53). Na jurisprudência do STF, reconhecendo a possibilidade de propositura da ADIn e ADC contra a mesma norma, com a consequente reunião dos processos para julgamento conjunto, vide pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 2258 (Informativo STF nº 458).

Ademais, como acentuamos no item inaugural deste capítulo, razões de ordem histórica acentuam a possibilidade de um mesmo instrumento processual do controle de normas trazer em seu bojo tanto a declaração de inconstitucionalidade quanto o reconhecimento da constitucionalidade,²⁷⁰ sendo forçoso reconhecer que tal orientação é, ainda, *inerente às particularidades do processo objetivo*, que permitem não apenas a exclusão da norma inconstitucional, como também a confirmação sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.²⁷¹

Sem prejuízo do exposto, podemos afirmar que a natureza dúplice ora tratada prevalece também porque:

(a) tal ambivalência é amparada na dicção do art. 102, §2º da CF-88, o qual atribui idêntica eficácia às decisões da ADIn e da ADC, sem diferenciar quanto à procedência ou à improcedência;²⁷² o texto constitucional estabelece, pois, uma simetria de efeitos que se projeta no campo da coisa julgada, na medida em que as decisões definitivas de mérito de ambas as ações se tornam imutáveis, com a expansão *erga omnes*, tanto num como noutro sentido;

(b) essa concepção é consentânea com a estabilidade da ordem jurídica e economia processual – que poderiam ser turbadas por uma eventual necessidade de se renovar o pedido de inconstitucionalidade da norma em outra ação.²⁷³

Em suma: pela dicção do art 24 da Lei 9.868/99, têm natureza ambivalente as decisões tomadas nas vias processuais ora em comento, de forma que a rejeição do pedido formulado em ADIn equivale ao reconhecimento de *constitucionalidade* da norma e vice-versa. Como esta decisão é acobertada pela coisa julgada (com expansão *erga omnes*, de acordo com o art. 102, §2º da CF), inviabiliza-se posterior ajuizamento de outra ação de controle abstrato, tendo o mesmo preceito normativo como objeto, salvo nas hipóteses de inconstitucionalidade superveniente e fatos novos, conforme veremos a seguir.

²⁷⁰Vide item 6.1.1. Com efeito, desde a EC 16/65, existia o entendimento de que a representação de inconstitucionalidade permitia ao Procurador Geral da República tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a sua constitucionalidade, o que, aliás, levou Gilmar Mendes a concluir que o instituto “foi concebido e desenvolvido como processo de natureza *dúplice* ou *ambivalente*” (*Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 91-93).

²⁷¹Nesse sentido, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 46.

²⁷²STF, Recl 2256, voto do Ministro Gilmar Mendes, DJ 30.04.2004; na doutrina, também assim se pronuncia André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 262.

²⁷³Vale conferir, a esse respeito, os apontamentos de Ada Pellegrini Grinover, *Controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 14; André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 262; Walber de Moura Agra, *Aspectos controversos do controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 149.

6.6.1.2. Propositura de nova ação de controle abstrato tendo por base uma mesma lei anteriormente considerada constitucional

Parcela da doutrina sustenta que a decisão que aponta a *constitucionalidade* do ato normativo (isto é, que tem por precedente a ADC ou improcedente a ADIn) *não se revestiria de coisa julgada material*, pois seria inapropriado impedir o STF de retornar à análise de eventual inconstitucionalidade de um mesmo ato normativo, à vista de mudanças ou transformações na realidade social e constitucional que modifiquem o impacto ou a percepção daquela lei.²⁷⁴⁻²⁷⁵

Salvo melhor juízo, tal entendimento encampa o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo qual a coisa julgada pode ou não se formar, dependendo do resultado do processo.²⁷⁶ Tal expediente jurídico, todavia, pode ser empregado “apenas nos casos arrolados *taxativamente* pela lei, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica”.²⁷⁷ No caso do sistema brasileiro de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, não houve uma filiação a esse modelo. Tanto assim, que ao tratar da eficácia das decisões da ADIn e ADC, o art. 102, §2º da CF não faz qualquer diferenciação entre procedência ou improcedência do pedido; ao contrário, o texto constitucional faz referência genérica, valendo-se da expressão “decisões definitivas de mérito”.²⁷⁸

²⁷⁴ Assim se manifestam Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 176-177 e Lênio Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 565-569.

²⁷⁵ Fora do campo da coisa julgada, também se afirma não ser possível submeter a mesma lei ou ato normativo a novo julgamento – quando tal norma foi considerada inconstitucional em via abstrata – porque nessa hipótese, o ato normativo é declarado nulo desde o seu nascimento; isto é, sendo extirpada do ordenamento, “não há que se cogitar de novo pronunciamento da Suprema Corte sobre lei ou ato normativo inexistente” (Ludmila Galvão, *A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 134). Em semelhante sentido, Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 121.

²⁷⁶ Sobre apontamentos doutrinários a respeito da coisa julgada *secundum eventum litis*, vide Ada Pellegrini Grinover. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 380, p. 3-19, jul./ago. 2005. Vale conferir, também, o aprofundado estudo de Camilo Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, op. cit., passim.

²⁷⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 17 ao art. 467, p. 684-685.

²⁷⁸ CF, art. 102, §2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (Redação dada pela EC nº 45, de 2004; grifamos).

A título ilustrativo, basta ver que o modelo do Brasil²⁷⁹ se diferencia do sistema de controle principal de constitucionalidade de alguns países europeus, os quais concebem orientação típica do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*. Em Portugal, a decisão que proclama a não-inconstitucionalidade de uma norma “não faz *caso julgado* material”, pelo que pode o ato normativo voltar a ser reapreciado pelo Tribunal Constitucional.²⁸⁰ Na Itália, a decisão que rejeita o pedido de inconstitucionalidade de uma norma não impede que a Corte Constitucional volte a examinar tal ato normativo em nova ação baseada em outros parâmetros constitucionais.²⁸¹ Tratamento semelhante também existe na Espanha e na Áustria.²⁸²

Assim, as decisões definitivas de mérito da ADIn e da ADC, sejam de acolhimento ou de rejeição do pedido, operam, sim, a coisa julgada material.²⁸³

Entretanto, nada impede que – excepcionalmente – diante de novas situações (como a denominada “inconstitucionalidade superveniente”)²⁸⁴ ou qualquer outro

²⁷⁹ Gilmar Mendes, a esse respeito, deixa claro que o modelo brasileiro se assemelha ao padrão alemão; explica o autor que no direito tedesco, tanto as decisões que decretam a inconstitucionalidade como aquelas que declaram a constitucionalidade da norma são revestidas de *força de lei* – instituto processual que, segundo a doutrina alemã majoritária, traduz a ideia de que “o Tribunal não pode, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida” (*Jurisdição constitucional*, op. cit., especialmente p. 360-364).

²⁸⁰ O Professor da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda, esclarece que, em Portugal e em boa parte dos países, não tem qualquer eficácia a decisão de não-inconstitucionalidade. “Quando muito, produz caso julgado formal relativamente ao respectivo processo de fiscalização (...) deixando-se sempre em aberto aos cidadãos e aos juízes em geral recolocar a questão na hipótese de não inconstitucionalidade”. (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 80-81). Rui Medeiros, entretanto, vê falhas nessa orientação que excepciona a intangibilidade da coisa julgada com relação à decisão que reconhece a constitucionalidade, notadamente, porque na hipótese de uma equivocada declaração de inconstitucionalidade, não seria possível reapreciar tal norma face a força obrigatória geral dessa decisão (*A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., p. 838 e ss).

²⁸¹ A esse respeito, vale consultar os apontamentos de Gustavo Zagrebelsky. *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 256.

²⁸² É o que noticia Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 104-105, especialmente nota de rodapé nº 3. André Dias Fernandes, contudo, registra que a questão não é pacífica na Espanha (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 257-261). Também trazem apontamentos doutrinários sobre essa prática constitucional estrangeira: Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*, op. cit., p. 243 e José Rogério Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 339-340.

²⁸³ Também compartilham expressamente desse modo de pensar: Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 477; Camilo Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, op. cit., p. 135.

²⁸⁴ Diz-se superveniente a inconstitucionalidade de uma norma quando esta nasce higidamente, só se tornando incompatível com a Constituição após a ocorrência de um motivo *superveniente*, que pode consistir: (a) na entrada em vigor de uma nova Constituição ou de uma Emenda Constitucional; (b) no advento de circunstâncias de fato que alterem a concepção das valorações jurídicas existentes; (c) na evolução da interpretação da norma e da Constituição Federal. A ideia de inconstitucionalidade superveniente se contrapõe, assim, à inconstitucionalidade originária, que é contemporânea ao surgimento da norma. Nesse

evento posterior – ao trânsito em julgado do acórdão – que, por exemplo, cause impacto social, o STF possa se ocupar de examinar outra vez um mesmo ato normativo, em outro processo. Ao contrário do que pode parecer, tal possibilidade não viola a coisa julgada formada anteriormente. E várias são as razões.

A primeira delas é que por conta da cláusula *rebus sic stantibus* (implícita em toda e qualquer sentença)²⁸⁵ é possível o ajuste do estado anteriormente decidido a uma nova realidade ou circunstância superveniente. Aplicando-se tal premissa às ações de controle abstrato, então, “é evidente que declarada a compatibilidade de um preceito normativo ordinário com a Constituição poderá desfazer-se em face de superveniente reforma ou emenda constitucional. De igual modo, a constitucionalidade de uma norma, reconhecida à luz de certa realidade social, poderá deixar de existir no momento em que se modificar o parâmetro fático adotado para a aferição”.²⁸⁶

Em segundo lugar, os acórdãos definitivos de ADIn ou de ADC são pronunciamentos judiciais que tratam de relação jurídica continuativa,²⁸⁷ eis que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma constitui uma relação de compatibilidade jurídica (ou de incompatibilidade) *que se prolonga no tempo*.²⁸⁸ Desse modo, a propositura de uma demanda que se ampare em uma modificação fática – por

sentido, vale conferir o estudo de André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 40-41 e 130-132. Vale conferir, ainda, os apontamentos de Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 113-115; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 364 e Ludmila Galvão, Galvão Vieira de. *A ‘causa petendi’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 134-135.

²⁸⁵ Nas palavras de Liebman: “de certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença.” (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, op. cit., p. 27).

²⁸⁶ Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 107. No mesmo sentido, vide Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 363-364; e André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 181.

²⁸⁷ A propósito, no direito italiano, Remo Caponi foi um dos autores que com mais profundidade se debruçou sobre o tema; o referido autor aponta que a relação jurídica continuativa se notabiliza por apresentar uma eficácia que se *protrai no tempo*, como a relação tributária, por exemplo (*L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, op. cit., p. 7). Entre nós, de igual modo, vigora a ideia de que a relação jurídica continuativa também se caracteriza por sofrer variações pelo decurso do tempo. Moacyr Amaral Santos, por exemplo, sustenta que a relação jurídica ora tratada deve ser entendida como aquela que “*não se esgota com o pronunciamento da sentença, mas prossegue, apesar desta, variando todavia, quanto aos seus pressupostos de qualidade ou quantidade.*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4, p. 483). Nesse contexto, José Rogério Cruz e Tucci afirma, ainda, que a sentença atende aos pressupostos do tempo em que foi prolatada (CPC, 462 e 463), sem, entretanto, extinguir a relação jurídica continuativa, que continua sujeita a variações dos elementos constitutivos (*Tempo e processo*, op. cit., p. 50).

²⁸⁸ Nesse sentido conclui André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 181.

exemplo, que cause alteração das concepções jurídicas dominantes – não causará a reapreciação da matéria com os mesmos dados e configuração que ela apresentava quando do julgamento primitivo. A coisa julgada formada anteriormente permanece, pois, intocável: não se julga a situação passada; o que há é um novo julgamento para uma nova situação.²⁸⁹

Ainda nesse contexto, o art. 471, I do CPC estabelece que, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a relação jurídica tratada na sentença pode ser revista, mediante ação do interessado para se adaptar à situação superveniente. A orientação contida nessa regra processual poderia, *mutatis mutandis*, ser aplicada no âmbito do contencioso objetivo, permitindo que em outra ação do controle abstrato o STF possa, por exemplo, declarar inconstitucional a norma que anteriormente considerou compatível com a CF.²⁹⁰

Há, também, uma terceira razão a reforçar as conclusões acima extraídas. Tendo em vista que o magistrado decide a pretensão segundo o fato e o direito existente no tempo da edição da sentença (art. 462 do CPC), o julgamento se dá apenas sob situações pretéritas (mesmo que ele possa dispor para o futuro, nos termos do art. 290 do CPC), porque tudo o que ocorrer após a prolação da sentença e após o seu trânsito julgado *está fora do seu alcance e também do da coisa julgada*, por tratarem de dados a cujo respeito não se exerceu, em tese, a cognição ou a apreciação judicial.²⁹¹ Portanto, *seria possível um novo julgamento da mesma lei, tendo como parâmetro uma nova situação, sem que isso atentasse contra a coisa julgada que se operou anteriormente*.

Finalmente, há uma quarta razão a ser aqui também explorada.

²⁸⁹ Aliás, de acordo com a clássica lição da doutrina processual acerca das decisões que tratam das relações continuativas, “não há exceção à coisa julgada e sim acolhimento do princípio *rebus sic stantibus*. O juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente”. Decisões desse jaez são enquadradas como “determinativas” ou “instáveis” (Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 307).

²⁹⁰ Nesse sentido, vide Elival da Silva Ramos, *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p. 266, nota de rodapé nº 818.

²⁹¹ A esse respeito, ilustrativo é o exemplo dado por Adroaldo Fabrício Furtado. Embora se refira a processos de índole subjetiva, o núcleo deste ensinamento se adapta perfeitamente à sistemática dos processos objetivos do controle de normas: “O processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem, imobilizando determinado momento da relação jurídica (momento que pode ser o da propositura da demanda, o da *litiscontestatio*, o do saneamento, o da própria sentença ou outro, segundo variáveis que não cabe analisar aqui e de todo modo estarão cristalizadas em disposição legislativa). Tudo o que venha a ocorrer depois desse momento – visto que do juiz não se podem esperar poderes divinatórios – está fora do alcance da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito, por hipótese, não se exerceu *cognitio* e ainda menos *iudicium*.” (A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 19, abr./jun. 1991).

É consagrado no campo da doutrina processual o entendimento de que a modificação de situações fáticas ou jurídicas (sobre as quais foi proferida decisão que transitou em julgado) viabiliza uma nova causa de pedir e, com isso, a propositura de uma nova demanda, mantendo-se intacta a coisa julgada material que se formou antes.²⁹²

Desse modo, aplicando-se tal assertiva às decisões de ADIn e ADC, é possível afirmar que *o advento de fatos novos* (a causar uma nova percepção sobre determinada norma já examinada) *não tem aptidão para desafiar a autoridade da coisa julgada que se operou anteriormente em outra ação do controle abstrato*. O que ocorre é que a superveniência de um fato novo pode conduzir a uma nova circunstância, e, assim, a uma nova causa de pedir.²⁹³ Por conseguinte, havendo alteração das circunstâncias fáticas, é possível o ingresso de outra ação do controle direto para se aferir a compatibilidade de um mesmo ato normativo já analisado em outra ocasião.

Entretanto, há quem sugira uma certa incompatibilidade do raciocínio acima exposto com a característica da *causa de pedir aberta* dos instrumentos processuais do controle abstrato, pois esta torna presumível que *todos os fundamentos já foram apreciados* pela Corte na aferição da constitucionalidade do ato normativo; por consequência, numa nova demanda que tenha por objeto a mesma norma anteriormente julgada, não restaria qualquer argumento diverso a ser invocado pelo requerente e a ser examinado pela Corte; prevaleceria, com isso, a imutabilidade da decisão anterior e a impossibilidade de submeter a mesma matéria a novo julgamento.²⁹⁴

Salvo melhor juízo, essa crítica não deve prevalecer quando os fundamentos invocados na propositura da nova ação de controle abstrato forem relativos a fatos ou a situações jurídicas *posteriores* à coisa julgada que se operou no julgamento primitivo. Ou seja, nesta hipótese, *a causa de pedir aberta presente na ação anterior não é óbice para que se deduza um novo pedido sobre a mesma norma*, pois, como visto, está *fora do alcance do julgador* exercer ampla cognição ou análise exauriente sobre acontecimentos

²⁹²Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In: O processo: estudos e pareceres, op. cit., p. 108.

²⁹³Assim, aliás, manifestam-se Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 477: “a decisão que declara a constitucionalidade de ato normativo se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, admitindo nova análise, desde que alteradas as circunstâncias de fato ou de direito. Mas aí já se estará apreciando nova demanda, distinta da anterior, porquanto fundada em outra causa de pedir. Não haveria, assim, violação à coisa julgada” (grifo).

²⁹⁴Nesse sentido, vide Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 148-149.

futuros (posteriores ao trânsito em julgado) e esgotar todos os seus aspectos constitucionais.

Com outros argumentos, parece ser este também o posicionamento de Ludmila Galvão, ao ponderar que, mesmo frente às peculiaridades da causa de pedir aberta, o surgimento de novos parâmetros *ainda não apreciados pela Suprema Corte* pode “levar a julgamento a lei ou ato normativo tido como constitucional em outra ocasião”.²⁹⁵

Enfim, a afirmação de que determinado tipo de decisão do controle abstrato de normas não produz coisa julgada material nos parece ser uma tentativa de conciliar o suposto paradoxo que haveria entre a imutabilidade que se forma em todo o caso julgado e a possibilidade permanente de reexame dessas relações continuativas quando há superveniência de fatos e situações jurídicas que alteram o quadro da realidade social. Tal afirmação, contudo, *não pode ser aceita*. O ajuizamento de uma nova ação, na hipótese de mudança do estado de fato e de direito, não desafia a autoridade da coisa julgada que se operou anteriormente.

6.6.1.3. Propositura de nova ação de controle abstrato com base em fundamentos diversos (e que existiam antes do trânsito em julgado da decisão primitiva)

Neste item, o foco se volta para a repetição do pedido de julgamento sobre uma mesma lei mediante a propositura de nova ação de controle abstrato, mas com base em argumentos que existiam *antes* do trânsito em julgado da decisão primitiva e que não foram alegados pelo requerente.

Em casos assim, *não* pode haver o ingresso de uma nova ação de controle abstrato para reexaminar uma mesma norma. E por dois motivos: (a) a causa de pedir aberta que se afigura nos processos objetivos de controle de normas; (b) a eficácia preclusiva da coisa julgada.

²⁹⁵A ‘*causa petendi*’ aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 135. Em sentido contrário e sem diferenciar fatos supervenientes ou anteriores ao trânsito em julgado da ação de controle abstrato, Alexandre de Moraes, afirma que não há possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação constitucional, pelo fato do STF “não estar vinculado à causa de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examinada, esgotando todos os seus aspectos constitucionais” (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*, op. cit., p. 273).

Com efeito, a causa de pedir no controle abstrato é dirimida à luz de *todo o ordenamento constitucional*, não ficando o STF preso aos fundamentos invocados na petição inicial, ou seja, a alegação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma deve ser considerada sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas daqueles focalizados pelo requerente. Assim, como vimos acima, a *causa de pedir aberta* faz presumir que a cognição realizada pelo STF esgotou todos os aspectos relativos à verificação de constitucionalidade (ou não) de uma norma e, com isso, é de se supor que não haveria fundamentos diferentes a serem apreciados numa nova ação;²⁹⁶ não caberia, pois, a reapreciação da legitimidade dessa mesma norma, ainda que o requerente empregue uma nova abordagem para esse pedido.

Aliás, pontuada assim a questão, parece-nos que a causa de pedir aberta acaba atuando, na prática, como um fator de *desestímulo* ao pedido de reapreciação de uma mesma lei em face da Constituição Federal.²⁹⁷ Contudo, tal não significa dizer que a abertura da causa de pedir seja um fator de impedimento para o ajuizamento de uma nova ação de controle abstrato, *se esta for baseada em mudanças fáticas* posteriores ao trânsito em julgado da ação primitiva e que repercutem no contexto jurídico-constitucional do país, como mencionamos no tópico precedente.²⁹⁸

Sem prejuízo dessas considerações, o tema deve ser enfrentado também sob o prisma da eficácia preclusiva da coisa julgada. Trata-se, como se sabe, de fenômeno processual previsto no art. 474 do CPC, pelo qual a imutabilidade do comando da sentença se estende a todas as questões decididas no processo e a toda matéria que poderia ser oposta tanto ao acolhimento, quanto à rejeição do pedido. Consoante entendimento consagrado doutrinariamente, dessa norma se extrai *não ser admissível a propositura de*

²⁹⁶Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves assim se pronunciou: “como se trata de *causa petendi* aberta, não há que se falar em diversidade de fundamentos porque estamos obrigados a examinar toda a Constituição quando julgamos a ação direta de inconstitucionalidade” (ADIn nº 1584-DF, DJ 02.04.2004).

²⁹⁷Esse, aliás, parece-nos ser o sentido da seguinte observação de José Rogério Cruz e Tucci: “(...) nos processos objetivos a causa de pedir é aberta, permitindo que o Supremo Tribunal Federal examine a integralidade do texto legal levado à sua apreciação. Assim, na prática, depois de rejeitada a ação direta, dificilmente haverá nova arguição de inconstitucionalidade de uma mesma lei” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 338-339).

²⁹⁸Em reforço a esta conclusão, vale registrar que o STF tem julgados no sentido de que “não pode o Tribunal apreciar novamente o pedido *sem que se apresentasse fato novo*, mesmo que com base em outra argumentação constitucional, já que no controle concentrado de constitucionalidade a causa de pedir é aberta” (Vide Informativo STF nº 143, ADIn nº 1967-8 DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 25.06.99; grifos nossos). Ainda no sentido de que fatos novos podem suscitar e dar suporte a uma nova apreciação da inconstitucionalidade da norma pelo STF, mesmo sendo aberta a causa de pedir das vias processuais do controle abstrato, vide ADIn 1584-2-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.04.2004.

nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações (como, por exemplo, aquelas que a parte poderia ter feito na inicial, mas não fez).²⁹⁹

É possível aplicar tal entendimento no âmbito das ações de controle abstrato de normas. Ou seja, atentaria contra a coisa julgada o ingresso de nova demanda para a verificação da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de uma mesma norma, baseado em fundamentos que poderiam ter sido invocados na demanda originária, mas não o foram.³⁰⁰

Em suma: a possibilidade – ou não – de se reapreciar, na via abstrata, uma mesma lei ou ato normativo que foi objeto de ADIn ou de ADC deve ser vista sob o ângulo de circunstâncias anteriores ou dos eventos supervenientes ao trânsito em julgado da ação primitiva. Assim:

(a) sem modificação do quadro fático e jurídico-constitucional que propiciou a tomada da decisão da ação de controle abstrato, não pode o STF emitir novo pronunciamento sobre mesma lei anteriormente declarada constitucional (ou inconstitucional), ainda que os fundamentos sejam diversos, sob pena de se violar a coisa julgada produzida na demanda originária;

(b) o advento de circunstâncias supervenientes, a ponto de alterar a percepção de uma lei em face da Constituição Federal, torna possível a repetição do pedido, sem afrontar as peculiaridades da causa de pedir aberta da ação originária e sem desafiar a autoridade da coisa julgada que se produziu anteriormente, pelos motivos já expostos (cláusula *rebus sic stantibus* implícita nas decisões; o advento de fatos novos sobre relação jurídica continuativa não infirma a coisa julgada; superveniente mudança no estado de fato e de direito conduz a uma nova causa de pedir, permitindo rediscussão da matéria).

²⁹⁹Sem embargo de outras preciosas lições de diversos doutrinadores acerca do assunto, vide Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, op. cit., p. 323-325. Na doutrina italiana, vale conferir os apontamentos de Sergio Menchini (*Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988, p. 25), os quais são bem recepcionados por autorizadas vozes da doutrina pátria, como Ada Pellegrini Grinover (*Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*, op. cit., p. 113).

³⁰⁰Nesse sentido, vide Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 174-175; Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 107 e André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 183.

6.6.2. Efeitos expansivos a preceitos normativos não-indicados na petição inicial da ADIn

O tópico aborda as seguintes questões: *pode o STF estender a declaração de inconstitucionalidade a outras normas não-indicadas na petição inicial de uma ação de controle abstrato? E se houver correlação entre o ato normativo impugnado e outras normas não-indicadas na peça inaugural?*

O enfrentamento dessas indagações se depara com o *princípio processual da congruência (ou da correlação da sentença ao pedido)*, pelo qual a decisão a ser prolatada fica adstrita aos limites do que foi postulado (CPC, art. 128, 450 1ª parte e 460).

Vale dizer, no caso das ações de controle abstrato, o STF fica rigorosamente vinculado ao que foi postulado na petição inicial, não podendo decidir sem provocação do legitimado.³⁰¹ Tal orientação, apesar de não conter expressa previsão legal para as vias processuais do controle direto de normas, é consagrada pela jurisprudência do STF e encontra arrimo no art. 3º, I e II da Lei 9.868/99, dispositivos que exigem – dentre outras providências – que o requerente da ADIn indique precisamente quais os atos normativos que pretende sejam declarados inconstitucionais e, ainda, que realize a especificação do pedido em relação a cada uma das normas impugnadas.³⁰²

Justamente por essa razão, há entendimentos no sentido de que o acolhimento do pedido na ADIn não pode se expandir a outra lei igual ou correlata àquela que foi expressamente questionada na petição inicial, pois seria fundamental que também esta outra norma fosse impugnada, sob pena de não-conhecimento;³⁰³ afirma-se não ser possível tal extensão nem mesmo se a norma especificada estiver ligada a outra, formando com ela um sistema ou uma rede.³⁰⁴ Na jurisprudência do Pretório Excelso, encontram-se

³⁰¹A propósito, o assunto também foi tratado na abordagem do efeito reconstitutivo das decisões (item 6.5.2.1).

³⁰²“A lei ou ato normativo, não pode ser impugnada de forma genérica, no total. O inciso I do art. 3º [da Lei 9.868/99] impõe a mesma vedação existente na legislação processual civil comum, a qual nega a alguns partícipes da relação processual a possibilidade de utilização da contestação por negação geral. Para cada dispositivo impugnado, o autor deve expor em sua fundamentação a correlação com o dispositivo constitucional violado, indicando os pontos de atrito entre ambos” (Osório Silva Barbosa Sobrinho, *Comentários à Lei 9.868/99*, op. cit., p. 12).

³⁰³Clèmerson Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 154-155, especialmente nota de rodapé nº 33.

³⁰⁴Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 438.

ideias dessa ordem, inclusive, nas hipóteses em que o dispositivo impugnado é repetido em outro ato normativo.³⁰⁵

Entretanto, em pronunciamentos mais recentes, nossa Suprema Corte tem reconhecido – com toda razão – o fenômeno da *inconstitucionalidade consequential* ou *por arrastamento*, pelo qual a Corte fiscalizadora pode declarar que são incompatíveis com a CF os dispositivos legais que não foram expressamente impugnados no pedido da ação direta, mas que são *logicamente afetados* pela decisão a ser editada, como, por exemplo, um decreto regulamentar da norma que foi objeto da impugnação.³⁰⁶

Vale anotar que tal expediente é abordado com bastante profundidade pela doutrina lusitana, a qual se pauta numa certa interdependência ou vínculo indissociável de certos preceitos normativos com as normas que foram expressamente questionadas.³⁰⁷ A expansão da inconstitucionalidade a outros dispositivos conta até com expressa previsão legal em alguns países.³⁰⁸

³⁰⁵“(…)AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. 1. A viabilidade da ação direta reclama a impugnação conjunta dos preceitos que tratam da matéria, sob pena de inocuidade da própria declaração de inconstitucionalidade. 2. A ausência de impugnação do teor de preceitos constitucionais repetidos na lei impugnada impede o conhecimento da ação direta. Precedentes [ADI n. 2.132/MC, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 05.04.2002; ADI n. 2.242, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 19.12.2001 e ADI n. 2.215, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 26.04.2001]” (ADIn 2938-MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09.12.2005). Em sentido semelhante, vide, ainda, o pronunciamento monocrático do Min. Celso de Mello na ADIn 2578-MG, DJ 09.06.2005.

³⁰⁶“O Supremo, no julgamento da ADI n. 2895, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 20.05.2005, fixou entendimento de que este Tribunal no controle concentrado, fica condicionado ao princípio do pedido. Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um *sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subseqüentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorrente o fenômeno da inconstitucionalidade por ‘arrastamento’ ou por ‘atração’*” (RE-AgR 459153-SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 14.08.2008; grifos). Ainda nesse sentido, vide: ADI 3645-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006; ADI 173-DF, DJ 19.03.2008 e 2501-MG, DJ 18.12.2008, ambas relatadas pelo Min. Joaquim Barbosa; ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. Em pronunciamento sobre o tema, a Ministra Ellen Gracie aponta como precedentes da declaração de inconstitucionalidade de decreto regulamentar superveniente, em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. O Informativo nº 537 do STF aponta, ainda, como precedentes que reconheceram a inconstitucionalidade por arrastamento: “ADI 13/SC (DJE de 28.9.2007); ADI 3178/AP (DJU de 2.3.2007); ADI 1689/PE (DJU de 2.5.2003); ADI 2447/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 4.3.2009”.

³⁰⁷A propósito, destacam-se os apontamentos de J.J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 961 e ss) e Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 252-253). Não se trata, contudo, de entendimento unânime na doutrina lusitana. Jorge Miranda registra a existência de doutrina portuguesa discordante da possibilidade de o Tribunal Constitucional conhecer das “inconstitucionalidades conseqüentes” (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 253, especialmente nota de rodapé nº 1).

³⁰⁸Na Itália, por exemplo, a questão é regulada pelo art. 27 da *Legge 11 marzo 1953, n. 87* (lei que trata do funcionamento da Corte Constitucional italiana), pelo qual “*La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell’impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza*

Nossa Suprema Corte, não raramente amparada nas lições da doutrina portuguesa, também justifica a inconstitucionalidade por arrastamento com base na *relação de dependência* entre as regras (a que foi impugnada pelo requerente e a que não foi).³⁰⁹

Contudo, não são oferecidos, propriamente, critérios objetivos para a apuração dessa relação indissociável; inclusive, parece não ser unívoca a compreensão do que pode – ou não – ser enquadrado nesta situação.³¹⁰ De todo o modo, extrai-se dos julgados do STF e também da doutrina que:

(a) tal conexão ocorre entre normas que tratam do mesmo assunto e que estejam eivadas do mesmo vício de inconstitucionalidade,³¹¹ ou, ainda, quando determinadas normas – embora não mencionadas na inicial – se “tornem ineficazes, quando não inexecutáveis” sem os dispositivos declarados inconstitucionais.³¹²

dalla decisione adottata.” (grifos nossos). Na jurisprudência da Corte Constitucional daquele país, a orientação consagrada no referido art. 27 é tida como um princípio processual que se aplica em todos os casos em que se exerce o juízo de constitucionalidade de uma norma, inclusive nas vias principais: “*Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, la dichiarazione di illegittimità consequenziale può essere applicata anche ai giudizi in via principale (sentenze n. 441 del 1994, n. 34 del 1961), in quanto esprime un principio di diritto processuale che è valido per tutte le questioni di legittimità costituzionale previste dal capo II della predetta legge n. 87, come si desume anche dalla dizione letterale del citato art. 27*” (Sent. 20/2000, Pres. Vassalli, Rel. Capotosti, publicado em 02.02.2000; no mesmo sentido: Sent. 103/1982 Pres. Elia, Rel. Saja; Ord. 217/1983 Pres. Elia, Rel. Elia; Sent. 212/1984 Pres. Elia, Rel. Gallo E.; Sent. 971/1988 Pres. Saja, Rel. Borzellino; /Sent. 78/1989 Pres. Saja, Rel. Dell'andro; Ord. 377/1989 Pres. Saja, Rel. Greco; Ord. 405/1989 Pres. Saja, Rel. Greco; Sent. 41/1991 Pres. Conso, Rel. Pescatore; Sent. 380/1991 Pres. Corasaniti, Rel. Mengoni; Sent. 125/1995 Pres. Baldassarre, Rel. Ferri). CORTE COSTITUZIONALE. Disponível em:

<<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=11>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

³⁰⁹ ADI 3645-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006. Neste caso, a Ministra Relatora se valeu das lições de J.J. Gomes Canotilho acerca da matéria. O inteiro teor do voto consta do *site* oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

³¹⁰ A ilustrar esses pontos de divergência, Délton Esteves e Zeno Veloso perfilham de um entendimento mais amplo, aduzindo que tal conexão poderia atingir normas que tratem de um mesmo assunto, ainda que estejam contidas em diplomas diferentes. Vide, respectivamente, *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 161 e *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 203; já Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Oliveira parecem adotar um entendimento mais restritivo, eis que parecem contemplar a possibilidade da inconstitucionalidade consequencial apenas a normas regulamentares (*Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 439).

³¹¹ STF, ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05.

³¹² “A Min. Cármen Lúcia, relatora, julgou procedente o pedido, registrando que as normas dos artigos 1º e 2º determinam a declaração de inconstitucionalidade das demais por arrastamento, *por se tornarem ineficazes, quando não inexecutáveis, sem aqueles dispositivos*, no que foi acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa” (Informativo STF nº 480; ADI 3236; grifos).

(b) a inconstitucionalidade consequencial pode se projetar a normas que constem – ou não – do mesmo diploma legal;³¹³

(c) não pode haver declaração de inconstitucionalidade por arrastamento à norma que não é passível de controle na ADIn ou na ADC.³¹⁴

O “arrastamento” acarreta, certamente, uma atenuação do princípio processual da correlação da sentença ao pedido, na medida em que se realiza um juízo de constitucionalidade sobre normas não mencionadas na petição inicial. Não vemos nesta hipótese, contudo, qualquer óbice intransponível.

Em primeiro lugar, um julgamento com essas características é congruente com o processo objetivo de controle de normas, o qual comporta temperamentos e adaptações de certos regramentos do processo civil³¹⁵ – como já visto. A propósito, tal entendimento encontra amparo em recente manifestação do STF sobre a adstrição ao pedido deduzido na inicial.³¹⁶

Ademais, a mitigação da regra processual ora tratada também se justifica em consideração, mais uma vez, ao princípio da proporcionalidade, que em nome da defesa do ordenamento jurídico e da segurança social e jurídica, torna concebível a idéia de fulminar não apenas uma norma que infringe a Constituição, mas também todas aquelas

³¹³Reconhecendo a inconstitucionalidade por arrastamento a normas do mesmo diploma legal em que consta a lei impugnada pelo requerente, vide ADI 173-DF, DJ 19.03.2008 e 2501-MG, DJ 18.12.2008, ambas relatadas pelo Min. Joaquim Barbosa; reconhecendo a inconstitucionalidade consequencial em norma de outro diploma: ADI 3645-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 01.09.2006. A esse respeito, Jorge Miranda explica: “a fiscalização é de normas, e não de diplomas, se a mesma norma constar de dois ou mais diplomas, embora só seja pedida a apreciação de constitucionalidade relativamente a um desses diplomas, a eventual declaração de inconstitucionalidade abrange tal norma em todos os diplomas em que esteja inserida” (*Manual de direito constitucional*, t. 6, op. cit., p. 253). Entre nós, André Dias Fernandes espousa conclusão parecida: “não é necessário que as normas dependentes pertençam à *mesma lei* ou ao *mesmo ato normativo*” (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 194).

³¹⁴“Exemplo: suponha-se que a lei objeto da ADC é federal; a improcedência do pedido deduzido na ADC é federal; a improcedência do pedido deduzido na ADC não poderá conduzir à declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de lei estadual, pois esta não pode ser objeto da ADC” (André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 194).

³¹⁵Nesse sentido, vide Délton Esteves, *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 160.

³¹⁶No julgamento da ADIn 2258, ação que tem por objeto alguns dispositivos da Lei 9.868/99, e cujo julgamento não se findou por ainda restar a análise do art. 27, ficou estabelecido que a recepção do princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir da tutela da ordem jurídica e não dos interesses subjetivos do requerente (Informativo nº 456 do STF). No caso, estava em foco a discussão sobre a possibilidade de examinar, independentemente de pedido expresso, a legitimidade da norma que seria repristinada por aquela reputada inconstitucional. Vide, a respeito, nossos comentários no item 6.5.2.1 acima.

outras que com ela guardam relação de dependência.³¹⁷ A medida é consentânea, ainda, com o princípio da economia processual, ao evitar a propositura de uma nova ação que tenha por objeto os dispositivos legais correlatos a outra norma já julgada inconstitucional em outra ocasião.³¹⁸

Não propomos uma admissão generalizada da mitigação do princípio da congruência, nem tampouco que se deixe de fazer uma impugnação individualizada das normas, nas petições iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade. O que aqui se afirma é que é possível, em nosso sistema, e sem que tenha exposto pedido, a expansão da declaração de inconstitucionalidade das normas quando houver uma indissociabilidade ou interdependência entre os preceitos.

Em suma: o STF não pode, sem que haja pedido nesse sentido, reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma não impugnada na inicial, sob pena de agir sem a necessária provocação, instalando *ex officio* a sua jurisdição. Contudo, em casos excepcionais, como a da chamada “inconstitucionalidade por arrastamento”, a declaração de inconstitucionalidade pode se expandir para norma que guarde relação de dependência com o preceito normativo expressamente indicado na inicial, mitigando-se – licitamente – a aplicação do princípio processual da congruência; e tudo em prol dos valores constitucionais envolvidos, economia processual e também diante das características dos processos objetivos do controle de normas.

6.6.3. Efeito uniformizador

Vimos que o exercício do controle abstrato proporciona o denominado efeito uniformizador da jurisprudência, o qual, de sua vez, revela aspectos extremamente salutares, através da conclusão qualitativamente unitária que as suas decisões contemplam.

Destaca-se, nesse contexto, a ideia de que o controle direto de constitucionalidade realça, por meio dos efeitos *erga omnes* e vinculantes de suas decisões,

³¹⁷Argumenta-se, nesse particular, que esse expediente enalteceria o princípio da supremacia da Constituição ao não permitir que normas inconstitucionais continuem vigorando no ordenamento (Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 203).

³¹⁸*Controle jurisdicional de constitucionalidade*, op. cit., p. 203.

a “uniformização de cima para baixo na estrutura judiciária”.³¹⁹ Vale dizer: o intuito é implementar um tratamento igualitário sobre uma mesma questão, com a prevalência obrigatória das interpretações dadas pelo órgão de cúpula do Judiciário. E, eliminando soluções díspares a respeito de uma mesma questão constitucional, também se extirpam incertezas e a insegurança jurídica.³²⁰ Justamente por isso, aliás, observa José Rogério Cruz e Tucci que o STJ vem acatando, em *obediência vertical*, o que o STF decide no controle abstrato.³²¹

Conforme constata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em tais hipóteses a uniformização se volta “para dirimir as possibilidades de erros e contradições, incrementando, assim, mediante o aperfeiçoamento da distribuição de justiça, a confiança do cidadão na autoridade do Estado”.³²²

Tal efeito uniformizador chega a atingir tão variadas dimensões, que uma decisão do controle abstrato de normas pode servir de apoio até mesmo para, mediante as vias processuais apropriadas, derrubar a coisa julgada que anteriormente se formou em pronunciamentos editados em sentido oposto (tema este a ser enfrentado mais detidamente no próximo capítulo). O expediente, assim, pode ser viável para diminuir as disfunções que surgem num sistema de controle de constitucionalidade que combina variados métodos, como o nosso.³²³

Um outro enfoque que chama a atenção é também o de que as mudanças fáticas do plano da realidade social podem alterar a percepção sobre as normas de natureza constitucional – o que, aliás, foi minuciosamente analisado em item anterior.³²⁴ Precisamente dois comentários cabem ainda aqui: o primeiro, é que tais inovações podem fomentar o exercício do “controle concentrado uniformizador”, a fim de que se traga uma

³¹⁹Cf. Eduardo Parente, *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 85. Ainda nesse sentido, vide Rodolfo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, op. cit., p. 418.

³²⁰Cf. José Marcelo Menezes Vigliar, *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*, op. cit., p. 208.

³²¹*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, op. cit., p. 343. Do mesmo autor, realçando a força do precedente oriundo da via abstrata, vide *Precedente judicial como fonte do direito*, op. cit., p. 272-275. Tal circunstância também não passou despercebida por Eduardo Parente, o qual destaca que o efeito uniformizador do controle concentrado é sentido na prática pelos Tribunais Superiores (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 86).

³²²*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

³²³Em sentido semelhante, vide José Marcelo Menezes Vigliar, *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*, op. cit., p. 208.

³²⁴Item 6.6.1.2.

interpretação isonômica da matéria constitucional;³²⁵ o segundo remonta à constatação de que o efeito uniformizador não é estático, pois novas situações podem levar o tribunal que havia pacificado sua jurisprudência a revisitar o tema e alterá-lo, contribuindo para o desenvolvimento do direito.

Por fim, não se pode deixar de ter em mente que o entendimento uniforme propiciado pelas decisões da via abstrata é um *efeito paralelo* ou *reflexo* ao seu objetivo principal desse controle, que é confrontar a congruência das normas em face da Constituição.

6.7. Efeitos processuais das medidas liminares em ações do controle abstrato

O estudo das decisões editadas em caráter liminar comporta aprofundado exame sob diversas perspectivas. Não é o objetivo desse trabalho esgotar tão complexo tema, mas é oportuno e relevante apresentar reflexões a respeito das consequências que essa espécie de decisão traz quando proveniente de ação de controle direto de normas.

6.7.1. Aspectos gerais

Pode o legitimado ativo requerer ao STF a concessão de provimento de urgência nas ações do controle abstrato de normas.³²⁶ Há autorização: (a) no art. 102, I, *p* da CF, que prevê expressamente o julgamento do “pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”; (b) na Lei 9.868/99, que reconhece o cabimento de “medida cautelar” na ADIn (arts. 10 a 12) e na ADC (art. 21); (c) no art. 5º da Lei 9.882/99, que trata da possibilidade de o STF conceder “medida liminar” no bojo da ADPF.³²⁷

³²⁵A expressão destacada por aspas é de Eduardo Parente (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, op. cit., p. 88).

³²⁶“Mas não pode o legitimado passivo”, como bem apontaram Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, ao se referirem ao que já decidiu o STF na ADIn. 808-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 11.06.1993. Confira-se, a propósito, a obra *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 466.

³²⁷Não havendo disposição expressa para medidas de urgência em *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a jurisprudência do STF firmou-se pelo não-cabimento do provimento liminar naquela via, “eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela

Tais provimentos concedidos liminarmente pelo STF se enquadram na categoria de tutelas de urgência, tendo em comum o caráter da *provisoriidade* e a finalidade de *garantirem a eficácia da decisão final*.³²⁸ Há um consenso, ainda, de que as medidas em questão devem ter como fundamento a razoabilidade das alegações contidas na inicial (*fumus boni iuris*), bem como a probabilidade de superveniência de dano irreparável ou de difícil reparação, caso haja demora na tramitação do processo e do julgamento definitivo (*periculum in mora*).³²⁹

A partir dessas características, aliás, já afirmou o STF que o objeto dessas medidas editadas no bojo das ações de controle abstrato não é propriamente o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, mas sim, a fixação de condutas ou comportamentos adequados ao que pode ser declarado na decisão definitiva.³³⁰ Aderimos a esse posicionamento, que também é acompanhado por autorizadas vozes da doutrina.³³¹

Mas apesar dessa nítida feição assecuratória de tais provimentos de urgência, em certas situações podem eles assumir caráter *antecipatório* da tutela pretendida, notadamente quando os seus efeitos porventura coincidirem com o resultado de

própria decisão final emanada do STF (...) - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (ADI 1458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996).

Quanto à *representação interventiva*, registram-se entendimentos doutrinários pelo não-cabimento de medida liminar porque naquela via processual o exercício do controle de constitucionalidade se dá “para fins concretos”, inviabilizando providências de caráter geral (Samantha Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 434). Em sentido contrário, vide Gilmar Mendes, para quem a medida é possível porque feita com cognição abstrata, sem levar em conta os eventuais direitos subjetivos envolvidos (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 315).

³²⁸Dentre outros, assim se pronunciam Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 62 e 72, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 466.

³²⁹No STF, vale conferir: ADIn 768/MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.11.1992.

³³⁰Vale conferir, a respeito, o voto do Ministro Moreira Alves na Representação nº 1391, DJ 11.12.1987. Disponível no *site* oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2009.

³³¹Dentre outros, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., nota 2 ao art. 10 da Lei 9.868/99, p. 901; Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 161; Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 331; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 456; André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007, p. 123; Paulo Roberto Lyrio Pimenta. Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2180. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 2, p. 102, maio 2003. Como será visto no capítulo VII.

procedência da ação do controle abstrato.³³² É o que frequentemente se dá, aliás, no caso da ADIn: conquanto a legislação não especifique as providências que podem ali ser autorizadas a título de medida de urgência, o julgador pode determinar *a suspensão imediata* dos efeitos *da norma impugnada*, segundo reconhecem doutrina e jurisprudência. Trata-se, à evidência, de provimento “que *antecipa* os efeitos da futura declaração de uma inconstitucionalidade”.³³³

Consequência importante dessa distinção (entre natureza assecuratória e antecipatória) é que em se tratando de provimento que *antecipa* os mesmos efeitos trazidos pela tutela definitiva, alguns autores têm concluído que, pela lógica, a mesma carga eficaz da sentença de mérito (como por exemplo, a *erga omnes* e a vinculante) automaticamente agregaria a decisão provisória,³³⁴ sendo até mesmo desnecessária específica previsão legal a esse respeito.

Quanto ao conteúdo dessas medidas de urgência, entendemos que *quaisquer expedientes* podem ser estabelecidos pelo órgão judicial, desde que voltados para garantir a efetividade de um eventual e futuro juízo de procedência da ação do controle abstrato. E isso porque o *poder geral de cautela* – igualmente presente na jurisdição constitucional – autoriza o magistrado a determinar as medidas provisórias que entender adequadas, a fim de não se periclitarem a eficácia do provimento definitivo.³³⁵

É nesse contexto, aliás, que a suspensão da eficácia da norma questionada (a que acima nos referimos) aparece como uma das possíveis providências a serem concedidas a título de medida de urgência na ADIn. Ainda nesse particular, mas com relação à ADC e à ADPF, o art. 21 da Lei 9.868/99 e o art. 5º, §3º da Lei 9.882/99 chegam a estipular, respectivamente, a possibilidade de deferimento de medida de urgência

³³²Nesse sentido, vide Délton Esteves Pastore, *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 217; Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 61 e ss.

³³³STF, Representação nº 1356, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 15.12.1987; grifos nossos. Disponível no site oficial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2009.

³³⁴Com aparente raciocínio nesse sentido, vide Olavo A. Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 134.

³³⁵Assim também se pronuncia Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 60. A propósito, justamente em razão desse poder geral de cautela, o STF já admitia liminar na ADC, mesmo antes do advento da Lei 9.868/99 (que passou a autorizar a concessão da medida). Vide, a respeito: ADC/MC-DF nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21.05.1999.

consistente na *suspensão de processos individuais* (que envolvam a mesma norma discutida na via abstrata).³³⁶

Vale ressaltar, e mais uma vez com base no poder de cautela retromencionado, que *aqueles não são os únicos provimentos ou efeitos passíveis de deferimento* nas ações do controle direto, nem tampouco precisam ser adotados obrigatoriamente pelo julgador;³³⁷ pode o STF determinar, liminarmente, “providência de outra natureza que seja considerada indispensável à efetividade da sentença final”, como bem assevera Teori Zavascki.³³⁸

Sem prejuízo do exposto, as medidas de urgência ora estudadas também projetam efeitos *erga omnes, ex nunc, repristinatórios e vinculantes* – embora haja controvérsias quanto a alguns deles. Passemos a examiná-los.

6.7.2. Efeitos *erga omnes*, vinculantes, *ex nunc* e repristinatórios

O art. 11, §1º da Lei 9.868/99 estabelece expressamente que a medida cautelar concedida no bojo da ADIn se reveste de *eficácia em relação a todos*.

Relevante anotar que não há previsão legal específica nesse sentido com referência a *outras vias* processuais do controle abstrato. Ainda assim, também nesses outros mecanismos a decisão concessiva de liminar espalha efeitos *erga omnes*, pois são estes uma “conseqüência do processo de natureza objetiva”, na aguda observação de Gilmar Mendes³³⁹ – o que, aliás, já foi visto anteriormente neste capítulo.

Isso significa que: (a) a decisão liminar alcança mesmo a quem não tenha feito parte do processo; (b) todos devem adotar a conduta ou comportamento eventualmente estabelecidos no provimento; (c) no caso da ADIn, a ninguém é dado

³³⁶Nos termos da jurisprudência do STF, tal providência se explica porque a “suspensão dos referidos processos visa a resguardar a efetividade da decisão final do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, evitando o trânsito em julgado, em sede de controle difuso, de ações com entendimentos diversos e, possivelmente, contrários ao desta Corte” (Rcl 4056 MC-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26.05.2006).

³³⁷Nesse sentido se pronunciam Olavo A Alves Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 133; Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 640.

³³⁸*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 150. A propósito, para o mesmo autor, as condutas ou comportamentos eventualmente fixados na decisão liminar, por repercutirem diretamente no plano da realidade social, são classificados como *efeitos executivos* do provimento judicial (p. 65).

³³⁹*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 322.

invocar ou aplicar a norma, cuja eficácia tenha sido eventualmente suspensa pelo provimento liminar;³⁴⁰ (d) no caso da ADC, o eventual comando para suspender *todos* os processos individuais que tratem desse mesmo preceito legal, previsto no art. 21, *caput* da Lei 9.868/99, traz como consequência implícita a impossibilidade de qualquer pessoa invocar a inconstitucionalidade do preceito normativo questionado.³⁴¹

Com referência ao *efeito vinculante*, há controvérsias quanto à sua compatibilidade com a decisão concessiva de liminar. Os entendimentos podem ser assim sumarizados:

(a) há aqueles que admitem a possibilidade do provimento de urgência projetar efeito vinculante, eis que a obrigatoriedade da medida seria uma decorrência: (i) do próprio objetivo e do papel político institucional exercido pelo STF;³⁴² *ou* (ii) do poder geral de cautela (que também inerente à jurisdição constitucional);³⁴³

(b) os opositores às ideias acima expostas afirmam que a *precariedade* dos fundamentos determinantes da liminar (*fumus boni iuris e periculum in mora*) tornariam inconsistente a pretensa obrigatoriedade da decisão; o efeito vinculante deveria, pois, resultar do julgamento definitivo do STF;³⁴⁴

(c) o art. 102, §2º da CF confere efeito vinculante apenas às *decisões definitivas de mérito* das ações de controle abstrato, sendo, portanto, inconstitucional a extensão dessa eficácia aos provimentos de urgência.³⁴⁵

Filiamo-nos à corrente que vê o efeito vinculante em questão como uma decorrência do *poder geral de cautela*. O respeito e observância obrigatória à tutela de urgência são imprescindíveis para o seu desiderato de dar efetividade à decisão definitiva; com efeito, não haveria qualquer sentido prático na circunstância de a CF atribuir

³⁴⁰Teori Zavascki apresenta interessante exemplo para a hipótese de deferimento de liminar em ADIn: “se a norma suspensa criou ou aumentou tributo, ao Fisco não se permitirá lançá-lo. Se já lançou, não poderá cobrá-lo, nem judicial, nem extrajudicialmente. Dispondo a norma sobre aumento de vencimentos, fica a Administração impedida de pagá-lo, e o servidor inibido de exigí-lo” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 68).

³⁴¹Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 430; Celso Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, op. cit., p. 232-234.

³⁴²Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 323-324.

³⁴³Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 66.

³⁴⁴Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 161-162.

³⁴⁵Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, op. cit., nota 1 ao art. 21 da Lei 9.868/99, p. 904.

competência para o STF editar medidas acautelatórias ou até mesmo antecipatórias em caráter generalizado, sem dotar esses provimentos de obrigatoriedade. Ademais, o próprio poder de cautela encontra amparo no texto constitucional.³⁴⁶ Inconstitucionalidade e incompatibilidade não há.

Autorizadas vozes reforçam, ainda, que tanto o efeito vinculante se agrega à medida de urgência, que o STF vem admitindo o cabimento da reclamação (CF, art. 102, I, l) na hipótese de descumprimento ou inobservância da decisão concessiva da liminar.³⁴⁷

Válido registrar, ainda, que o art. 5º, §3º da Lei 9.882/99 disciplina o provimento de urgência editado no bojo da ADPF, estabelecendo que pode o decisório consistir em “qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada”. A doutrina tem extraído desse preceito amplo entendimento, apontando que “a liminar concedida em ADPF possui eficácia geral e poderá ter, se o Supremo Tribunal Federal assim determinar, efeito vinculante”.³⁴⁸

De outra parte, contudo, há consenso doutrinário e jurisprudencial de que em caso de *indeferimento* da medida liminar (seja qual for a ação de controle abstrato em que foi proferida), tal decisão *não* produz efeito vinculante, pois muitas vezes o provimento não é autorizado pela simples circunstância de o STF não vislumbrar risco de dano pela demora no exame da matéria – e não exatamente por conta de um juízo de valor sobre a matéria objeto da ação.³⁴⁹

³⁴⁶Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 60.

³⁴⁷Gilmar Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, op. cit., p. 323; Olavo A Alves Ferreira, *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*, op. cit., p. 133; no STF, vide Recl. 1507-RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.03.2003; Recl. 1652-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 01.03.2002; apontando o cabimento de reclamação em caso de descumprimento de liminar editada em ADPF, vide: Recl. 6455-SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 01.09.2008; Recl. 6064-MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29.05.2008. É válido ressaltarmos, contudo, nosso entendimento no sentido de que a reclamação não é consequência *exclusiva* do desrespeito do efeito vinculante (vide item 6.3.3.1).

³⁴⁸Cf. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 71.

³⁴⁹Na doutrina, vide os apontamentos de Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 71 e de Celso Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, op. cit., p. 242. No STF, vide Recl-AgR-MG 2810, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.11.2004 (ocasião em que também se decidiu que o indeferimento da liminar não dá margem ao ajuizamento de reclamação no caso de descumprimento do que foi decidido pelo STF). Destaque-se, contudo, que a Ministra Ellen Gracie já ressaltou seu entendimento no sentido de ser incabível qualquer distinção entre o deferimento e indeferimento a medida de urgência, para fins de se agregar o efeito vinculante; para a Ministra, não haveria diferença entre a decisão que defere liminar de uma ADC e a que indefere na ADIn, pois “em ambas as situações as leis são consideradas constitucionais em juízo cautelar” (Questão de Ordem suscitada na Recl. 2063-RJ, j. 05.06.2002).

Considerando-se, ainda, que as medidas de urgência se destinam a afastar os possíveis danos que podem comprometer a efetividade da decisão final, têm eles eficácia *ex nunc* (ou seja, apenas para o futuro; não alcançam situações pretéritas), salvo se o STF entender que a situação exige a projeção de efeitos retroativos (*ex tunc*). É o que estipula o art. 11, §1º da Lei 9.868/99.

Por fim, e como já assinalamos em itens anteriores, o art. 11, §2º da Lei 9.868/99 confere efeitos repristinatórios às medidas de urgência editadas em ações diretas de inconstitucionalidade. Tal eficácia consiste em tornar aplicável, provisoriamente, a legislação anterior revogada pela lei questionada – a menos que o STF disponha em sentido contrário – diante da expectativa de que haja a saída definitiva da lei suspeita de inconstitucionalidade.³⁵⁰ Se ao final do processo da via abstrata for declarada constitucional a norma atacada, a liminar em sentido oposto é revogada e torna sem efeito as leis cuja eficácia havia sido temporariamente restabelecida; mas se for julgada inconstitucional a norma na ação de controle abstrato, consolida-se a liminar, permanecendo eficaz a lei que já havia sido restabelecida.³⁵¹

6.7.3. Outras discussões

É possível falarmos, também, em efeitos da decisão definitiva sobre a própria decisão concessiva de liminar na ação de controle abstrato; o assunto tem relação direta com o alcance temporal da natureza provisória da medida.

Nesse particular, o entendimento assente em doutrina e também na jurisprudência do STF é o de que a provisoriedade da liminar perdura até o advento da decisão definitiva do controle abstrato, consolidando o que foi decidido liminarmente (na hipótese de procedência do pedido) *ou* revogando a medida (em caso de improcedência da pretensão ou de extinção do processo sem resolução do mérito). A revogação tem efeitos *ex tunc*, ou seja, deve atingir situações pretéritas, pois “é imperioso assegurar, a quem

³⁵⁰Sobre a eficácia repristinatória, remetemos o leitor aos itens 6.4.4 e 6.5.2.1.

³⁵¹A propósito, vide os comentários de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Controle de constitucionalidade*, op. cit., p. 67.

cumpriu a liminar a restauração do *status jurídico* que detinha ao tempo em que a liminar passou a vigor”.³⁵²

Por fim, examinada a repercussão das liminares sob a ótica dos processos em que são editadas e, ainda, sob o ângulo da norma questionada na via abstrata, resta-nos analisar as consequências que as medidas ora estudadas podem acarretar aos processos de índole subjetiva. O assunto será tratado, por questões metodológicas, no próximo capítulo.

³⁵²Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 72.

CAPÍTULO VII. CONVIVÊNCIA ENTRE AS DECISÕES DAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Vimos nos capítulos anteriores que nosso sistema de controle de constitucionalidade se mostra completo, mas também complexo ao adotar o convívio dos modelos difuso-concreto e concentrado-abstrato. Nesse cenário podem surgir inconvenientes processuais das mais diversas ordens, que se potencializam no campo dos efeitos das decisões proferidas no âmbito daquelas modalidades de fiscalização de normas.

Nesse particular, destacam-se as seguintes situações, que passarão a ser aqui enfrentadas: (a) impacto das decisões do controle abstrato de normas em relação aos processos individuais (em andamento ou com sentença já transitada em julgado); (b) impacto das decisões de controle difuso-concreto sobre outros processos; (c) impacto das súmulas vinculantes em relação aos processos individuais (em andamento ou com sentença já transitada em julgado); (d) impacto das decisões de controle abstrato sobre súmula vinculante que trate da mesma matéria.

Passemos, pois, a analisar esses tópicos e seus desdobramentos.

7.1. Impacto das decisões definitivas de mérito do controle abstrato de normas em relação aos processos individuais em andamento e *sem* sentença transitada em julgado

Tanto os pronunciamentos *definitivos* de mérito, quanto aqueles editados *liminarmente* nas ações do controle abstrato de normas projetam reflexos sobre outros feitos que envolvem a mesma questão constitucional. A presente abordagem se volta para o exame das repercussões propiciadas exclusivamente por aquelas primeiras decisões.¹

¹Por questões metodológicas, as considerações se iniciam com o exame de pronunciamentos de *mérito* do STF. A repercussão das liminares foi reservada para análise no último tópico (vide item 7.6).

Dessa forma, estando em curso um processo de índole subjetiva e sobrevindo acórdão proveniente do controle direto de constitucionalidade, o juiz ficará vinculado ao que foi estabelecido pelo STF e deverá decidir com base nessa premissa.²

Tal postura se justifica, como vimos, pelo efeito vinculante que reveste a decisão do STF editada na via principal da fiscalização de constitucionalidade. E mais: como a decisão do controle abstrato se reveste pela autoridade da coisa julgada com expansão *erga omnes*, qualquer interessado poderá alegar a existência da referida coisa julgada para impedir novo e diferente pronunciamento sobre a mesma norma anteriormente apreciada.³ Assim, podemos afirmar que:

(a) se o processo de feições subjetivas ainda não foi sentenciado, o magistrado deverá levar em conta, no momento de julgar, as diretrizes fixadas pelo STF na via direta;

(b) se o feito já teve prolação de sentença, mas esta não transitou em julgado, eventual superveniência de pronunciamento do STF – decorrente da via abstrata e em sentido contrário à decisão do caso concreto – pode ser apontada pelo jurisdicionado através do competente recurso (como o extraordinário, por exemplo).⁴ Para tal hipótese, vale destacar que o art. 557, §1º-A do CPC permite o imediato provimento do recurso, por decisão monocrática do relator;

(c) caso a parte interessada tenha promovido “execução provisória” da sentença pautada em norma ou em interpretação anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, na via abstrata, o executado também pode se opor à execução, nos termos do art. 475-L, §1º do CPC.⁵

Sem prejuízo dessas providências, a não-observância ou desrespeito ao precedente de nossa Corte Suprema rende ensejo, ainda, ao cabimento da reclamação (art. 102, I, *l* da CF).

²Exatamente nesse sentido: “Estando em curso ação individual e sobrevindo decisão em controle concentrado, o juiz do processo individual ficará vinculado, devendo decidir nos exatos termos do processo concentrado” (Pedro Lenza. *Coisa julgada erga omnes no direito brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 200).

³Ada Pellegrini Grinover, *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, op. cit., p. 56.

⁴Nesse sentido, vale conferir os apontamentos de Luiz Guilherme Marinoni. *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 133-134; e de Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, p. 477.

⁵Vide Araken de Assis. *Cumprimento da sentença*, op. cit., p. 331; e Luiz Guilherme Marinoni. *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 134. O dispositivo processual em questão será abordado, mais detidamente no item 7.2.3 a seguir.

Vale lembrar que todo magistrado tem liberdade de analisar a orientação contida na decisão do controle abstrato de normas para saber se esta se aplica – ou não – à base fática do caso concreto. As hipóteses acima tratadas dizem respeito a processos individuais que envolvem a mesma questão constitucional tratada no âmbito de controle abstrato, ou seja, o julgador das instâncias inferiores não poderia, nesses casos, decidir de maneira diversa da previsão contida na decisão do STF, proferida na via principal.⁶

Por fim, se porventura transitar em julgado a decisão do caso concreto proferida em desconpasso com *anterior* pronunciamento do STF (decorrente do controle abstrato), cabe ação rescisória, a ser proposta sob o fundamento de “literal violação de lei” (art. 485, V do CPC), pois o magistrado que, apesar do pronunciamento vinculante do Supremo, julga em sentido oposto, profere decisão que ofende a própria norma examinada pelo STF na via principal e o art. 102, §2º da CF (que impõe o efeito vinculante para as decisões editadas por aquela Corte nas ações de controle abstrato de normas).⁷

7.2. Impacto da decisão definitiva de mérito de controle abstrato em relação aos processos individuais *com* sentença transitada em julgado

A hipótese, aqui, diz respeito à decisão de processo individual que seja *contrária* a julgado do STF proferido no âmbito do controle abstrato. Mais precisamente, a situação se desdobra em duas faces: (a) trânsito em julgado de sentença baseada em norma que, *posteriormente*, foi declarada *inconstitucional* no âmbito do controle abstrato de normas; (b) trânsito em julgado de sentença que deixa de aplicar norma (por considerar inconstitucional) e que foi *posteriormente* declarada *constitucional*, pelo STF, na via principal do controle de normas.

⁶A única exceção a esta situação, reconhecida pelo STF e pelo STJ, seria a possibilidade de, no processo de índole subjetiva, o juiz tomar por *inconstitucional* uma norma que foi anteriormente declarada *constitucional* pelo STF no controle abstrato, caso as particularidades do caso concreto assim exijam (para evitar uma decisão injusta) e desde que a sentença do caso concreto contemple questão de fundo em harmonia com a jurisprudência do STF. A hipótese viola o efeito vinculante da decisão editada no controle abstrato. Existem apontamentos doutrinários oferecendo outros critérios para o magistrado aferir se pode – ou não – excepcionar, em seus julgamentos, a aplicação do que foi decidido anteriormente pelo STF no âmbito do controle abstrato. A questão, contudo, merece regulamentação. A propósito dessa temática, vide nossos comentários no item 6.3.3.2 do capítulo anterior.

⁷Seguem essa linha: Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 619; Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 118. Sobre o cabimento e maiores detalhamentos da ação rescisória com arrimo em decisão do STF (acerca da constitucionalidade das normas), vide nossas considerações no item 7.2.1 a seguir.

A temática engloba discussões que acabam por tocar nos aspectos referentes aos denominados limites temporais ou cronológicos da coisa julgada,⁸ à eficácia subjetiva e temporal das decisões do controle abstrato e, ainda, à denominada “coisa julgada inconstitucional”.⁹⁻¹⁰ A propósito, vale anotar que as circunstâncias acima apontadas

⁸Os limites temporais ou cronológicos da coisa julgada são aqueles que determinam *desde quando e até quando incide a imutabilidade da sentença*. O estudo desses limites conduz ao exame de acontecimentos supervenientes à sentença transitada em julgado, para concluir se eles têm – ou não – o condão de infirmar a autoridade da coisa julgada. A propósito do tema, vale consultar os apontamentos de Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, op. cit., p. 292 e ss; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, op. cit., p. 159-160; dentre os autores que mais contemporaneamente trataram do tema, vide Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, op. cit., passim; Ada Pellegrini Grinover. *Coisa julgada tributária. Objeto do processo e limites objetivos da coisa julgada. Relação tributária una e relação continuativa. Alcance da Súmula 239 do STF. Não incidência da posterior declaração de constitucionalidade*. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 317 e ss; José Maria Tesheiner, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, op. cit., item 3.5 e p. 199; Sérgio Gilberto Porto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. v. 6, p. 182 e ss; Eduardo Talamini. *A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada)*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, p. 56 e ss., nov. 2006.

No caso do presente trabalho, interessa-nos averiguar, dentre os eventos que poderiam interferir no trânsito em julgado das decisões, se a superveniência de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei (em ação de controle abstrato) afetaria a coisa julgada que se operou em anterior sentença do controle difuso-incidental, com julgamento oposto. A resposta é negativa, pelo que se viu no capítulo VI (item 6.4.2) e pelo que será apontado a seguir. Somente por meio dos instrumentos hábeis e previstos em lei, é possível eliminar a coisa julgada.

⁹Trata-se de tema que vem ganhando espaço na esfera doutrinária, sendo um dos tópicos mais salientes da denominada “relativização” da coisa julgada material, segundo Barbosa Moreira. A propósito, o autor aponta serem inexas ambas as locuções: (a) “relativização da coisa julgada” – não faz sentido relativizar o que já é relativo; tanto não é absoluto o valor coisa julgada, que temos a ação rescisória e a revisão criminal para eliminá-la; (b) “coisa julgada inconstitucional” – é a sentença, e não a sua imutabilidade (coisa julgada), que pode ser incompatível com a Constituição; ademais, ainda se a sentença for contrária a alguma norma constitucional, já o será mesmo antes do trânsito em julgado (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In: _____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235-237). De outro lado, explica-se que o uso da locução “coisa julgada inconstitucional” se deve ao frequente costume, na linguagem brasileira, de “tomar o continente pelo conteúdo”, de modo que *o que se quer afirmar é que uma sentença transitada em julgado praticou ofensa à Constituição* (Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 48, set. 2005). Trabalho estrangeiro bem difundido e considerado um dos pioneiros na ideia do primado da Constituição sobre a coisa julgada é o do jurista português Paulo Otero, que usualmente se vale da expressão “caso julgado inconstitucional” (*Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Ed. Lex, 1993, passim).

¹⁰Inúmeros trabalhos brasileiros vêm tratando do tema. Da “coisa julgada inconstitucional” falaram, por exemplo: Cândido Rangel Dinamarco, no conhecido trabalho *Relativizar a coisa julgada*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 25 e ss, 2001; Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 8, p. 41 e ss., 2001; os dois últimos autores, aliás, baseiam-se na lição do português Paulo Otero, o qual extrai da superioridade da norma constitucional o “princípio da constitucionalidade” e pondera que é inválido qualquer ato do poder público que lhe seja desconforme (*Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, op. cit., p. 9 e ss); José Augusto Delgado. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 9, jul./set. 2001; dentre outros.

Ainda se manifestam sobre o tema, mas *contra* a doutrina que apoia a “relativização” da coisa julgada nas hipóteses de sentença inconstitucional: Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., passim; Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, op. cit., notas 22 a 35 do art. 467; José Carlos Barbosa Moreira, *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, op. cit., p. 238 e ss; Ovídio Baptista da Silva. *Coisa julgada relativa?* *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 13, p. 102-112, 2004, dentre outros.

também se projetam com bastante frequência em processos que envolvem relação jurídica de natureza tributária.¹¹

Como salientado, do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* das decisões do controle abstrato resulta a necessidade das situações jurídicas individuais se adaptarem ao comando da decisão do STF. De outro lado, o julgamento sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um texto legal, no controle direto, ainda que revestido de eficácia retroativa, *não tem aptidão para desconstituir automaticamente a coisa julgada formada nas sentenças pretéritas* que aplicaram ou deixaram de se pautar em determinada lei, em descompasso com o pronunciamento do STF. Para a revisão ou modificação da decisão transitada em julgado, o jurisdicionado deve se valer dos mecanismos hábeis, previstos em lei.¹²

A esse respeito, cogitam-se – em sede doutrinária – de diversos instrumentos, destacando-se a ação rescisória, a resistência à execução (por meio de impugnação, embargos ou mediante alegações incidentais ao processo executivo) a “ação declaratória de inexistência”, dentre outros. Sem a pretensão de exaurir todos os caminhos de revisão da decisão judicial, os que ganham maior destaque em doutrina e jurisprudência serão abordados, a seguir, apenas com o intuito de se concluir pelo seu cabimento (ou não), na hipótese ora estudada.

Segundo tais autores, a desconsideração da coisa julgada é possível apenas mediante o emprego de instrumentos previstos pela CF e pela lei – o que nos parece rigorosamente correto.

Recentes estudos doutrinários revelam, ainda, que a “coisa julgada inconstitucional” se manifesta sob diferentes formas e algumas delas vão além das situações que resultam do controle de constitucionalidade das normas. Eduardo Talamini, por exemplo, identifica cinco espécies: (a) sentença que aplica norma tida por inconstitucional pelo STF; (b) sentença amparada em indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; (c) sentença amparada em interpretação de norma incompatível com a CF; (d) sentença que viola diretamente norma constitucional; (e) sentença que reconhece uma situação tida por incompatível com a CF (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., itens 7.1 e 14.1); Teori Zavascki, de forma semelhante, também efetua categorização de “sentenças inconstitucionais” (Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, p. 82, jul. 2005). Para os fins de nosso estudo, interessam-nos apenas investigar aquelas situações que resultam do controle judicial de constitucionalidade, apontadas ao longo do texto.

¹¹Essas questões ganham relevo na seara tributária, pois aí se encontra grande quantidade de demandas envolvendo decisões transitadas em julgado, fundadas em norma tida posteriormente por inconstitucional pelo STF; ademais, figurando a Fazenda Pública como parte nessas demandas, as decisões repercutem sobre considerável volume de casos concretos. A propósito, a questão de se infirmar a coisa julgada tributária, nessas situações, também não escapou ao exame de autorizada doutrina, tais como: Arruda Alvim, Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 7 e ss., out./dez. 1998; Ada Pellegrini Grinover, *Coisa julgada tributária. Objeto do processo e limites objetivos da coisa julgada. Relação tributária una e relação continuativa. Alcance da Súmula 239 do STF. Não incidência da posterior declaração de constitucionalidade*, op. cit., p. 317 e ss; José Maria Tesheiner, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, op. cit., p. 168 e ss; Myriam Passos Santiago. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa Julgada em matéria tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 109 e ss., abr./jun. 1999; André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 145-180; vale conferir, ainda sobre o assunto, a obra coletiva MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006, passim.

¹²Acerca da intangibilidade da coisa julgada pela retroatividade da declaração de inconstitucionalidade da norma, remetemos o leitor ao item 6.4.2 do capítulo VI deste trabalho.

7.2.1. Superveniente decisão do controle abstrato e o cabimento de ação rescisória

A começar pela *ação rescisória*, é assente na doutrina¹³ que o fundamento possível para desconstituir os julgados contrários ao juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferido pelo STF é a *violação literal de dispositivo de lei* (CPC, art. 485, V) – que, no caso das situações acima tratadas,¹⁴ seria: (i) o *dispositivo da Constituição* afrontado pela lei aplicada na sentença rescindenda;¹⁵ ou (ii) o *dispositivo infraconstitucional* que deveria ter sido aplicado pela sentença rescindenda (e que não foi por ter sido considerado inconstitucional).

Destaca-se, ainda, a alternativa para se obter a rescindibilidade da sentença por *falta de fundamento*, isto é, por ofensa a normas que estabelecem o dever de motivação, já que a decisão judicial deve se pautar em lei – e esta foi exterminada do mundo jurídico, quando declarada inconstitucional pelo STF no controle abstrato; ou seja, a sentença não teria fundamentação, eis que se amparou em “lei que não existe”.¹⁶ Entretanto, perfilhamos o entendimento de que *tal hipótese não contempla uma ausência de motivação* da decisão a ser desconstituída; o que ocorre é que tal pronunciamento se ampara em norma que fere o texto constitucional, mas *a fundamentação existe*.¹⁷

Sob a ótica dos efeitos das decisões editadas no âmbito do controle abstrato, entendemos que a superveniência do julgado do STF *propicia* o *cabimento* da ação rescisória e até mesmo a *procedência* do pedido de rescisão da sentença contrária ao pronunciamento de nossa Corte Suprema, eis que a eficácia *erga omnes* e vinculante conduzem o julgador das instâncias inferiores a dar ao caso concreto solução compatível com o que o STF decidiu nas vias principais do controle de normas.¹⁸

¹³A propósito do cabimento da ação rescisória na hipótese ora tratada, vale conferir, dentre outros, os estudos detalhados de: Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 618; e de Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 126-127.

¹⁴Possibilidades “(a) e “(b)” do item 7.2 acima.

¹⁵Tal orientação vai ao encontro da consagrada lição processual de que o vocábulo “lei”, empregado no art. 485, V do CPC, tem sentido amplo, abrangendo, inclusive, a norma constitucional; a respeito, confirmam-se apontamentos de Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., item nº 78.

¹⁶Nesse sentido, vale conferir os apontamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit. p. 43. Referidos autores apontam tal alternativa como secundária; a principal seria a propositura de ação declaratória de inexistência de sentença, que abordaremos a seguir.

¹⁷Esse, aliás, é o escólio de Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 618.

¹⁸Cf. Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 135.

E ainda que o pronunciamento do STF seja *posterior* ao trânsito em julgado da sentença rescindenda (ou seja, ainda que se alegue a não-obrigação do órgão judicial do controle difuso observar “decisão ainda não proferida”), as decisões do controle abstrato têm – como regra geral – a produção de efeito *ex tunc*, isto é, elas alcançam todas as situações jurídicas anteriores e, com isso, *embora não realizem o desfazimento automático de atos pretéritos, oferecem condições para que o jurisdicionado interessado busque a desconstituição desses atos na via apropriada.*

Desse modo, para fins de cabimento da ação rescisória, é indiferente que a decisão do controle abstrato tenha surgido depois do trânsito em julgado da sentença editada em sede do controle concreto.

Aliás, o ajuizamento da medida, nessas hipóteses, sequer depende ou exige um prévio pronunciamento do STF no exercício do controle de normas, até mesmo porque é possível a averiguação incidental da inconstitucionalidade na própria ação rescisória.¹⁹ Com efeito, o advento de decisão proveniente da via principal não é o que constitui – propriamente – o fundamento da rescisória; tal circunstância apenas confere maior ênfase ao emprego da medida processual em comento e representa grande influência para o acolhimento do pedido; a causa de pedir da ação rescisória continuará sendo a própria violação da norma constitucional desrespeitada pela lei em que se amparou a sentença rescindenda.

Mas esse entendimento encontra opositores. Em realidade, a questão não é nova e apresenta divergência doutrinária e jurisprudencial, notadamente com relação à incidência da súmula 343 do STF e um possível abalo ao princípio da segurança jurídica.²⁰ É o que será tratado a seguir.

7.2.1.1. Cabimento de ação rescisória e a interpretação divergente dos tribunais

A jurisprudência dos tribunais superiores extrai do art. 485, V do CPC que o adjetivo “literal” (da expressão “literal disposição de lei”) limita a abrangência desse

¹⁹Leonardo Greco afirma: “Nem é necessário que o Supremo Tribunal, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, tenha se pronunciado sobre a matéria em sentido oposto ao da referida decisão, pois, nos limites da ação rescisória, aliás, a meu ver, exageradamente amplos, qualquer violação da lei pode ensejar a anulação da sentença transitada em julgado” (*Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, op. cit., p. 299); no mesmo sentido, vide. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 618-619.

²⁰“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”.

preceito legal, significando que não é qualquer ofensa que rende ensejo à propositura da ação rescisória. Nessa linha, o STF fixou, por meio da Súmula 343, um parâmetro negativo para o cabimento da ação ora tratada, isto é, um critério para identificar o que *não* pode ser considerado “literal” violação de lei: a existência de controvérsia jurisprudencial interpretativa de um mesmo preceito normativo.²¹

Todavia, o próprio STF passou a atenuar esta orientação, firmando entendimento de que tal enunciado sumular *não* se aplica quando a questão submetida a julgamento for de natureza *constitucional*.²²

Em sede doutrinária, as opiniões se dividem e podem ser assim sumarizadas: (a) aplicabilidade da Súmula 343 em qualquer hipótese, mesmo em matéria constitucional;²³ (b) *incidência* da referida Súmula em matéria constitucional, com exceção de algumas situações;²⁴ (c) *não-incidência* da aludida Súmula em qualquer hipótese que envolva matéria constitucional,²⁵ sendo este o entendimento que nos parece correto.

²¹Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 129. A propósito, posteriormente à Súmula 343, o STF editou diretriz semelhante, mas voltada para o Recurso Extraordinário; trata-se da Súmula 400, *in verbis*: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III da Constituição Federal” (hipótese que, atualmente, é de recurso especial).

²²Tal entendimento encontra origens no RE nº 89.108-GO, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 19.12.1980, sendo reafirmado em julgados posteriores e mantido até os dias atuais: STF, RE-ED 328812, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008; AI-AgR-ED 382298-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.03.2007; AI-AgR 555806-MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17.04.2008; também é assim na jurisprudência atual do STJ: “O enunciado da Súmula 343 não é aplicável quando a questão verse sobre ‘texto’ constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia interpretativa nos Tribunais, em face da ‘supremacia’ da Constituição, cuja interpretação ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o ‘vício’ da inconstitucionalidade das leis (Precedente: ERESP 608122/RJ)” (REsp 896.728-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.10.2008; nesse sentido, ainda: REsp-EmbDiv 608122, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 09.05.2007; AR 1001-RN, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 03.03.2009).

²³Aí se enquadram: Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, especialmente p. 94-108 e 173; Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*, op. cit., p. 357-375; Bruno Nuora de Moraes Rêgo, *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 351.

²⁴Ada Pellegrini Grinover, *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, op. cit., p. 56; Ricardo Chiavegatti, *Coisa julgada: análise das sentenças contrárias à Constituição, no âmbito do sistema jurídico brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 118-123; aparentemente de acordo com essas ideias, vide: Humberto Theodoro Júnior. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 158-171, jul./set. 1995; Flávio Yarshell, *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescindendo*, op. cit., p. 252.

²⁵Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 134; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 617, 619-620; André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 109; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, para os quais a Súmula 343 é inconstitucional (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 61 e ss). Mesmo no regime constitucional anterior, vale apontar que Alfredo Buzaid já ponderava pelo cabimento de rescisória contra sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 137).

Em síntese, o posicionamento consignado no tópico “(a)” se pauta: (i) na impropriedade de se conferir tratamento diferenciado apenas à matéria constitucional, atribuindo importância secundária à norma de natureza infraconstitucional submetida a julgamento na ação rescisória; (ii) na fragilidade que se confere ao sistema difuso, ao permitir que, num eventual choque de decisões, prevaleça o pronunciamento do controle abstrato.

Entretanto, tais circunstâncias retroapontadas não nos parecem irregulares, mas sim, representam uma decorrência lógica da *supremacia da norma constitucional* sobre todo o sistema, cuja interpretação não pode ficar submetida a entendimentos díspares sobre o vício da inconstitucionalidade. Ademais, a *função institucional do STF* de guardião da CF, que lhe confere máxima autoridade em seus pronunciamentos sobre a norma constitucional, justifica que suas decisões prevaleçam num eventual conflito com pronunciamentos do controle difuso.²⁶

Com relação à restrição da incidência da Súmula 343 a algumas situações que envolvem matéria constitucional (tópico “b” acima), há dois pontos de vista a serem enfrentados.

O primeiro diz respeito à distinção que alguns doutrinadores fazem entre a sentença que aplica lei posteriormente considerada *inconstitucional* pelo STF e a sentença que recusa aplicação da lei declarada *constitucional*, mais tarde, pela nossa Corte Suprema. Conforme tal modo de pensar, esta última situação representaria um problema de inconstitucionalidade reflexa (a qual, aos olhos da jurisprudência do próprio STF, não seria qualificada como questão constitucional)²⁷ ou não permitiria a rescisão da sentença porque a posterior declaração de *constitucionalidade* do STF nada nulifica, nem modifica.²⁸

Nada obstante a lógica desses argumentos, afigura-nos possível *tratar com igual critério* a sentença que deixa de aplicar norma constitucional e aquela que aplica norma inconstitucional, *para fins de não-incidência da Súmula 343*. Os motivos são os mesmos já expostos: a supremacia da Constituição não pode ficar sujeita a distinções de tratamento, devendo, ainda, ser respeitada a autoridade da decisão do STF tomada – na hipótese – em sentido oposto. Como salienta Teori Zavascki, a associação desses valores

²⁶Aparentemente de acordo, vide Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 133 e 134; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 617-620.

²⁷Defendem esse ponto de vista: Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, op. cit., p. 49; Daniel Carneiro Machado, *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 118.

²⁸Cf. Ricardo Chiavegatti, *Coisa julgada: análise das sentenças contrárias à Constituição, no âmbito do sistema jurídico brasileiro*, op. cit., p. 119.

constitucionais é o referencial básico para eliminar eventuais incongruências atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional.²⁹⁻³⁰

O segundo ponto de vista a que nos referimos acima leva em conta os efeitos produzidos pelo superveniente pronunciamento de nossa Corte Suprema. Vale dizer, afastar-se-ia a incidência da Súmula 343 apenas quando houvesse declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*,³¹ já que a abrangência dessa carga eficaz da decisão do STF inviabilizaria os debates dos tribunais sobre questões de índole constitucional e em sentido oposto ao que proclamou o Pretório Excelso.

Entretanto, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a *ratio* da inaplicabilidade do enunciado de nº 343 em matéria constitucional não reside, propriamente, na eficácia do pronunciamento editado no controle abstrato, mas sim, na função institucional daquela Corte (que dá a última palavra em matéria de interpretação constitucional), na força normativa e na efetividade da Constituição (que ficariam fragilizadas com a manutenção de conflitantes decisões de instâncias inferiores, a desconsiderar o que o STF decidiu sobre o mesmo tema).³²

Não se quer dizer com isso, que os efeitos das decisões do STF não têm influência em matéria de ação rescisória, pois embora não interfiram quanto ao cabimento da medida, vimos que eles podem conduzir o jurisdicionado à *procedência* do pedido de desconstituição da sentença transitada em julgado em sentido oposto ao pronunciamento do STF. E há mais: se porventura nossa Suprema Corte *modular os efeitos* dessa sua decisão na via principal (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99), proclamando – por exemplo – a eficácia *ex nunc* da pronúncia de inconstitucionalidade, certamente não teria êxito uma rescisória que se voltasse contra decisão abrangente de situações ocorridas no período excluído do alcance da inconstitucionalidade em questão; é que somente os efeitos retroativos (*ex tunc*) propiciam o desfazimento de atos pretéritos, pelas vias cabíveis.³³

²⁹Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, op. cit., p. 133-134.

³⁰Também admitindo a rescisória contra sentença que não aplica norma considerada constitucional pelo STF, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina acrescentam que a não-aplicação de um dispositivo legal é uma das modalidades de ofensa à lei (negativa de vigência), pelo que é possível justificar o cabimento da ação rescisória, com fulcro no art. 485, V do CPC, na hipótese (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 54).

³¹A propósito, vide Ricardo Chiavegatti. *Coisa julgada: análise das sentenças contrárias à Constituição, no âmbito do sistema jurídico brasileiro*, op. cit., p. 119; Ada Pellegrini Grinover, Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, op. cit., p. 56 e ss.

³²RE 328.812-AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.05.2008. Em âmbito doutrinário, também assim se pronuncia Eduardo Talamini: “o motivo da não aplicação da Súmula 343 não foi a eficácia geral e retroativa das declarações diretas de inconstitucionalidade, mas a circunstância de estar envolvida a interpretação ou a aplicação de norma constitucional” (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 616- 617).

³³Remetemos o leitor aos itens 6.4.2 e 6.5.2 do capítulo VI.

Em suma: cabe a ação rescisória nas hipóteses tratadas, ainda que a decisão do STF não projete eficácia geral e alcance retroativo. A súmula 343 não representa óbice para tal expediente. E nem se diga que admitir a revisão do decisório transitado em julgado, como acima nos posicionamos, atentaria contra o princípio da segurança jurídica. Estamos a tratar do abrandamento legal (autorizado) da coisa julgada, realizado dentro do devido processo legal.

7.2.1.2. O prazo para o ajuizamento da ação rescisória

Pelo que acima foi exposto, a ação rescisória pode ser proposta tanto em face da sentença que aplica norma considerada inconstitucional pelo STF, quanto a que recusa aplicar norma constitucional (porque a considerou incompatível com a CF). De todo o modo, devem ser observados todos os pressupostos e limites da ação, como seu prazo decadencial, por exemplo.

A esse respeito, aliás, parcela da doutrina sustenta que o biênio previsto no art. 495 do CPC deve ser contado a partir do pronunciamento do STF (tomado em sentido contrário à decisão rescindenda), pois não fosse assim, o autor da rescisória ficaria à mercê da sorte de obter a declaração de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) dentro do prazo de dois anos.³⁴ Nesse particular, outros apontamentos também são feitos no sentido de se alongar o prazo decadencial em questão³⁵ ou de se desconsiderá-lo.³⁶

³⁴Confiram-se, a propósito, os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 207).

³⁵José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, sugere – de *lege ferenda* – a interposição de ação rescisória, na hipótese, a qualquer tempo (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, op. cit., p. 265). André Luiz Santa Cruz Ramos, nessa linha, propõe (i) seja acrescentado um inciso ao art. 485, permitindo a rescisão de sentença portadora de inconstitucionalidade, estabelecendo-se um prazo mais longo para a propositura da ação; ou (ii) seja estabelecido um novo *dies a quo* para a contagem do prazo da rescisória, nos casos de superveniente decisão do STF sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma tributária (*Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 174-179). Também com apontamentos de *lege ferenda*, vale conferir Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 604, 643, 650 e 665), que cogita sobre a possibilidade de se alterar o termo inicial da ação rescisória, fundada em elementos externos ao processo (como o advento de um fato novo); o autor chega a refletir sobre a possibilidade de se adotar a data de publicação do pronunciamento do STF como termo *a quo* da ação rescisória, mas conclui que tal situação seria de duvidosa utilidade e que pode gerar inconvenientes como a banalização da coisa julgada ou a banalização do emprego da ação rescisória, acrescentando que “a quebra da coisa julgada inconstitucional deve permanecer reservada a situações excepcionais” – o que nos parece correto.

³⁶Vide Francisco Barros Dias, que sugere seja desconsiderado o biênio do art. 495 para as hipóteses de sentença que ofende a CF (Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 758, p. 41, dez.1998); nessa toada, Daniel Carneiro Machado afirma que as restrições infraconstitucionais à ação rescisória (como o prazo decadencial retroapontado) não devem ser

Tais posicionamentos, todavia, não encontram amparo na letra do art. 495 do CPC (que se pauta no trânsito em julgado da sentença para o início da contagem do biênio) e, por isso, podem ser tomados apenas de *lege ferenda*. Ademais, o decurso de um longo período de tempo desde o trânsito em julgado da decisão rescindenda é um fator de estabilização e consolidação das situações, podendo pesar em prol da manutenção do decisório do controle concreto.³⁷

7.2.2. Superveniente decisão do controle abstrato e outros mecanismos voltados para desconsiderar a sentença que contraria entendimento do STF

Especificamente para o caso de sentença fundada em lei que – mais tarde – é considerada inconstitucional pelo STF, há quem entenda ser desnecessária a ação rescisória porque a decisão rescindenda seria juridicamente inexistente (por se basear em lei que nunca existiu no mundo jurídico)³⁸ ou porque tal pronunciamento conteria uma espécie de “nulidade absoluta”, verificável a qualquer tempo.³⁹ Por conseguinte, a parte interessada, para dar maior segurança à sua situação, deveria ingressar com *ação declaratória* e sem a necessidade de obedecer ao prazo do art. 495 do CPC.^{40, 41}

consideradas, hoje, se conflitarem com o princípio da supremacia da Constituição (*A coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 128).

³⁷Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 643.

³⁸Nesse sentido, vide: Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina; os autores, contudo, ressaltam o cabimento de ação rescisória contra a sentença que deixar de aplicar lei considerada constitucional (*O dogma da coisa julgada*, p. 43 e 54); no mesmo sentido: Francisco Barros Dias, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 35.

³⁹Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, op. cit., p. 51.

⁴⁰Além dos autores mencionados nas duas notas imediatamente antecedentes, Daniel Carneiro Machado também não descarta o uso da ação declaratória (*Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 131); em linha semelhante, Cândido Dinamarco denomina de *ação declaratória de nulidade absoluta e insanável de sentença, ação declaratória de ineficácia e ação declaratória de negativa de certeza jurídica* outros possíveis instrumentos para a desconsideração da coisa julgada (*Relativizar a coisa julgada*, op. cit., p. 46 e s).

⁴¹Na visão de Teresa Arruda Alvim Wambier e de José Medina, o fundamento dessa ação declaratória seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Ou seja, mesmo que a sentença prolatada tenha sido de mérito, a falta dessa condição da ação possibilitaria a impugnação da decisão, sem se prender ao prazo do art. 495 do CPC (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 43 e 227). Já para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, por exemplo, a sentença que se pauta em norma inconstitucional carrega vício de alta gravidade (“nulidade absoluta”), permitindo que a decisão seja revista a qualquer tempo (*A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, op. cit., passim).

Essa ação declaratória também aparece na jurisprudência sob a denominação de *querela nulitatis* ou *actio nulitatis*.⁴²

Entretanto, não nos parece adequado dispensar a ação rescisória na hipótese. Ainda que a sanção de nulidade reconhecida pela decisão do STF opere efeitos retroativos desde o nascimento da norma, vimos que tal não dissolve automaticamente os atos jurídicos que nela se pautaram. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não torna “inexistente” a norma (apenas a reconhece como inválida) e, por conseguinte, também não pode ser taxado de “inexistente” o pronunciamento judicial que nela se ampara.⁴³ Assim, mesmo que fundada em preceito inconstitucional, a sentença existe juridicamente e continua acobertada pela coisa julgada material (que não é infirmada pela decisão do STF), permitindo ser atacada por ação rescisória – observados seus pressupostos e limites.

Ad argumentandum, a inconstitucionalidade de uma norma, quando muito, poderia conduzir à inexistência cogitada se repercutisse diretamente sobre os pressupostos de existência do processo ou da sentença.⁴⁴ Nesse contexto, o vício que eventualmente dispensa a rescisória deve ser inerente ao próprio processo e não às regras de direito material aplicáveis à controvérsia posta a julgamento.⁴⁵

E ainda que se enxergue a sentença fundada em norma inconstitucional como portadora de uma “nulidade absoluta”, não vemos aí um defeito que pode ser atacado a qualquer tempo e independentemente de ação rescisória. É conhecida a lição processual no sentido de que a coisa julgada material atua como uma espécie de “sanatória geral das nulidades”; ou seja, alguns vícios reputados graves não sobrevivem a ela, ainda que se trate

⁴²Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, trata-se de resquício de direito canônico antigo, que remonta à *exceptio nullitatis* das *Decretais* e à *actio nullitatis* do direito processual medieval. Esses autores alertam para o fato de que esse tipo de demanda vem sendo utilizado, principalmente, para os casos de falta ou nulidade de citação e que os Tribunais vêm tratando indiferentemente os conceitos de nulidade e de inexistência jurídica, quando, na verdade, são fenômenos distintos (*O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 233).

⁴³Mesmo nas hipóteses de inconstitucionalidade omissiva, cuja caracterização se dá no plano da *existência* (como apontamos nos capítulos II e VI), a sentença anterior que nela se baseia não se torna juridicamente “inexistente”, em nosso sentir. Primeiro, porque, tal pronúncia do STF tem efeitos – via de regra - *ex nunc* (isto é, não se projeta sobre atos pretéritos) e, sobretudo, como qualquer outra decisão do controle abstrato, não atinge as decisões transitadas em julgado no controle concreto; somente por meio dos instrumentos cabíveis, é possível a revisão da sentença editada na via incidental.

⁴⁴Cf. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 416. Parece ser esse também o pensamento de Leonardo Greco ao admitir a “querela de nulidade”, nessas situações que envolvem matéria constitucional, apenas “se o processo tiver corrido à revelia em consequência da falta ou nulidade de citação” (*Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, op. cit., p. 305).

⁴⁵Cf. Flávio Yarshell, Breve ‘revisita’ ao tema da ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 243, jul./set. 1995.

de nulidade absoluta.⁴⁶ Portanto, não há que se recusar o uso da ação rescisória, na hipótese, acaso presentes os requisitos da medida.⁴⁷

Sem prejuízo dessas considerações, a doutrina cogita de outros meios para se desconsiderar o comando judicial que contraria o entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de alguma lei.

A ADPF, por exemplo, seria um desses caminhos, mas teria cabimento em caráter excepcional. Em primeiro lugar, por ser instrumento subsidiário (art. 4º, §1º da Lei 9.882/99), poderá ser empregado apenas se não houver mais nenhum outro meio de impugnar a sentença transitada em julgado em sentido oposto ao do STF. Além disso, a medida deve ser proposta apenas por seus legitimados e o caso deve se voltar à tutela da ordem coletiva (eis que se trata de processo objetivo). Vale dizer: apesar de poder atingir a coisa julgada, a medida não é típica para a impugnação de casos concretos.⁴⁸ Mais ainda: a ADPF, mesmo voltada contra ato judicial, restringe-se a hipóteses em que a decisão contemple violação a “preceito fundamental” da nossa CF, conforme já assinalamos anteriormente.⁴⁹

É possível apontarmos, também, a ação revisional proposta com fulcro no art. 471, I do CPC. O litigante que se deparar com a superveniência de declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de norma após a coisa julgada que se formou na demanda originária pode requerer, em se tratando de relação jurídica continuativa,⁵⁰ a revisão da sentença.

É que, embora a decisão do controle abstrato não retroaja sobre a coisa julgada, ela interfere nas relações jurídicas em trânsito no tempo, dando-lhes a regulação constitucional própria ao momento em que se desenvolvem e trazendo a alteração do

⁴⁶Vide JJ Calmon de Passos. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99. Ademais, na lição de Cândido Dinamarco, a sanabilidade consiste justamente na superação da nulidade e tal situação não depende da gravidade do vício ou de sua projeção na ordem pública (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 2, p. 602).

⁴⁷Adotando raciocínio semelhante, Osmar Côrtes afirma: “incabível a *querela nullitatis* (por não se tratar de hipótese de inexistência) e por existir instrumento e tempo próprio para atacar a coisa julgada eivada de vício no plano da nulidade (a ação rescisória)” (*Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 100).

⁴⁸Em sentido semelhante se pronunciam Luiz Guilherme Marinoni, *Estudos de direito processual civil*, op. cit., p. 510; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 510 e Osmar Côrtes, *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*, op. cit., p. 104. Mesmo na hipótese de ADPF “incidental”, o exame da constitucionalidade se dá abstratamente pela nossa Corte Suprema (vide item 6.1.1 de nosso trabalho).

⁴⁹Remetemos o leitor ao item 6.6.1.

⁵⁰Sobre o conceito de relação jurídica continuativa, vide item 6.6.1.2.

‘estado de direito’ a que se refere o art. 471, I do CPC.⁵¹ Tal como foi abordado anteriormente,⁵² este tipo de demanda *não chega a infringir a coisa julgada* que se operou anteriormente, até mesmo porque contemplaria causa de pedir diversa daquela originária (a lide não apresentará os mesmos dados e configuração que apresentava quando do julgamento primitivo).

Por fim, também como possíveis instrumentos aptos a atingir a sentença pautada em norma ou interpretação considerada inconstitucional, temos a impugnação e os embargos oferecidos pela Fazenda Pública (nas hipóteses dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC), que por opção metodológica e complexidade envolvida, serão analisados em item próprio, na sequência.

7.2.3. Superveniência de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e impugnação do título executivo judicial

Por determinação da Lei 11.232/2005, foi incorporado ao CPC o art. 475-L, §1º, *in verbis*: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.⁵³ O enunciado encontra reprodução integral no art. 741, parágrafo único do CPC, o qual se refere aos embargos que podem ser oferecidos em execução promovida contra a Fazenda Pública.⁵⁴

⁵¹Pelo cabimento da ação revisional do art. 471, I do CPC, nessas hipóteses, vide Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 154-159; Leonardo Greco, *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, op. cit., p. 305; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 93 e 436 (o autor adverte, contudo, ser preciso diferenciar os casos em que a norma incidiu apenas no momento da constituição da relação continuativa dos casos em que a norma permanece incidindo no curso dessa relação); aparentemente também de acordo com o cabimento da revisional: Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 90-92. Em sentido contrário: Gustavo Sampaio Valverde, *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 235. José Tesheiner, de *lege ferenda*, sugere incluir parágrafo no art. 471, I do CPC, para que se considere como ‘modificação de estado de direito’ a superveniência de jurisprudência dos tribunais superiores em sentido oposto ao julgado (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, op. cit., p. 190 e ss); sobre críticas a tal sugestão, vide André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 168-170.

⁵²Vide item 6.6.1.2 deste trabalho.

⁵³Art. 475-L (*caput*): “A impugnação somente poderá versar sobre: (...) II - inexigibilidade do título”

⁵⁴Inicialmente, o art. 741, parágrafo único foi inserido no CPC pela Medida Provisória n. 1197-37/2000 (que vigorava pela MP 2180-35, de agosto de 2001). O texto original não continha a informação expressa de que

Pelas regras contidas nos preceitos legais acima indicados, é possível ofertar resistência ao cumprimento da sentença, quando o respectivo título executivo judicial for baseado em norma declarada inconstitucional pelo STF ou em interpretação que a referida Corte considerar inconstitucional. Extrai-se, ainda, dessas normas, que no caso de a sentença estar acobertada pela coisa julgada material, será possível desconstituir tal decisório pela via da impugnação ou dos embargos; trata-se, pois, de um *novo mecanismo de eliminação da coisa julgada*, mas que não se submete ao regime da ação rescisória.⁵⁵⁻⁵⁶

Como bem observa Teori Zavascki, “alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, *também contrárias a precedente da Suprema Corte*, ficam sujeitas à rescisão por via de embargos, dispensada a ação rescisória própria”. Trata-se, além disso, de mais uma das hipóteses de valorização dos precedentes (notadamente daqueles provenientes de nosso tribunal de cúpula), consagrada no ordenamento processual hoje vigente.⁵⁷

Todavia, censuras de ordem processual – bem plausíveis, ao nosso ver – se dirigem à técnica empregada pelo legislador para enquadrar essa nova hipótese de resistência à execução em algumas das hipóteses de embargos já existentes.

a incompatibilidade constitucional ali cogitada deveria ter sido reconhecida pelo STF; agora, com o acréscimo trazido pela Lei 11.232/2005, não há mais dúvidas.

⁵⁵Nesse sentido se manifestam, dentre outros: Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 81; Paulo Lucon, Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único, op. cit., p. 161 a 163; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 461; Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 481.

Em sentido diverso: (i) considerando o art. 741, parágrafo único como hipótese de se obter a declaração de *inexistência* da sentença, vide Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 73; (ii) considerando os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC como meio de se obter a ineficácia do título executivo (meio de tornar inadmissível a sua execução) e não a sua desconstituição, vide Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, op. cit., p. 330; Hermes Zanetti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Coord. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 261.

⁵⁶O art. 741, parágrafo único tem inspiração no ordenamento germânico (§79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão), que obsta a execução de sentença fundada em norma declarada inconstitucional, aplicando-se a medida processual prevista no §767 do diploma processual alemão (ZPO), isto é, o meio adequado para veicular objeções à pretensão executiva. A confirmar a influência desse preceito de direito estrangeiro, Gilmar Mendes, de *lege ferenda*, já havia sustentado a introdução de norma análoga no ordenamento brasileiro (*Jurisdição constitucional*, op. cit., título IV, capítulo III). A propósito, ainda sobre o §79 da lei alemã, Remo Caponi analisa tal regra e afirma que ela se traduz em *exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada (L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, op. cit., p. 280).

⁵⁷Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 85-86. Em sentido divergente, apontando que a norma retira a credibilidade do Judiciário ao conferir amplos poderes para o magistrado desconstituir o julgado que transitou em julgado, vide Flávio Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, op. cit., p. 257.

A declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF foi incluída como matéria que conduz à “inexigibilidade” do título; o legislador parece ter partido da noção *carnelettiana* e genérica de inexigibilidade (*existência de impedimento jurídico para que o devedor satisfaça a pretensão do credor*). Entretanto, uma definição mais precisa de “inexigibilidade” revela que tal predicado *se refere a uma obrigação que não precisa ser cumprida ainda, por estar sujeita a termo ou condição suspensiva* – conceito este que não tem relação direta com a ideia de desconstituir o título executivo acobertado pela coisa julgada material.⁵⁸

Mas há mais. Existe *divergência* doutrinária sobre a *constitucionalidade* desses dispositivos processuais. Aliás, até mesmo tramita perante o STF uma ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 741, parágrafo único do CPC (ADIn nº 2418-3).⁵⁹

A corrente⁶⁰ que sustenta haver inconstitucionalidade nos referidos preceitos aponta, em síntese, que a regra neles estampada viola o instituto da coisa julgada e o princípio do devido processo legal, ao estabelecer: (a) um mecanismo judicial que, diversamente da ação rescisória, não é constitucionalmente previsto para a desconstituição de sentenças transitadas materialmente em julgado; (b) a qualquer magistrado de primeira instância a competência para revisar e rescindir decisões transitadas em julgado, usurpando as atribuições constitucionalmente reservadas aos Tribunais; (c) que uma decisão judicial posterior, ainda que do STF, poderia servir para afetar a coisa julgada que se formou anteriormente sobre uma sentença.

⁵⁸Nesse sentido, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 462.

⁵⁹A ação foi proposta pelo Conselho Federal da OAB e questiona, dentre outros pontos, a constitucionalidade formal do art. 741, parágrafo único, por introduzir inovação no cenário jurídico através de medida provisória, sem a presença dos requisitos de relevância e urgência, exigidos pelo do art. 62 da CF; não houve concessão de medida liminar nesta ação, cujo julgamento se aguarda. O Ministro Relator é Cezar Peluso. Os dados e andamento do processo estão disponíveis no *site* oficial do STF: <<http://www.stf.jus.br>>; acesso em 29.04.2009.

Na doutrina, Nelson Nery Junior e Rosa Nery já manifestavam a mesma opinião acerca da inconstitucionalidade formal do dispositivo (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 15 ao art. 741, parágrafo único, p. 1086). De outra parte, Eduardo Talamini sinaliza a possibilidade deste argumento (inconstitucionalidade formal) não ser acolhido pelo STF, diante da improcedência de pedidos semelhantes deduzidos em outras ações diretas que impugnavam matéria processual veiculada por meio de medida provisória (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 425); ademais, o art. 741, parágrafo único tem nova redação acrescentada por *lei*, prejudicando a alegação de inconstitucionalidade formal do dispositivo (nesse sentido, vide André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 113).

⁶⁰Vide, dentre outros, Flávio Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, op. cit., p. 255-257; André Dias Fernandes, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*, op. cit., p. 240-242; Leonardo Greco, *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, op. cit., p. 305; Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 130-132; Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 35 ao art. 475-L, §1º e nota 14 ao art. 741, parágrafo único, p. 742 e 1086.

Contudo, parece-nos perfeitamente possível sustentar – ao lado de outro segmento doutrinário⁶¹ – que os dispositivos referidos podem ser interpretados compativelmente com a CF. Com efeito, embora a coisa julgada seja valor constitucionalmente consagrado, a sua conformação processual e os seus limites (incluindo as hipóteses e as formas de desconstituição em caráter excepcional) são fixados por lei infraconstitucional (como o regime procedimental da ação rescisória, por exemplo), afigurando-se legítimo, pois, que outras hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador permitam a desconstituição da decisão acobertada pela coisa julgada.⁶²

Ademais, os mencionados artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único *não* preveem uma desconstituição automática do título judicial por meio de uma posterior decisão do STF (o que realmente seria inconstitucional, conforme apontamos no capítulo VI);⁶³ apenas estipulam que, em *específicas* e *taxativas* situações ali previstas, o pronunciamento de nossa Corte Suprema serve de *arrimo* e deve ser observado para que haja a desconstituição da sentença.

Com relação à competência para o julgamento dos embargos e impugnação, realmente não a vislumbramos como a melhor das soluções para se desconstituir uma decisão transitada em julgado, precipuamente porque pode esta consistir num pronunciamento oriundo de tribunal superior, resultando daí a possibilidade de um órgão singular cassar um decisório de um tribunal. Mas tal opção do legislador não conduz a uma subtração de funções que a CF quis atribuir exclusivamente aos nossos tribunais, notadamente porque o julgamento feito pelas instâncias inferiores pode passar pelo crivo desses órgãos judiciais superiores através da sistemática recursal vigente.

⁶¹A esse segmento se incluem: Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 462; Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 81-82; Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Didier Jr., *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 480-485; Paulo Lucon, Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único, op. cit., p. 162; dentre outros.

⁶²Precisamente a esse respeito, Paulo Lucon afirma: “a legislação infraconstitucional pode regular as situações em que ela [a coisa julgada] pode ser afastada (cf., por exemplo, os incisos do art. 485 do CPC)” (Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único, op. cit., p. 162); também nesse sentido, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 462; Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 81-82.

⁶³Com efeito, a decisão do STF, ainda que dotada de eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, não pode atingir a coisa julgada que se operou anteriormente em outra decisão; permitir que o advento de novas circunstâncias infirme a imutabilidade adquirida pelo julgado acarretaria a violação do princípio da segurança jurídica, escopo da coisa julgada, que constituiu poderoso fator de paz na sociedade, assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, XXXVI).

Ou seja, na configuração processual das hipóteses excepcionais de ruptura da coisa julgada, o legislador infraconstitucional conferiu uma função rescindente à via da impugnação e dos embargos, elegendo situações específicas (a serem apreciadas pelas instâncias ordinárias, mas sem prejuízo de também serem examinadas pelos órgãos superiores através da sistemática recursal) e o pressuposto indispensável da existência de precedente do STF para propiciar a revisão da sentença. Portanto, desfaz-se a autoridade da coisa julgada que anteriormente se formou, mas com expressa previsão legal.

7.2.3.1. Hipóteses de incidência dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC e o precedente do STF como pressuposto indispensável à impugnação

Ao desconsiderarmos os debates relativos à constitucionalidade dos mencionados preceitos normativos, destes se extrai que a força rescisória da impugnação (ou dos embargos contra a Fazenda Pública) não alcança todos os possíveis casos de vícios de inconstitucionalidade presentes em uma sentença, mas apenas três deles: “(a) aplicação de lei inconstitucional; (b) aplicação da lei à situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional”.⁶⁴ ⁶⁵

Outro elemento *indispensável* a essa forma de rescisão do julgado por meio de impugnação e de embargos é a existência de precedente do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, nos termos acima apontados.⁶⁶ Mais precisamente, deve

⁶⁴Nesse sentido se manifesta Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 81; nessa mesma linha: Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*, op. cit., p. 247.

⁶⁵Em sentido mais ampliativo, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 456. O processualista entende que: (i) a hipótese de aplicação de lei inconstitucional *também* abrange o vício da inconstitucionalidade *omissiva* reconhecida pelo STF na via abstrata (*o que nos afigura correto* e poderia se enquadrar, ao lado da inconstitucionalidade *comissiva*, como uma das hipóteses do item ‘a’ que acima apontamos, já que a regra fala genericamente em “inconstitucionalidade da norma”); (ii) o art.741, parágrafo único do CPC alcançaria, ainda, o pronunciamento sobre a *constitucionalidade* de uma norma, na via abstrata, caso o título judicial se pautasse na declaração incidental de inconstitucionalidade daquela mesma norma. Esse último entendimento também se faz presente em recente julgado do STJ (REsp 2007.01652761-RS, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25.08.2008). *Não concordamos, porém, com esta interpretação mais ampliativa*, visto que os referidos preceitos processuais falam em declaração de *inconstitucionalidade* por parte do STF (e não de constitucionalidade), como hipótese de incidência; tal situação poderia ser objeto de ação rescisória, com fundamento no art. 485, V do CPC.

⁶⁶Em sentido contrário, Humberto Theodoro Jr. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, Artigo 741, Parágrafo Único). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 841, p. 74-75, nov. 2005. Para o ilustre autor, com visão extremamente ampliativa (e que não acompanhamos), o art. 741, parágrafo único alcançaria qualquer sentença que contrarie preceito

haver uma relação lógica e *direta* de incompatibilidade entre a solução adotada pelo título judicial e a posição do STF em quaisquer das três hipóteses de incidência acima apontadas.

Nesse contexto, cabe indagar se o caráter da decisão do STF (definitiva de mérito ou a editada liminarmente), bem como se a modalidade do controle de constitucionalidade em que foi editado tal pronunciamento interferem na possibilidade de se aplicar dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC. Entendemos afirmativamente. Vejamos.

7.2.3.2. Precedentes do STF que servem de base para a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC

A medida liminar concedida pela nossa Suprema Corte na via principal *não* dá suporte à impugnação ou embargos ora tratados. Isso porque tal tipo de decisão judicial, como vimos no capítulo anterior, *não tem propriamente por objeto a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de um ato normativo*; vale dizer, ainda que a liminar acene para o entendimento que será adotado no julgamento definitivo, seu objetivo é meramente determinar providências compatíveis com o que poderá ocorrer nessa futura declaração do STF.⁶⁷ Ainda que esse provimento possa afastar a vigência e a eficácia legal da norma impugnada no controle abstrato, projetando efeitos *erga omnes* e vinculantes, tal decisão *não chega a reconhecer a inconstitucionalidade* do ato normativo impugnado e, portanto, não pode render ensejo à apresentação de embargos ou de impugnação.⁶⁸

E não apenas isso: o precedente do STF, para dar amparo à aplicação dos dispositivos processuais em comento, pode ter sido tomado em sede de controle abstrato ou

inconstitucional, independentemente de prévio pronunciamento do STF, pois a sanção de nulidade da norma inconstitucional não decorre da decisão da nossa Corte Suprema, mas sim do próprio ato que viola a CF.

⁶⁷A propósito, vide voto do Ministro Moreira Alves na Representação nº 1391, DJ 11.12.1987. Disponível no site oficial do STF: <<http://www.stf.jus.br>>; acesso em 30.04.2009.

⁶⁸Nesse sentido se manifestam: Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, op. cit., p. 331; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 456; André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 123; Paulo Roberto Lyrio Pimenta. Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2180, op. cit., p. 102.

no âmbito de controle difuso-incidental – neste último caso, se houver resolução senatorial determinando a suspensão da norma inconstitucional.⁶⁹

A *ratio* desse entendimento reside na própria eficácia das decisões do STF, isto é, para se prestar a derrubar os atos jurídicos anteriormente consolidados pelos meios processuais cabíveis, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal deve irradiar, para além da eficácia *ex tunc*, efeitos *erga omnes* e força vinculante – o que, aliás, já foi abordado no capítulo anterior.⁷⁰

Poder-se-ia sustentar que a vocação expansiva e a eficácia paradigmática das decisões do STF – na via incidental – autorizariam o ingresso dos embargos ou impugnação tratados nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, sendo desnecessária a suspensão da lei pelo Senado Federal.⁷¹

Não acompanhamos, contudo, esse entendimento. Conquanto inegáveis a autoridade, a projeção expansiva e a força de precedente que uma decisão do STF contempla, *ainda está em vigor o art. 52, X da CF* (norma pela qual o Senado pode determinar a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF, no controle concreto, com efeitos *ex tunc*). Enquanto não ocorrer mudança na CF,⁷² a norma declarada inconstitucional na via difusa não sai do ordenamento e pode ser aplicada em outros processos, pelo Judiciário. Por conseguinte, sem a manifestação senatorial, o julgado do

⁶⁹Seguem essa linha de entendimento: Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 75-76; André Luiz Santa Cruz Ramos, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 122 a 124; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 458; Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, op. cit., p. 331; Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*, op. cit., p. 250; Nelson Nery Junior e Rosa Nery (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 39 ao artigo 475-L, §1º e nota 19 ao art. 741, parágrafo único); estes últimos, contudo, admitem tal possibilidade apenas para argumentar, pois reputam inconstitucionais os dispositivos acima tratados.

⁷⁰Vide item 6.4.2 do capítulo anterior. Relembremos, ainda, que no caso da ação rescisória, a eficácia subjetiva das decisões do STF não nos parece elemento imprescindível para a desconstituição da sentença porque é possível a averiguação incidental da inconstitucionalidade da norma no bojo da própria ação rescisória (e independentemente de pronunciamento do Pretório Excelso) – o que não é o caso da impugnação e dos embargos ora tratados.

⁷¹Aliás, assim se posicionam: Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 88; e Fredie Didier Jr., *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 482; também admitindo que a decisão *incidenter tantum* do STF poderia fundamentar a impugnação ao cumprimento de sentença, vide Paulo Lucon, *Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único*, op. cit., p. 162.

⁷²Em sentido oposto, cabe lembrar que para Gilmar Mendes já ocorreu mutação constitucional, a justificar a irradiação de efeitos *ultra partes* pelas decisões plenárias do STF de declaração de inconstitucionalidade. A propósito deste tema, remetemos o leitor aos itens 4.1.2 e 4.2 deste estudo.

STF em controle concreto não se presta a servir de fundamento para o emprego da impugnação ou embargos ora tratados.⁷³

A autorizada doutrina afirma, ainda, que a distinção quanto à via difusa ou concentrada (para fins de aplicação dos preceitos processuais em comento) não seria compatível com a intenção do legislador em valorizar os precedentes do STF independentemente da sede em que foram editados – intenção esta que é retratada em diversos dispositivos, como os arts. 481 e 557 do CPC.⁷⁴ Entretanto, “mesmo que perceptível uma ampliação na influência dessas decisões, a exemplo dos arts. 481 e 557 do CPC, essa ampliação tem outros objetivos e além disso não atinge a coisa julgada”, como bem observa Eduardo Talamini.⁷⁵ Desse modo, mesmo que em outros preceitos processuais seja indiferente a via em que foi prolatada a decisão do STF, entendemos que essa diferenciação importa para que se possa desconstituir uma decisão transitada em julgado por meio de embargos e impugnação.⁷⁶

Ainda no que tange aos pronunciamentos do STF que servem de base para a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, podemos apontar a súmula vinculante, eis que esta pode trazer em seu bojo as hipóteses de incidência dos mencionados dispositivos: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, a interpretação conforme e/ou a pronúncia de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Entretanto, cabe uma ressalva. Como vimos, tal enunciado sumular do STF pode até apresentar uma eficácia geral (mesmo que projetada indiretamente sobre alguns entes), mas seus efeitos são *não-retroativos* (*ex nunc*), o que implica dizer que *não* geram condições para atingir ou desconstituir atos pretéritos, na via apropriada. Assim, entendemos que seria possível a aplicação dos dispositivos processuais em comento, baseada em súmula vinculante, mas desde que esta fosse *anterior* à formação do título judicial objeto da impugnação ou dos embargos.⁷⁷

⁷³Contra a tese de irradiação de efeitos *ultra partes* pelos precedentes da via concreta, Leonardo Greco afirma: “Viola a competência institucional do Senado e a separação de poderes a outorga de eficácia *ultra partes* à decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso” (*Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, op. cit., p. 300).

⁷⁴Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 88.

⁷⁵*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 458.

⁷⁶Também nesse sentido: Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*, op. cit., p. 250.

⁷⁷Em sentido parcialmente divergente, Eduardo Talamini aponta que a súmula vinculante não dá suporte – em nenhuma hipótese – para o desfazimento da coisa julgada por meio de embargos porque a reabertura de processos já encerrados e acobertados pela súmula vinculante iria contra a própria finalidade desse

Há na hipótese, portanto, inegável repercussão dos efeitos temporais do pronunciamento do STF – o que nos transporta para a abordagem seguinte.

7.2.3.3. Influência da eficácia temporal e subjetiva dos precedentes do STF sobre a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC

Afirmamos em capítulos e tópicos anteriores que a eficácia temporal das decisões do STF *interfere* em matéria de desconstituição da coisa julgada, já que os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade alcançam situações passadas, possibilitando que o jurisdicionado busque o desfazimento desses atos, pela via processual hábil. A partir dessa premissa, podemos asseverar que não importa, para os fins previstos nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, que o decisório do STF seja *posterior* à decisão já acobertada pela coisa julgada, já que – via de regra – ela se reveste dessa eficácia retroativa.⁷⁸⁻⁷⁹ Se porventura o precedente de nossa Corte Suprema (do controle abstrato ou do controle concreto, acompanhado de resolução senatorial) for *anterior* ao título executivo que se formou, mais outro elemento se agrega para a reforçar a necessidade de desconstituir sentença do caso concreto: a afronta à eficácia *erga omnes* e vinculante.⁸⁰

Nesse contexto, ainda, ganham relevo os efeitos temporais da resolução senatorial. Apesar das controvérsias existentes, tal manifestação irradia efeitos *ex tunc* e, portanto, têm alcance sobre situações jurídicas pretéritas, viabilizando o emprego dos instrumentos rescisórios em estudo. Todavia, a conclusão não seria a mesma se porventura

instituto, que é a redução do número de feitos; ademais, o efeito vinculante, por si só, não afeta a coisa julgada anterior (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 459-460). Já Osmar Côrtes entende pela impossibilidade de aplicação do art. 475-L, §1º do CPC, com base em súmula vinculante, por falta de previsão legal (*Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 241).

⁷⁸Cf. Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 87; Paulo Lucon, Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único, op. cit., p. 162; aparentemente de acordo, vide ainda, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 483. Em sentido diverso, entendendo que a decisão do STF deve ser sempre *anterior* à formação do título executivo judicial, vide Nelson Nery Junior e Rosa Nery; esses últimos, embora reputem inconstitucionais os artigos 475, §1º e 741, parágrafo único do CPC, essa seria – *ad argumentandum* – a única hipótese possível da aplicação desses dispositivos (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 37 ao artigo 475-L, §1º e nota 16 ao art. 741, parágrafo único).

⁷⁹Se o pronunciamento do STF for súmula vinculante, a eficácia é *ex nunc* e outra é a conclusão sobre a aplicação dos preceitos em comento (vide item 7.2.3.2 acima).

⁸⁰“Se o precedente [do STF] já existia à época da sentença, fica demonstrado, com maior evidência, o desrespeito à sua autoridade” (Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 87).

o Senado Federal se valesse da hipótese excepcional de retirar a norma do ordenamento com efeitos *ex nunc*.⁸¹

E retomando o foco para a eficácia temporal do pronunciamento do STF, é possível afirmar que na hipótese de aquela Corte *modular os efeitos* de sua decisão na via principal (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99), proclamando eficácia *ex nunc*, não caberia ao jurisdicionado invocar os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, já que a sentença impugnada se enquadra e aborda fatos ocorridos no período excluído do alcance da inconstitucionalidade declarada pelo STF.⁸²⁻⁸³

O mesmo se dá com a modulação da eficácia subjetiva, ou seja, se o STF restringisse a abrangência da inconstitucionalidade declarada apenas a um segmento social, o jurisdicionado que fizesse parte do grupo excluído não poderia buscar a aplicação dos dispositivos processuais ora em comento para desconstituir a sentença transitada em julgado que se pauta na norma considerada inconstitucional.⁸⁴

7.2.3.4. O juízo rescisório e alcance dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC

Os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC dão ensejo à desconstituição do título executivo (juízo rescidente), mas nada estabelecem sobre o rejuízo da matéria (juízo rescisório).⁸⁵

⁸¹Nesse sentido, vide Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, op. cit., p. 75. Sobre os efeitos da resolução senatorial e a sua possibilidade de dimensionamento para efeitos *ex nunc*, remetemos o leitor ao item 4.2 do capítulo IV.

⁸²Também reconhecendo a interferência da modulação de efeitos das decisões do STF na possibilidade de se aplicar os artigos 475, §1º e 741, parágrafo único do CPC, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 444-445; Araken de Assis, *Cumprimento da sentença*, op. cit., p. 331; Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 337.

⁸³Em sentido contrário, vale lembrar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a eficácia temporal das decisões do STF não viabiliza ou propicia a quebra da coisa julgada através de qualquer instrumento rescisório; tal seria possível apenas se o STF, excepcional e expressamente, houvesse admitido que a retroatividade de sua decisão de inconstitucionalidade alcançasse a coisa julgada que se formou anteriormente, nas sentenças dos casos concretos que se basearam naquela norma (*Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 173).

⁸⁴Acerca da eficácia subjetiva e modulação de efeitos sob essa dimensão, vide nossos apontamentos no capítulo VI.

⁸⁵Para um exame detalhado do significado de “juízo rescidente” e “juízo rescisório”, confira-se o estudo de Flávio Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescidente e rescisório*, op. cit., especialmente p. 27-32.

Assim, uma vez acolhidos os fundamentos da impugnação ou dos embargos, derrubando-se a coisa julgada que anteriormente se formou, apresentam-se como possíveis soluções para o referido juízo rescisório: (a) a substituição da decisão impugnada ou embargada é realizada em sede dos próprios embargos ou impugnação; (b) o processo originário é retomado para que outra decisão seja proferida, aproveitando-se, ainda, os atos processuais anteriormente praticados (que sejam compatíveis com desconstituição do título); (c) uma nova decisão dependeria da propositura de uma nova ação, refazendo-se o processo anterior, desde o início, mas agora sem o vício reconhecido pelo STF.⁸⁶

Embora todas as opções acima apresentem inconvenientes,⁸⁷ parece mais apropriada a solução “b”, que além de consentânea com a economia processual, já é adotada em expedientes semelhantes (como na hipótese de acolhimento de embargos opostos com base no art. 741, I do CPC). Nessa situação, ainda, entendemos válida a observação de que alguns capítulos autônomos da sentença impugnada (acaso existentes) podem permanecer íntegros; mais precisamente, não serão desconstituídos os capítulos que: (i) não se fundamentem na norma declarada inconstitucional pelo STF ou (ii) não tenham relação lógica de incompatibilidade com o pronunciamento do Supremo.⁸⁸

Existe, ainda, o entendimento de que a orientação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC não alcança as sentenças com natureza meramente declaratória ou constitutiva, eis que, a rigor, estes provimentos judiciais não dependeriam de atos ou procedimento ulterior para a sua efetivação, não havendo que se falar sequer em embargos ou impugnação.⁸⁹ Todavia, cremos que tal raciocínio não pode se estender para

⁸⁶Essas “soluções” são encontradas nos apontamentos de Paulo Lucon, *Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único*, op. cit., p. 163; e de Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 470-473.

⁸⁷A propósito, Eduardo Talamini levanta uma série de inconvenientes que todas as possíveis soluções podem apresentar (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 470-473).

⁸⁸Assim se pronuncia Paulo Lucon, *Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único*, op. cit., p. 163; e também Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 468, 472-473.

⁸⁹Nesse sentido, vide, dentre outros, Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 484; Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*, op. cit., p. 261. Em sentido oposto, vide Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 483; estes últimos argumentam: “Se o objetivo é prestigiar as decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, uma sentença meramente declaratória sem eficácia executiva ou uma sentença constitutiva que ofenda a Constituição Federal, nos termos examinados, deve ser rescindida tanto quanto a sentença condenatória. Não há razão para o *discrimen*”.

as sentenças declaratórias, cuja previsão de exigibilidade consta do art. 475-N, I do CPC⁹⁰ (ou seja, a restrição ora tratada não abrange aquelas *decisões que reconhecem uma obrigação já violada pelo devedor*, eis que a lei – nesse caso – confere executividade ao provimento, que pode ser objeto de impugnação e de embargos).

Quanto às decisões mandamentais e executivas *lato sensu*, a doutrina se divide entre: (a) os que creem ser possível estender a regra dos dispositivos em comento àquelas decisões, por se tratarem de tutelas que, à semelhança da decisão condenatória, requerem atos ulteriores de execução ou por haver uma possível aplicação subsidiária autorizada pelo art. 644 do CPC;⁹¹ (b) os que entendem que aquelas decisões *não* dão abertura para a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC (o que nos afigura correto), já que tais dispositivos, por envolverem a eliminação da coisa julgada (direito fundamental consagrado na CF), tratam de situação excepcional que requer interpretação restritiva da norma.⁹² Vale explicar: se tais provimentos não são passíveis de ataque por meio de embargos ou da impugnação (como sustenta autorizada doutrina),⁹³ não seria possível que a desconstituição da coisa julgada que ali se formou fosse viabilizada por outras vias de defesa do executado; faltaria previsão legal.

Aliás, pela mesma necessidade de se interpretar restritivamente a regra dos preceitos ora em comento, entendemos *não* ser possível veicular a matéria por meio de objeção de executividade ou exceção de executividade. As hipóteses de incidência dos

⁹⁰Abstraindo-se das discussões quanto à constitucionalidade (formal e material) desse dispositivo legal, a doutrina tem predominantemente entendido que não é qualquer sentença declaratória que vale como título executivo, de modo que o art. 475-N do CPC se refere apenas àquela decisão que reconhece: (i) existência de relação obrigacional já violada pelo devedor e, ainda, (ii) a lesão ao direito que dela decorre. Nesse sentido, vide Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Tutela declaratória executiva? *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 85, p. 37 e ss., maio 2006; Juliana Cavalcante dos Santos. O efeito executivo das sentenças declaratórias: uma visão atual das recentes alterações dos efeitos das sentenças declaratórias e seu caráter executivo numa preocupação clara e do processo civil em dar-lhe efetividade e melhor oferecer a prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, p. 192, mar. 2008. Como mencionado no capítulo III deste trabalho, tal entendimento tem se refletido na jurisprudência do STJ, notadamente nos votos do Ministro Teori Zavascki (expresso defensor dessas ideias no âmbito acadêmico). A matéria, contudo, é controvertida. Dentre outras autorizadas vozes, Nelson Nery Junior e Rosa Nery não admitem – em hipótese alguma – o caráter executivo dessas tutelas declaratórias (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 9 ao art. 475-N, I, p. 750).

⁹¹Nessa linha se posicionam: Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 89-91; Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 484;

⁹²Vide Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*, op. cit., p. 256-261; André Luiz Santa Cruz Ramos, para quem a ação rescisória seria a única via possível para desconstituição da coisa julgada que se formou sobre as decisões de natureza mandamental e executiva *lato sensu* (*Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 116); exatamente assim também pensa Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 99.

⁹³Eduardo Talamini, por exemplo, sustenta não caber embargos à efetivação das tutelas mandamentais e executivas (*Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 484).

artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC acarretam o abrandamento da coisa julgada e foram previstas pelo legislador como fundamento *apenas* para a interposição de embargos ou impugnação e não como matéria de defesa no bojo da própria execução.⁹⁴

Também ficam fora do alcance dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenham ocorrido em data anterior à vigência da regra contida nesses dispositivos – que, segundo entendimento do STJ, é o dia em que entrou em vigor a medida provisória que introduziu a orientação no ordenamento processual (28.04.2001).⁹⁵ Com efeito, nada obstante aqueles dispositivos alcancem os processos em curso (eis que, por sua natureza processual, têm aplicação imediata), a retroatividade da lei processual tem como limite o disposto no art. 5º, XXXVI da CF, segundo o qual a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por fim, com relação ao prazo, embora não haja previsão específica para os preceitos normativos processuais em questão, entendemos aplicáveis as disposições do art. 475-J, §1º (quinze dias) para que o devedor possa ofertar sua impugnação e do art. 1º-B da Lei 9494/97 (trinta dias) para a Fazenda Pública apresentar embargos com fundamento no art. 741, inciso II e parágrafo único.⁹⁶ A desconstituição do título judicial, nas hipóteses,

⁹⁴Nesse sentido e acrescentando outros argumentos, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 473-476.

⁹⁵“Este Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que, a par da possível discussão acerca da constitucionalidade da Medida Provisória 2.180-35/2001, a inexigibilidade do título judicial fundado em interpretação de texto legal tida por incompatível com a Constituição Federal somente pode ser reconhecida quando o trânsito em julgado desse título tenha ocorrido após a vigência da medida provisória que acrescentou o parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo Civil” (AgReg-AI 200400868739 – DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 20.06.2005). Entretanto, esse Tribunal dá sinais de que tal entendimento pode vir a ser flexibilizado: “*Mesmo tendo a sentença transitado em julgado em data anterior à vigência da MP 2.180-35, deve ser aplicado o art. 741, parágr. Único do CPC, uma vez que o dogma da supremacia constitucional não tolera ponderação, nem mesmo diante de ato jurisdicional transitado em julgado, daí porque se admite que nesses casos os embargos do executado possam ter eficácia desconstitutiva do título exequendo, já que a falta de jurisdicionalidade decorre da sua incompatibilidade com a Carta Magna*” (Resp 200701652761, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25.08.2008; destacamos).

⁹⁶Abstraindo-se da alegada inconstitucionalidade dos artigos 475, §1º e 741, parágrafo único do CPC, manifestam-se Nelson Nery Junior e Rosa Nery. Os autores acrescentam que, na hipótese de os tais prazos da impugnação e embargos já terem passado, o devedor fica, ainda, com a alternativa de se valer da ação rescisória, caso ainda não tenha fluído o biênio previsto no art. 495 do CPC (*Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 2007, op. cit., nota 36 ao artigo 475-L, §1º e nota 16 ao art. 741, parágrafo único). Em sentido diverso, apontando ser o caso de aplicar, por analogia, o prazo da ação rescisória nas hipóteses dos artigos 475, §1º e 741, parágrafo único do CPC, vide Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 483.

independe do prazo decadencial estatuído para a ação rescisória.⁹⁷ Aliás, a impugnação ou os embargos, desde que presentes seus pressupostos, poderão ser manejados mesmo quando cabível a ação rescisória.

7.3. Impacto da decisão de controle difuso-concreto sobre outros processos

Já foi visto que a declaração pela via incidental não pode ir além dos limites do próprio processo em que proferida. Por conseguinte, isto é, diante de seu efeito *inter partes*, a lei que é declarada inconstitucional (ou constitucional) *não pode afetar ou repercutir sobre a coisa julgada* formada em outro processo e, além disso, a decisão incidental sobre a constitucionalidade de uma norma também *não vincula* os julgadores de outros feitos a tomar aquela declaração como premissa em seus julgamentos.

Contudo, tal assertiva comporta temperamentos, diante da tendência ampliativa dos efeitos das decisões provenientes *do pleno do STF* em sede de controle concreto (mesmo sem posterior resolução do Senado Federal).

Na linha do que já sustentamos no capítulo IV, tal precedente da nossa Suprema Corte tem – no mínimo – uma “alta significação prática”,⁹⁸ ou seja, a vocação expansiva das decisões plenárias do STF vão ao encontro do conteúdo das últimas reformas processuais que, aos poucos, conferiram aos precedentes judiciais (principalmente do STF) uma repercussão que alcança outros feitos que tratam de casos análogos.

Assim, na hipótese de uma ação em curso que trata de uma mesma norma já analisada anteriormente, pelo STF, em via incidental, não há impedimento para que o magistrado profira sentença em descompasso com o mencionado precedente da Suprema Corte. *Mas em contrapartida*, na eventual interposição de recurso, o relator pode lhe dar provimento – de plano – para reformar a sentença que afronta o decisório do STF; se é o recurso que está em confronto com o dito precedente de nossa Corte Suprema, o relator

⁹⁷Nesse sentido, vide Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 424; Paulo Lucon, *Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único*, op. cit., p. 163.

⁹⁸Tal expressão é empregada por Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 37.

pode, desde logo, confirmar a sentença, negando seguimento ao recurso. O art. 557, §1º-A do CPC autoriza tais expedientes.

Outro efeito importante do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da norma pelo STF, como bem lembra Teori Zavascki, é a vinculação dessa decisão para os julgadores, nas hipóteses de incidente de constitucionalidade suscitado nos tribunais (CF, art. 97 e CPC, art. 481, parágrafo único). Isso significa que “havendo pronunciamento plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão de sua própria Corte, mas sim, ao precedente da Corte Suprema”.⁹⁹

De igual modo, a salientar a importância e força expansiva da decisão do STF, pela via incidental, pode-se indicar dispensa do plenário daquela Corte para o julgamento de *repercussão geral de questão constitucional*, quando já houver entendimento anterior do STF no mesmo sentido.¹⁰⁰

E há mais: embora *não* infirmem a autoridade da coisa julgada que se formou anteriormente em outro processo, as decisões do STF tomadas na via difusa servem como *paradigma* ao manejo de ação rescisória em face da sentença com conteúdo contrário ao pronunciamento de nossa Suprema Corte.¹⁰¹ Há quem estenda tal força paradigmática até mesmo para outros instrumentos processuais voltados à rescisão da sentença que contraria entendimento do STF.¹⁰²

⁹⁹Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 37. O autor acrescenta que na hipótese de haver decisão plenária do tribunal local em sentido oposto a uma posterior decisão do STF, os órgãos fracionários do tribunal *a quo* ficam vinculados ao Supremo Tribunal Federal, conclusão que decorre da autoridade e supremacia daquela Corte em face dos outros tribunais, bem como da função institucional do STF. Remetemos o leitor, a propósito, a nossos apontamentos constantes do item 4.5.2 deste trabalho.

¹⁰⁰Vide nossas considerações no item 4.6.2.

¹⁰¹Conquanto sirva de paradigma, vale lembrar que o precedente do STF não chega a ser indispensável para o manejo da rescisória, tal como sustentamos no item 7.2.1 deste trabalho. Assim se pronuncia, aliás, Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 617, 619-620. Vale lembrar, ainda, que pelos motivos já apontados no item 7.2.1.1 retro, *não incide a Súmula 343*, a impedir a ação rescisória para desconstituir julgados que tenham realizado juízo de constitucionalidade em sentido oposto ao que decidiu o STF em via incidental.

¹⁰²Nesse sentido, pela possibilidade de a decisão incidental do STF dar suporte à impugnação ou embargos (arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC), vide Fredie Didier Jr., *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*, op. cit., p. 482; e Teori Zavascki, Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, op. cit., p. 88. Em sentido divergente, relembramos que o nosso entendimento, já exposto no item 7.2.3.2 deste trabalho, é que a decisão *incidenter tantum* do STF serve de precedente para a aplicação dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC), *desde que* seja acompanhado de resolução senatorial.

Por fim, também como já salientamos no capítulo V, a força da decisão plenária do STF a respeito de uma norma – em via incidental – pode se projetar, ainda, sobre anterior Súmula Vinculante, cujo conteúdo diga respeito ao mesmo ato normativo. Isto é, o novo decisório de nossa Corte Suprema tem aptidão para gerar ou suscitar o processo de revisão da súmula.¹⁰³

Conquanto algumas das situações acima apontadas carreguem controvérsias com relação à força do precedente do STF proferido *incidenter tantum*, trata-se de inegável fenômeno que ganha cada vez mais relevo no atual cenário jurídico, notadamente em matéria constitucional.

7.4. Impacto das súmulas vinculantes em relação aos processos individuais em andamento e aos processos individuais com sentença transitada em julgado

Estando em curso um processo de índole subjetiva, a sentença a ser proferida deve seguir os ditames de súmula vinculante. Se tal enunciado do STF for editado quando um feito estiver em fase recursal, o tribunal também ficará vinculado ao novo entendimento. Tal se explica pela força obrigatória desta súmula do STF, já estudada no capítulo V.

Hipótese diversa e que vem fomentando discussões doutrinárias é a da repercussão trazida por súmula vinculante que fixa entendimento em sentido contrário à anterior decisão já transitada em julgado, em processo de índole subjetiva.

Poder-se-ia apontar, de imediato, que o caso requer o emprego da *reclamação*, por se tratar da medida cabível contra o ato judicial que ofender ou aplicar indevidamente a súmula vinculante (art. 103-A, §3º da CF). Entretanto, nos termos da Súmula 734 do STF, a formação da coisa julgada material obsta a utilização da via

¹⁰³Nesse sentido, vide Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 148-149. Entretanto, o autor ressalva que não seria desejável que o STF decidisse de forma contrária à súmula vinculante, sugerindo que tal Corte promova o expediente de revisão e cancelamento da súmula antes de decidir o caso concreto em sentido contrário. Também admitindo a revisão da súmula vinculante com base em novo entendimento do STF, vide os apontamentos de Debora Baumöhl, *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional nº 45/2004*, op. cit., p.173.

reclamatória.¹⁰⁴ Surgem, a partir desse contexto, debates sobre o cabimento de ação rescisória.

Autorizado segmento doutrinário,¹⁰⁵ ao atribuir à súmula vinculante a natureza de norma geral, legal e abstrata, pondera ser viável o emprego da rescisória na hipótese em comento, com fulcro no art. 485, V do CPC, de modo que o desrespeito ao enunciado sumular vinculante corresponderia a uma violação de “literal disposição de lei”.¹⁰⁶ Não concordam com esse modo de pensar os estudiosos que rejeitam a conotação normativa conferida à súmula em questão.¹⁰⁷

Nada obstante a súmula vinculante apresente pontos de semelhança com o ato legislativo,¹⁰⁸ o que nos parece correto afirmar é que a admissibilidade da ação rescisória, nesses casos, dependerá da demonstração da infringência do julgado ao dispositivo legal que deu base à edição da súmula vinculante.¹⁰⁹ Ou seja, a via da rescisória se mostra cabível não exatamente porque o teor da súmula foi contrariado, mas porque houve a violação à norma legal tratada na súmula vinculante ou porque existiu ofensa à norma constitucional desrespeitada pela lei em que se amparou a sentença rescindenda; tais fatores são o que constituem, propriamente, a causa de pedir da ação rescisória a ser ajuizada com fundamento no art. 485, V do CPC.¹¹⁰

¹⁰⁴A respeito do tema, remetemos o leitor às nossas considerações constantes do item 6.3.3.1 deste trabalho.

¹⁰⁵Nesse sentido se pronunciam: Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional*, op. cit., nota 15 ao art. 103-A, p. 532; Izabelle Albuquerque Costa Maia, *Violação à súmula vinculante e cabimento de ação rescisória*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 242-243; Arthur Mendes Lobo, *Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante*, op. cit., p. 97. Aparentemente de acordo, vide Márcia Cadore, *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*, op. cit., p. 235; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*, op. cit., p. 280.

¹⁰⁶A propósito, é interessante anotar que, antes da EC nº 45, de 2004, entendimentos do STF e da doutrina apontavam que a ofensa ao teor de súmula meramente persuasiva não se enquadraria na hipótese do art. 485, V do CPC, justamente por faltar a conotação normativa àquele enunciado. A propósito, vide as anotações de José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 133.

¹⁰⁷Nesse sentido, vide Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 234. Conforme este autor, o cabimento da ação rescisória por ofensa à própria súmula seria “inviável, pois, conforme anotado em tópico específico, súmula não é norma geral e não se enquadra no permissivo da via rescisória, que exige a violação à literalidade da lei (art. 485, V, do CPC)”.

¹⁰⁸A esse respeito, remetemos o leitor às nossas considerações constantes do item 5.4 deste estudo.

¹⁰⁹Assim se posiciona Rodolfo Mancuso. *Súmula vinculante e a EC 45/2004*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 717.

¹¹⁰Além de Rodolfo Mancuso (acima referenciado), também concordam com esse ponto de vista: Osmar Mendes Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 234; Izabelle Albuquerque Costa Maia, *Violação à súmula vinculante e cabimento de ação rescisória*, op. cit., p. 243 (para esta autora, contudo, trata-se de argumento secundário em prol do cabimento da rescisória na hipótese, pois o principal seria o caráter normativo da súmula vinculante); aparentemente de acordo, vide Pedro Lenza, *Coisa Julgada “Erga Omnes” no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 224.

Também aqui não há de se cogitar da incidência da Súmula 343 do STF, eis que inaplicável em matéria constitucional,¹¹¹ como anotado anteriormente.

Ainda com relação a possíveis outros fundamentos da ação rescisória, na situação ora tratada, afasta-se a ideia de que a demanda poderia se pautar na ofensa aos dispositivos reguladores da súmula vinculante (CF, art. 103-A e Lei 11.417/2006), pois não foram estas as normas violadas pela decisão rescindenda, mas sim o preceito normativo em que se baseou o enunciado sumular do STF.¹¹²

Entretanto, quanto à hipótese da decisão judicial que foi proferida e transitou em julgado quando *já existia* súmula vinculante em sentido oposto, entendemos que, para além da norma constitucional ou da lei que é objeto do enunciado, aí sim se agrega a violação à norma constitucional que impõe obrigatoriedade de observância ao teor da súmula: o art. 103-A, *caput* da CF. Este posicionamento se amolda, inclusive, ao que sustentamos – em itens precedentes – com relação ao cabimento de ação rescisória em face de sentença posterior ao pronunciamento do STF editado na via abstrata.

Aventa-se, ainda, na doutrina, a possibilidade de o art. 485, IV do CPC (ofensa à coisa julgada) também dar suporte para a rescindibilidade da sentença que afronta pré-existente súmula vinculante.¹¹³ Não acompanhamos esse modo de pensar, eis que o desrespeito ao entendimento sumulado não caracteriza violação à autoridade da coisa julgada, até mesmo porque esta não se forma sobre a súmula vinculante, mas sim sobre as decisões judiciais que transitaram em julgado e deram ensejo à criação da súmula.¹¹⁴ Com efeito, o enunciado sumular do STF *desatrela-se* dos julgados que lhe serviram de base, passando a ter a sua autonomia no cenário jurídico; não seria, pois, o caso de estender a ofensa acima cogitada até as decisões dos casos que originaram o enunciado sumular.

¹¹¹Em sentido parcialmente divergente, Osmar Côrtes entende não incidir a Súmula 343 *somente se* a decisão rescindenda for *posterior* à súmula vinculante; a hipótese inversa (decisão anterior ao enunciado vinculante) significaria que à época da prolação da sentença rescindenda ainda não existia súmula vinculante pacificando o tema e, portanto, a interpretação sobre a matéria ainda seria controvertida e justificaria o óbice cristalizado naquele verbete sumular nº 343 (*Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 233). Tal entendimento, entretanto, esbarra na atual jurisprudência do STF (pela qual a Súmula 343 não se aplica quando a divergência se dá em matéria constitucional, sem distinções). Sobre o assunto, vide também nossos comentários no item 7.2.1.1 acima.

¹¹²Também assim se manifesta Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 233.

¹¹³A propósito, vide Pedro Lenza, *Coisa julgada erga omnes no direito brasileiro*, op. cit., p. 224.

¹¹⁴Assim também se pronuncia Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 236. Aliás, este autor trabalha com diversas hipóteses do elenco trazido no art. 485 do CPC, rejeitando todas elas para as situações acima tratadas; conclui que a única possibilidade de se desconstituir a decisão que afronta a súmula vinculante seria a ofensa ao dispositivo que deu ensejo à edição da súmula.

Por fim, é válido apontar que, se o julgamento da ação rescisória também desrespeitar súmula vinculante, cabível é a reclamação para o STF.¹¹⁵

7.5. Ponto de confluência entre decisão de controle abstrato e súmula vinculante

Outra situação possível – e interessante – de se vislumbrar na convivência entre os diferentes modelos de controle de constitucionalidade brasileiro seria o advento de uma nova lei, que modificou o ato normativo em que se baseou uma determinada súmula vinculante.

Se tal inovação legislativa for considerada inconstitucional em *sede de controle abstrato*, antes mesmo que o STF avalie o efeito dessa nova norma sobre o enunciado vinculante, é possível concluir, com Glauco Salomão Leite, que a tal súmula não seria prejudicada nesta hipótese, pois além de a nova lei ter sido considerada inválida pelo STF, a decisão do controle abstrato projeta – como vimos - efeitos repristinatórios, tornando aplicável a legislação anterior; ou seja, o ato normativo que serviu de base para a súmula voltaria a vigorar.¹¹⁶

Caso o STF, na via abstrata, tenha afastado a eficácia repristinatória em questão ou module tais efeitos da “repristinação” diante da possibilidade de a norma anterior também apresentar vício de inconstitucionalidade, entendemos que a situação – embora não configure exatamente hipótese de revogação ou alteração da norma – rende ensejo ao procedimento de revisão da súmula vinculante, nos termos da Lei 11.417/2006, eis que o possível vício da norma que seria “repristinada” é capaz de abalar a firmeza da orientação contida na súmula vinculante.

7.6. Impacto da decisão liminar do controle abstrato sobre outros processos

Sobrevindo medida liminar originária do controle abstrato de normas, vimos que os magistrados ficam a ela vinculados ao julgar os processos individuais em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do preceito legal esteja sob exame.

¹¹⁵Osmar Côrtes, *Súmula vinculante e segurança jurídica*, op. cit., p. 240.

¹¹⁶*Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 171.

Normalmente, a depender do conteúdo da medida deferida pelo STF, o juiz do controle difuso se depara com as seguintes opções: (a) suspender o julgamento do caso concreto (com arrimo no art. 265, IV, *a* do CPC), aguardando o desfecho da ação do controle abstrato;¹¹⁷ ou (b) prosseguir com a demanda, inclusive, com edição de sentença, obedecendo às diretrizes fixadas na liminar acerca do preceito normativo em discussão.¹¹⁸

Importantes – e algumas até problemáticas – consequências podem advir dessas situações.

Na hipótese “(a)”, o juiz *retoma o curso do processo individual*, com o advento da decisão definitiva do controle abstrato. Procedente ou improcedente o pedido da via principal de controle de normas, o magistrado do processo individual deverá julgar em conformidade com o que foi decidido pelo STF, observando a eficácia vinculativa daquele pronunciamento. Se houve a extinção do processo da via principal *sem* a resolução do mérito, o magistrado do caso concreto exercerá o controle incidental de constitucionalidade, julgando o pedido como lhe parecer de direito.¹¹⁹

Na hipótese “(b)”, o exame comporta desdobramento um pouco mais complexo que o da situação acima.

Com efeito, sendo *confirmada* a decisão liminar, com a procedência do pedido da ação do controle abstrato, *consolida-se* a situação jurídica abordada na sentença do processo individual (a qual, vale lembrar, obedeceu às diretrizes fixadas na decisão liminar do STF); desse modo, em caso de eventual recurso contra tal decisão do feito de índole subjetiva, deverá ter provimento negado, já que o tribunal fica vinculado às decisões definitivas de mérito do STF.

De outra parte, sendo *revogada* a medida liminar no âmbito do controle abstrato (seja por conta da improcedência do pedido ali deduzido, seja em razão da

¹¹⁷Salvo determinação em contrário do STF, no controle abstrato.

¹¹⁸Nesse sentido se posiciona Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 70. Também assim se pronuncia Celso de Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, op. cit., p. 232, 234. O autor aponta que em ambas as situações, “afasta-se o exercício do controle difuso”, na medida em que o juiz: (i) ao se deparar com medida liminar proveniente de ADC não pode deixar de aplicar norma por considerá-la inconstitucional e nem pode ser obrigado a aplicar tal norma, diante da provisoriedade do provimento que poderá vir a ser reformado; (ii) ao se deparar com medida liminar proveniente de ADIn não pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, nem pode ser obrigado a aplicar tal norma definitivamente, diante da provisoriedade do provimento que poderá vir a ser reformado. Assim, “consectário lógico desse entendimento é a suspensão dos processos”.

¹¹⁹Até mesmo porque o *efeito vinculante* recai sobre as decisões definitivas de *mérito* das ações do controle abstrato (art. 102, §2º da CF, art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 e art. 10, §3º da Lei 9.882/99) – e não aquelas que extinguem o feito sem o exame desse mérito.

extinção do processo sem resolução do mérito), o interessado pode buscar o ajustamento da situação jurídica que nasceu sob o pálio da medida de urgência, interpondo o recurso cabível contra o decisório do processo individual. Contudo, se a sentença do feito de índole subjetiva já havia transitado em julgado antes da referida decisão definitiva na via principal, pode o interessado intentar a ação rescisória, com fundamento no art. 485, V do CPC – tal como foi exposto acima.

A partir desse contexto, Teori Zavascki (que com profundidade examinou o tema) destaca a importância da causa da revogação da liminar editada no controle abstrato, pois “se decorreu de sentença de improcedência da ação, caberá ao tribunal julgar a ação rescisória em conformidade com o comando vinculativo da sentença proferida em controle concentrado. Todavia, se a revogação ocorreu por outra causa, não havendo coisa julgada a respeito da questão constitucional, esta será examinada no julgamento da ação rescisória, observando-se, se for o caso, o art. 480 do CPC e o art. 97 da CF”¹²⁰ – o que nos afigura correto.

Ainda com relação à hipótese “(b)” acima tratada, é possível que entre a data do trânsito em julgado da decisão editada no caso concreto e a da revogação da liminar concedida na ação de controle abstrato tenha decorrido tempo superior ao previsto para ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 495).

Nessa situação, Teori Zavascki registra a impossibilidade de se computar no prazo decadencial da rescisória o período de vigência da liminar deferida na via abstrata; neste caso, o termo inicial para o ajuizamento seria o do trânsito em julgado do acórdão do STF. Argumenta o ilustre autor que: (i) o princípio do não-prejuízo a quem obedeceu a decisão concessiva de liminar deve assegurar ao jurisdicionado todas as faculdades e pretensões que poderia ter exercido não fosse o comando impeditivo da medida judicial; (ii) a liminar atua no plano de incidência da norma questionada na ação do controle abstrato, inibindo o início de qualquer prazo decadencial, inclusive o biênio previsto no art. 495 do CPC.¹²¹ A solução apresentada tem a sua lógica, mas também esbarra no art. 495 do CPC. A sugestão deve ser tomada como de *lege ferenda*.

Sem embargo do exposto, outra é a situação no caso de *indeferimento* da liminar. Vimos que a essa decisão não se agrega o efeito vinculante. Por isso, o STF tem entendido que não há a suspensão dos processos individuais que tratam da mesma norma

¹²⁰ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 73.

¹²¹ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 75-76.

que é objeto da via de controle abstrato, ficando livre, pois, o exercício do controle difuso.¹²²

Contudo, há quem pondere pela conveniência de se determinar o sobrestamento desses feitos de índole subjetiva; ou seja, não caberia qualquer distinção entre o deferimento e indeferimento da medida de urgência – e tudo a fim de se eliminar o inconveniente de formação da coisa julgada sobre sentença que afrontaria o entendimento definitivo do STF sobre uma mesma questão.¹²³ De outro lado, a experiência daquela Corte tem demonstrado que também podem ser inconvenientes e até maléficos os efeitos da paralisação de feitos em todo o país, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional e a credibilidade do Poder Judiciário, tanto mais com a demora inevitável da decisão definitiva da via abstrata. Deve prevalecer, em nosso sentir, o atual posicionamento de nosso Pretório Excelso acerca do assunto.

Ainda na hipótese de indeferimento da medida de urgência no âmbito da via abstrata, vale registrar entendimentos no sentido de que tal decisão também não interfere na instauração do incidente de constitucionalidade previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC. Isto é, não haveria dispensa da reunião plenária pelo tribunal, pois não poderia ser considerada vinculante a decisão do controle direto que não examinou, em caráter definitivo, se a norma é constitucional ou inconstitucional.¹²⁴

¹²²Recl-AgR-MG 2810, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.11.2004

¹²³Nesse sentido, vide Celso Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, op. cit., p. 243.

¹²⁴Cf. Délton Pastore, *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 222. Por razões inversas, semelhante orientação se aplica: “a existência de liminar torna incabível ou prejudicado o incidente de inconstitucionalidade” (Teori Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 69).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade surtem efeitos processuais que se propagam ora com pouca nitidez, ora com pontos de incoerência em relação à sistemática processual vigente.

Assim, com o escopo de encontrar soluções para as dúvidas que daí emergem, o presente trabalho se propôs a examinar tema que reúne a um só tempo as qualidades do “clássico” e do “inovador”. Clássico, porque a eficácia dos provimentos judiciais foi profundamente analisada por doutrinadores nacionais e estrangeiros de escol, entre os séculos XIX e XX, deixando diretrizes até hoje empregadas no cenário processual. Inovador, porque no domínio da jurisdição constitucional, há peculiaridades que conferem outros e novos contornos aos efeitos das decisões ali editadas.

Um primeiro passo para compreender esse quadro é ter em mente que tais efeitos variam de acordo com as possíveis combinações dos diferentes tipos de controle de constitucionalidade. E podem variar, também, conforme a natureza jurídico-processual da decisão.

Sob a ótica das eficácias subjetiva e temporal das decisões, a conjugação de fatores acima expostos trazia o seguinte resultado: o controle incidental, difuso e concreto se associava exclusivamente a efeitos *inter partes* e *ex tunc*, enquanto que na fiscalização principal, concentrada e abstrata, os efeitos eram *erga omnes* e – igualmente - *ex tunc*. E isso até bem pouco tempo atrás.

Esse cenário teve alterações e não mais se pode adotar com rigidez a sistematização acima exposta.

Os maiores responsáveis pelas mudanças são a modulação de efeitos (que, com maior frequência, vem sendo posta em prática pelos órgãos judiciais) e as inovações legislativas (que, a par de conferir força muito mais que persuasiva aos precedentes dos tribunais superiores, consagram a tendência expansiva das decisões do STF, mesmo se oriundas da via incidental). E não apenas isso: as construções jurisprudenciais (notadamente a da nossa Corte Suprema) também têm a sua parcela de contribuição, esculpindo as características do denominado processo objetivo (da via abstrata) e transportando parte dessas idéias para a sede difusa e incidental. Some-se a isso a inegável

assimilação sistêmica da “repercussão geral” e da súmula vinculante como institutos que alargam a abrangência da eficácia do julgado, e eis que temos um novo quadro da eficácia das decisões na órbita do controle judicial de constitucionalidade.

A propósito, em apertadíssima síntese, seria possível assim delinear a configuração atual de boa parte dos efeitos aqui estudados:

(a) *sob a ótica da eficácia subjetiva e temporal:*

(a.1) na via difusa e incidental, as decisões operam, via de regra, efeitos *inter partes*, *ex tunc* e *repristinatórios*. Mas é possível ao julgador *restringir*, excepcionalmente, esses e outros efeitos quando declara a inconstitucionalidade de uma norma. Acaso a decisão seja proferida pelo STF, tem ela projeção expansiva (bem mais ampliativa e abrangente que a dos demais órgãos judiciais).

(a.2) na via concentrada e abstrata, as decisões definitivas operam, via de regra, efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e *repristinatórios*. O STF pode – em caráter excepcional – restringir esses e outros efeitos quando declara a inconstitucionalidade de uma norma. Com relação às liminares: efeitos *erga omnes* e *repristinatórios*; quanto aos efeitos temporais, a regra é que sejam *ex nunc*, e excepcionalmente, *ex tunc*.

(b) *sob a ótica da eficácia vinculante:*

(b.1) na via difusa e incidental, a rigor, as decisões *não* projetam efeitos vinculantes. Eles são encontrados, todavia, nas decisões plenárias dos tribunais (as quais devem ser obedecidas pelos órgãos fracionários, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade) e, também, nas decisões do STF sobre a repercussão geral (os tribunais locais devem ter por diretriz o que foi decidido pelo STF, nos termos CPC, art. 543-B, §§2º e 4º); aponta-se, ainda, a hipótese do art. 321, §5º do RISTF.

(b.2) na via abstrata, decisões definitivas e liminares se revestem de caráter vinculante (embora haja forte controvérsia quanto à vinculação dessas últimas). No que diz ao alcance objetivo da vinculação, predomina o entendimento da transcendência sobre os motivos determinantes da decisão; quanto o alcance subjetivo, ele é direcionado especificamente aos órgãos do Poder Judiciário (exceto o STF, que não se vincula ao que ele mesmo decide) e da Administração Pública; não há alcance sobre o Poder Legislativo (no exercício típico de suas funções e também no exercício de sua função jurisdicional);

(b.3) decorrendo de reiteradas decisões da via difusa, tem efeito vinculante a súmula do STF que atender aos requisitos do art. 103-A, *caput* da CF e da Lei 11.417/2006. Quanto ao alcance objetivo e subjetivo, há uma equiparação ao que se dá no efeito vinculante das decisões da via abstrata (até porque, na essência, o efeito vinculante é o mesmo); efeitos gerais se operam de forma indireta com relação aos particulares; efeitos temporais são *ex nunc* e podem ser modulados.

(c) *sob a ótica dos denominados efeitos secundários (ou paralelos), reflexos, e conexos:*

(c.1) na via incidental, destacam-se: a resolução do Senado Federal e a uniformização da jurisprudência (quando a decisão é proveniente da via recursal ou do STF)

(c.2) na via abstrata, destacam-se: a própria desconstituição ou perda de vigência das leis declaradas inconstitucionais (efeito conexo), a uniformização da jurisprudência

(c.3) na súmula vinculante: o alcance sobre a coletividade de maneira indireta é tida como efeito reflexo do enunciado vinculante.

d) *com relação ao plano da modulação de efeitos*

(d.1) na via incidental e na via abstrata, a rigor, pode tal flexibilização se projetar sobre diferentes dimensões, a depender do contexto levado a julgamento

(d.2) a súmula vinculante igualmente se compatibiliza com o dimensionamento de efeitos, sendo importante a ressalva no sentido da restrição não atingir grau máximo com relação ao efeito vinculante, evitando paradoxo de se criar uma “súmula vinculante que não vincula”.

(e) *com relação às inconstitucionalidades omissivas*

(e.1) há projeção de efeitos *inter partes* e *ex nunc* na via incidental (embora haja a forte tendência do STF em atribuir ampla eficácia subjetiva às decisões do mandado de injunção); o STF acena importante mudança de entendimento jurisprudencial, tendente a admitir soluções normativas para casos concretos na própria ação

(e.2) na via abstrata, há projeção de efeitos *erga omnes*; quanto aos efeitos temporais, são *ex tunc* nas hipóteses em que o texto constitucional fixa prazo para a prática do ato normativo e o legislador não cumpre; são *ex nunc* quando a Constituição não estabelecer qualquer prazo; o STF não vem admitindo a possibilidade daquela própria Corte colmatar a omissão, mediante a criação de expedientes normativos.

Dentre os inúmeros aspectos processuais e inquietações que daí emergem, chama a atenção a possibilidade de um acórdão de recurso extraordinário propagar efeitos que, na prática, muito se aproximam da eficácia *erga omnes*. Ainda não há uma equiparação plena porque, dentre outros fatores, a decisão que contempla a declaração incidental de inconstitucionalidade, apenas por si, não exclui a norma do ordenamento jurídico; essa missão é do Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF. Tal dispositivo constitucional ainda está em vigor, como foi acentuado ao longo do presente estudo.

É forçoso reconhecer, contudo, que a configuração atual do recurso extraordinário (abordada ao longo do trabalho) pode trazer incertezas e – com isso – insegurança jurídica. À exceção do extraordinário decorrente do controle estadual de constitucionalidade, nas demais hipóteses fica a dúvida se a tutela de interesses subjetivos seria um aspecto secundário do recurso ou seu principal escopo. Como sugestão de *lege ferenda*, a lei ordinária deveria especificar de forma clara em que circunstâncias o julgamento dessa modalidade recursal opera tal eficácia generalizante e qual o alcance subjetivo desses efeitos (quem exatamente deve se subordinar àquele comando). A partir daí ficará mais fácil saber se, em determinados casos, podem ser superados óbices como o do prequestionamento e o dos limites do efeito devolutivo daquele recurso.

Digna de regulamentação legal é também a possibilidade de o magistrado da via difusa mitigar o efeito vinculante da decisão tomada em sede de controle abstrato. Como visto, a desobediência desordenada das decisões do STF, a pretexto de se eliminar a injustiça de um caso concreto, pode ser extremamente nociva à coletividade. Critérios objetivos devem ser fixados para essa situação excepcional, pelo que ficam ratificadas as proposições aventadas neste trabalho.

Peculiaridade notável é, ainda, o caráter objetivo dos processos em que se exerce o controle abstrato. De várias formas, seus contornos (muito bem delineados, aliás, pela jurisprudência do STF e por valorosas contribuições doutrinárias) interferem sobre os efeitos das decisões ali prolatadas. A bem da verdade, essas características singulares acenam a tendência de não se visualizar alguns tipos de processo exclusivamente dentro do Código de Processo Civil (como os que voltam à proteção de direitos coletivos). Com efeito, a tentativa de empregar a qualquer custo os institutos do direito processual civil clássico pode resultar em barreiras à proteção da ordem jurídica (e, conseqüentemente, à sociedade).

Sobreleva notar, também, que ainda permanecem os problemas decorrentes da natural interferência entre uma decisão do controle difuso e outra proveniente da fiscalização abstrata. E a essa situação ainda se agrega mais um elemento de imbricação: a súmula vinculante. A complexidade que emerge de um possível conflito entre todos esses pronunciamentos causa um certo alarde doutrinário. Trata-se, contudo, de uma consequência natural de um sistema de constitucionalidade híbrido como o nosso; além disso, o sistema processual oferece soluções (algumas até satisfatórias) para os impasses aí gerados.

Não se pode olvidar, por fim, que a configuração dos efeitos processuais das decisões da jurisdição constitucional ainda está em processo de transição. Sinalizam isso muitos dos elementos apontados ao longo desse estudo: os projetos de lei e de emenda constitucional, tendências doutrinárias e diversos julgamentos do STF, cujo desfecho ainda não ocorreu.

O porvir desse redesenho é extremamente aguardado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALONSO GARCIA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

AMENDOEIRA, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANJOS, João Miguel Coelho dos. *Reclamação constitucional*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. A teoria da inconstitucionalidade induzida. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 35, jan./mar. 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância de questões. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, out./dez. 1999.

_____. Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

_____. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Súmula e súmula vinculante*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Manual do processo de execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

AZZONI, Clara Moreira. *Efeitos do recurso especial e extraordinário*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de injunção*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Mandado de segurança e de injunção. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

_____. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In: _____. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. In: _____. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*. In: _____. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: _____. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 383, jan./fev. 2006.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 246, 1974.

_____. Mandado de injunção. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, out./dez. 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito*. In: _____. *Temas de direito processual: 2. série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Notas sobre alguns aspectos do processo civil e penal nos países anglo-saxônicos*. In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A sentença executiva?* *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004.

_____. *A sentença mandamental: da Alemanha para o Brasil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, jan. /mar. 2000.

_____. *A sentença penal como título executório civil*. *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n. 4, 1971.

_____. *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, dez. 2005.

_____. *Súmula, jurisprudência e precedentes: uma escalada e seus riscos*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 35, maio./jun. 2005.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?* *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, abr./jun. 2003.

_____. *O Senado e o controle de constitucionalidade*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, jan. /jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMÖHL, Debora. *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da Emenda Constitucional n. 45/2004*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BAUMÖHL, Debora. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BEGA, Carolina Brambila. *Repercussão geral das questões constitucionais: aspectos processuais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, abr. 1989.

_____. *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_52/Artigos/Art_Juliano.htm>. Acesso em: 19 maio 2009.

BETTI, Emílio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936.

BITTENCOURT, Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOECHAT, Leda. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONICIO, Marcelo. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio O. O dismantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 67, ago. 2002.

BOULOS, Christiane. *Controle preventivo jurisdiccional de constitucionalidade. Critérios para a sua adoção no Brasil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

BREWER CARIAS, Allan. *La jurisdicción constitucional en America Latina*. In: BELAUNDE, García; Segado, Fernandez (Coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

BUARQUE, Sidney Hartung. Incidente de Inconstitucionalidade – alcance da norma contida no Art. 481, Parágrafo Único do CPC, acrescentado pela Lei 9.756/98. *Revista da EMERJ*, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n. 19, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BURINI, Bruno. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Lei 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, ago. 2000.

BUZUID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CADORE, Márcia. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, v. 1.

_____. *La cassazione civile*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Ed., 1976. v. 7.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 2.

CAMBI, Eduardo Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, abr. 2001.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Tânia Aoki. Efeito vinculante das decisões em ação declaratória de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, jul. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1, v. 2.

CARRAZZA, Roque. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

_____; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Orgs.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO, Ludmila Lavocat Galvão Vieira de. *A 'causa petendi' aberta na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal*. 2002. (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

_____. *Ação civil pública e declaração incidental de inconstitucionalidade*. *ADCOAS Informações Jurídicas e Empresariais*, Rio de Janeiro, n. 8, ago. 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 33, out./dez. 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1952-1953. v. 2.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

CHADAD, Maria Cecília Cury; PIOVESAN, Flávia. *Mandado de injunção: desafios e perspectivas*. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

CHIAVEGATTI, Ricardo. *Coisa julgada: análise das sentenças contrárias à Constituição, no âmbito do sistema jurídico brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

_____. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1935. v. 1.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral da questão constitucional no processo civil brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

COIMBRA, Andrea Leonardo. *Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 4, dic. 1994.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; LAMY, Marcelo. *Reflexões sobre as súmulas vinculantes*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, mar. 2005.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. *O recurso extraordinário e a Emenda Constitucional n. 45/2004: uma abordagem teleológica da nova configuração constitucional e processual civil*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

COSTA, Moacyr Lobo da. Efeitos secundários da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 32, out./dez. 1983.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo (Orgs.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: Ed. Podivm, 2007.

_____. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Ed. Podivm, 2006.

D'AMICO, Marilisa. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*. Milano: Giuffrè, 1993.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELFIN, Ricardo Alessi. *Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DELGADO, José Augusto. *O incidente de arguição de inconstitucionalidade da lei tributária no âmbito do recurso especial*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.

_____. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001.

DERZI, Misabel. *A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no direito tributário*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 758, dez.1998.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 389, jan./fev. 2007.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

DIEFENTHAELER, Augusto Guilherme. Eficácias da sentença. *Revista EMARF*, Escola de Magistratura Regional Federal - TRF 2ª Região, n. 2, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, out./dez. 2000.

_____. A função das Cortes Supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, abr./maio 1998.

_____. *Fundamentos de processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. t. 2.

_____. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v.1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. v. 4.

_____. *Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados: a garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos*. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. In: RENAULT, Sergio Rabello; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). A reforma do Judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A reclamação no processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 61, nov. 2000.

_____. Relativizar a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, 2001.

_____. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 347, jul./set. 1999.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

DINAMARCO, Júlia. *O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente*. In: CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENRIQUES, Enzo. *La sentenza come fatto giuridico*. Padova: Cedam, 1937.

ESTEVES, Délton. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 8, 2001.

_____; _____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set. 2005.

FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2004.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*. Salvador: Ed. Podivm, 2009.

FERNANDES, Rodrigo Pieroni; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, set./out. 2002.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba*, t. 41, 2002.

FERRARI, Regina Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Do efeito ex nunc na declaração de inconstitucionalidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____; NERY JUNIOR, Nelson; CARRAZZA, Roque (Orgs.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

_____; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, set./out. 2002.

FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, v. 4.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista Unifio*, Osasco, ano 2, n. 4, jan. 2001.

_____. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002.

FIELD, Oliver P. *The effect of an unconstitutional Statute*. Washington: BeardBooks, 1999.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do Stare Decisis no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, dez. 2000.

FRANCIULI NETO, Domingos. Argüição de inconstitucionalidade em recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001.

FURTADO, Adroaldo Fabrício. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, abr./jun. 1991.

GALOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 170, out./dez. 1987.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Controle de constitucionalidade na Europa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez., 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Eficácia e extensão das súmulas vinculantes. *Repertório de Jurisprudência IOB: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 17, set. 2005.

GRECO, Leonardo. *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006.

_____. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 18 maio 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, out./dez. 1996.

_____. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 380, jul./ago. 2005.

_____. *Coisa julgada tributária. Objeto do processo e limites objetivos da coisa julgada. Relação tributária una e relação continuativa. Alcance da Súmula 239 do STF. Não incidência da posterior declaração de constitucionalidade*. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 65, dez. 2001.

_____. Controle da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, abr./jun. 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva*. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

_____. Da reclamação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, abr./jun. 2002.

_____. *Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

_____. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 44, nov./dez. 2006.

_____. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

HEKMAN, Glênio. *O cumprimento da norma do Artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente da argüição de inconstitucionalidade: uma nova perspectiva de tratamento*. 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

HENNING, Fernando Alberto Correa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

HITTERS, Juan Carlos. *La jurisdicción constitucional en Argentina*. In: BELAUNDE, García; SEGADO, Fernandez (Coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

IURK, Cassiano Luiz. *Coisa julgada e súmula vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo*. Curitiba: JM Ed., 2008.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 838, ago. 2005.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nut shell*. St. Paul: West Group, 1996.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *As súmulas vinculantes na esteira da Lei 11.417/2006*. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana; CERQUEIRA, Luís Otávio de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Reflexões sobre as súmulas vinculantes*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A ação e suas condições no processo civil de cognição*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). *Processo civil: estudos em homenagem aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 191-208.

_____. *Devido processo legal e antecipação dos efeitos da tutela*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 265-275.

_____. *O duplo grau de jurisdição no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, out./dez. 2006.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. *Coisa julgada erga omnes no direito brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Recurso extraordinário e controle objetivo de constitucionalidade na justiça estadual*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.

_____. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1.

LIMA, Leonardo Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. *Direito, Estado e Sociedade*, São Paulo, n. 14, jan./jul. 1999.

LOBO, Arthur Mendes. Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 45, jan./fev. 2007.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 84, dez. 2005.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MACEDO, Elaine Harzheim. *O mandado de Injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma?* In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MACHADO, Fabio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de Jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-partidária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, jun 2005.

MAIA, Izabelle Albuquerque Costa. *Violação à súmula vinculante e cabimento de ação rescisória*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Súmula vinculante e a EC 45/2004*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008. Tese (Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000. v. 3.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 73, nov. 2003.

_____. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, jan. /mar. 2000.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; _____. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 2, jan. /mar. 1993.

_____; _____ (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de injunção*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

_____; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Coord. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MEDEIROS, Rui. *A declaração de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: Malheiros Ed., 1989.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 245, jul./set. 2005.

MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. In: WALD, Arnoldo (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/9*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O controle incidental e a aplicação do Art. 27 da Lei 9.868/1999*. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 1, n. 12, jun. 2005.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, jan. /jun. 2005.

_____. *Eficácia erga omnes das decisões proferidas em sede de controle abstrato no plano estadual*. *Repertório de Jurisprudência IOB*, Caderno 1, out. 2002. latim em itálico

_____. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, abr./jun. 2004.

_____. Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, abr./jun. 1997.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; _____. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; _____. Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 2, jan. /mar. 1993.

_____; _____. (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Método, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 2.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. 6.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. t. 2.

MORATO, Leonardo Lins. *A reclamação e a sua finalidade para impor respeito à súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MOTTA, Sylvio. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2006.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Da repercussão geral: investigação sobre os aspectos processuais civis do instituto e a mudança de perfil imposta por seu advento ao recurso extraordinário brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____; _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Orgs.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____; CARRAZZA, Roque; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Orgs.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do conteúdo e dos efeitos secundários da sentença civil*. 1998. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

NOTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, jul./set. 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O problema da eficácia da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, out./dez. 2003.

_____. Tutela declaratória executiva? *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 85, maio 2006.

OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Ed. Podivm, 2008.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Ed. Lex, 1993.

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

PARENTE, Eduardo. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PASSAMANI, Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis: efeitos de suas decisões*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2180. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 2, maio 2003.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____; CHADAD, Maria Cecília Cury. *Mandado de injunção: desafios e perspectivas*. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, t. 3,

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

PRUDENTE, Antonio de Souza. A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 31, dez. 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. 2005. Tese (Concurso público para Professor Titular – Departamento de Direito do Estado - Área de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

RAMOS, Saulo. Questões do efeito vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.16, jul./set. 1996.

RE, Edward. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 702, abr. 1994.

RÊGO, Bruno Nuora de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

REIS, Palhares Moreira. O Senado Federal e as leis inconstitucionais. *Revista da Procuradoria Federal Especializada INSS*, Brasília, n. 3, out./dez. 2002.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffré, 1962.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Leud, 1991.

_____. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha. *O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Orgs.). *O processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Mandado de Injunção: de autêntico remédio constitucional à condição de ‘sino sem badalo’. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 131, jan 2006.

ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 4, 2. sem. 1999.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado em via incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 48, set./dez. 1996.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004.

ROTHERBURG, Walter Claudius. *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SANCHES, Sidney. Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. *Revista da Esmape – Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, n. 3, jan./mar. 1997.

SANTIAGO, Myriam Passos. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa Julgada em matéria tributária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1999.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos. Os efeitos das decisões no controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 831, jan. 2005.

SANTOS, Juliana Cavalcante dos. O efeito executivo das sentenças declaratórias: uma visão atual das recentes alterações dos efeitos das sentenças declaratórias e seu caráter executivo numa preocupação clara e do processo civil em dar-lhe efetividade e melhor oferecer a prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 157, mar. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

SATTA, Salvatore. Gli effetti secondari della sentenza. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Milano, v. 11, 1934.

SCAF, Fernando Facury. *Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e ocaso do difuso*. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

SELLERS, Mortimer N. S. The doctrine of precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 54, supplement, 2006.

SHIMURA, Sérgio. *Súmula vinculante*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

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

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, RS, n. 25, maio/jun. 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 13, 2004.

_____. *Curso de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Sérgio André. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade das normas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, ago. 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do Art. 481 do Código de Processo Civil). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 6, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

S.O.S. para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, 11 set. 1990. 1º Caderno, p. 11.

STRECK, Lênio Luiz. *O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04)*. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O estabelecimento do efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade: o efeito revocatório da EC 45 - as razões pelas quais se tornaram inconstitucionais dispositivos da Lei Ordinária (Lei 9.868/99) que tratavam da mesma matéria (efeito vinculante)*. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORNICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

TAGLE VIAL, Pablo Ruiz. Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía ruinosa. *Revista de Derecho Publico*, n. 61, 1998-1999.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 88, nov. 2006.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 2002.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais da civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, abr./jun. 2003.

TAVARES, André Ramos. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto de constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 819, jan. 2004.

_____. *Nova Lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

_____. *Recurso extraordinário: modificações, perspectiva e proposta*. In: DINAMARCO, Pedro; COSTA, Hélio Rubens; RIBEIRO, José Horácio (Coords.). *Linhas mestras do processo civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *A repercussão geral no recurso extraordinário*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, jul./set. 1995.

_____. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 124, jun. 2005.

_____. Arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 2, nov./dez. 1999.

_____. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. Garantias constitucionais do processo civil. *Revista Jurisprudência Brasileira*, n. 159, 1999.

_____. *Mandado de injunção*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, Artigo 741, Parágrafo Único). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 841, nov. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 11.417). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 48, jul./ago. 2007.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 8, 2001.

_____; _____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mandado de injunção, o processo constitucional e os direitos fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoria constitucional: supremacia y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

VASQUEZ SOTELO, José Luiz. *A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'*. In: Temas atuais de direito processual ibero-americano: compendio de relatórios e conferencias apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 378, mar./abr. 2005.

_____. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 638, dez. 1988.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

VIGLIAR, Marcelo. *A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2005.

_____. *Uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2007.

WACH, Adolf. *Manual de derecho processal civil*. Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977. v. 2.

WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública (análise de sua patologia). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 329, jan./mar. 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 66, mar. 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. Breve 'revisita' ao tema da ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, jul./set. 1995.

_____. *Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do Judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, abr. 2004.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. *La giustizia costituzionale*. Nuova Edizione. Bologna: Il Mulino, 1989.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Coord. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, jul. 2005.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>>. Acesso em: 17 maio 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Consulta Tramitação das Proposições*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274765>. Acesso em: 04 abr. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Leis e outras Proposições*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 12 maio 2009.

CORTE COSTITUZIONALE. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=11>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Disponível em: <<http://www.bverfg.de/en/decisions>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84363>. Acesso em: 12 maio 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____. *Pesquisa por Classe*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>.

_____. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>.

_____. *Súmula vinculante*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_14.pdf>.

_____. *Súmulas vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>.