

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE MESTRADO  
“ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL”

ANDRÉ DIAS FERNANDES

*DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO  
STF EM ADIN E ADC:  
EFEITO VINCULANTE, COISA  
JULGADA ERGA OMNES E  
EFICÁCIA ERGA OMNES*

FORTALEZA - CEARÁ  
2007

**ANDRÉ DIAS FERNANDES**

***DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF EM ADIN E ADC:  
EFEITO VINCULANTE, COISA JULGADA ERGA OMNES  
E EFICÁCIA ERGA OMNES***

Dissertação apresentada à Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Doutor João Luis Nogueira Matias

**FORTALEZA - CEARÁ  
2007**

**ANDRÉ DIAS FERNANDES**

***DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF EM ADIN E ADC:  
EFEITO VINCULANTE, COISA JULGADA ERGA OMNES  
E EFICÁCIA ERGA OMNES***

Dissertação submetida à Comissão Examinadora do  
Curso de Mestrado em Direito da Universidade  
Federal do Ceará, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Doutor João Luis Nogueira  
Matias

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Doutor João Luis Nogueira Matias (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof<sup>a</sup> Doutora Margarida de Oliveira Cantarelli  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Prof. Livre Docente Raimundo Bezerra Falcão  
Universidade Federal do Ceará - UFC

A meu Pai celeste, terno amigo de todas as horas, o Senhor do possível e do impossível, a quem devo tudo: muito obrigado, meu Jesus, pela confiança que depositaste em mim.

A meu pai terreno Vicente (*in memoriam*), que viveu a sua vida através da de seus filhos: foi um privilégio inigualável ser seu filho.

A Ivna, com profundo amor.

A meu filho, minha mãe e meus irmãos, com muito carinho.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os que, direta ou indiretamente, colaboraram para a concretização desta dissertação de mestrado.

Agradeço, porém, de maneira especial: a meu pai, Vicente Filgueira Fernandes (*in memoriam*), advogado e pai exemplar, modelo de hombridade e de coragem, de perseverança e de humildade, de entusiasmo e de fé, por sempre ter acreditado que eu poderia fazer o impossível; à minha mãe Bernadete, manancial de serenidade; à minha linda e doce esposa Ivna, companheira fiel de todas as horas; ao meu fantástico filho Andrezinho, e aos meus valorosos irmãos Luis e Byron.

Registro ainda o meu sincero agradecimento ao Dr. Brandão Machado, germanista de escol, excelente interlocutor e figura humana admirável, por sua generosidade para comigo e por ter incentivado, desde o início, o meu apreço pela investigação científica.

Agradeço igualmente ao meu orientador, Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias, pela disponibilidade e pelo apoio na elaboração e na defesa desta dissertação.

Agradeço também à Prof. Dra. Denise Lucena Cavalcante, cujo convívio na Procuradoria da Fazenda Nacional em Fortaleza me incentivou a voltar à vida acadêmica.

Aos demais amigos da Procuradoria da Fazenda Nacional em Fortaleza, todos profissionais brilhantes e que engrandecem a instituição a que pertencem.

Aos meus amigos da graduação e do mestrado na Faculdade de Direito da UFC.

Aos meus amigos juízes federais da 1<sup>a</sup> e da 5<sup>a</sup> Região, meu muito obrigado.

“Há mais a fazer interpretando as interpretações do que interpretando as coisas; e mais livros sobre os livros do que sobre qualquer outro assunto; nós não fazemos mais que nos entreglosar.”  
(MONTAIGNE)

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado, vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela.”  
(ANATOLE FRANCE)

## RESUMO

As decisões da Suprema Corte brasileira (STF) proferidas no controle abstrato de constitucionalidade provocam um enorme impacto em todo o país, porquanto seus efeitos atingem a todos. Não obstante, esses efeitos não são aplicáveis a todos da mesma forma. Assim, alguns são sujeitos ao efeito vinculante — como todos os órgãos administrativos e todos os juízes, tirante a própria Suprema Corte —, ao passo que outros — como os legisladores, no exercício de seu poder legiferante — simplesmente não o são. Por outro lado, todos são atingidos pelo efeito da *res iudicata erga omnes*, incluindo a Suprema Corte e os legisladores. Ademais, o próprio conceito de efeito vinculante ainda não está claro na doutrina e na jurisprudência. De fato, considerando que até mesmo a Suprema Corte ainda não logrou delinear seu raio de alcance, a definição de efeito vinculante remanesce bastante misteriosa. Todavia, uma clara definição é proposta com base no texto constitucional. Além disso, os limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante são analisados, bem como as suas diferenças em relação à coisa julgada *erga omnes* e à eficácia *erga omnes*. É igualmente analisada a possibilidade de manipulação, especialmente temporal, dos efeitos das decisões da Suprema Corte em ADIn (ação direta de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade), mediante o emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Finalmente, é sustentada a necessidade de excepcionar ou relativizar a aplicabilidade do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* em algumas situações extraordinárias, também com esteio nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O uso da técnica da distinção (*distinguishing technique*) é advogado. Alguns casos em que a Suprema Corte mesma e outras Cortes Superiores lançaram mão dessa técnica distintiva são comentados e havidos como paradigmáticos a fim de orientar as decisões em todo o país em futuras situações análogas.

Palavras-chave: controle abstrato de constitucionalidade. Efeito vinculante. Coisa julgada *erga omnes*. Limites objetivos e subjetivos. Proporcionalidade e razoabilidade. Técnica distintiva.

## ABSTRACT

The decisions of the Brazilian Supreme Court (STF) taken in the so called abstract control of constitutionality provoke a huge impact all over the country, for its effects reach everyone. Nonetheless, those effects are not applicable to everyone in the same way. Thus, some are compelled by the binding effect (“efeito vinculante”) — like all the administrative organs and all the judges, barring the Supreme Court itself —, while others — such as the legislators, when exerting their legislative powers — simply are not. On the other hand, everyone is bound by the *res iudicata erga omnes* effect, including the Supreme Court and the legislators. Furthermore, the self concept of binding effect (“efeito vinculante”) is not yet clear in the doctrine and in the jurisprudence. As a matter of fact, considering that even the Supreme Court has not outlined its range, the definition of binding effect remains quite mysterious. Nevertheless, a plain definition is proposed, based upon the constitutional text. Moreover, the objective and subjective limits of the binding effect are analyzed, as well as the differences with regard to the *res iudicata erga omnes* and to the *erga omnes* efficacy (“eficácia *erga omnes*”). It is also analyzed the possibility of manipulation, especially in time, of the effects of the Supreme Court’s decisions in ADIn (direct action of unconstitutionality — “ação direta de inconstitucionalidade”) and ADC (declaratory action of constitutionality — “ação declaratória de constitucionalidade”), supported by the principles of proportionality and reasonableness. Finally, it is sustained the necessity of overriding the applicability of the binding effect and the *erga omnes* efficacy in some exceptional situations, also based on the principles of proportionality and reasonableness. The use of the *distinguishing* technique is advocated. Some cases in which the Supreme Court itself and other Superior Courts did that are commented on and held as paradigmatic in order to guide the decisions all over the country in future analogous situations.

Keywords: abstract control of constitutionality. Binding effect. *Res iudicata erga omnes*. Objective and subjective limits. Proportionality and reasonableness. *distinguishing* technique.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>15</b>
<b>1.1. Conceito de inconstitucionalidade</b> .....	<b>15</b>
1.1.1. Dos elementos da inconstitucionalidade .....	<b>15</b>
<b>1.2. Espécies de inconstitucionalidade (normativa, não-normativa, formal, material, originária, superveniente, total, parcial, por ação, por omissão, direta e indireta)</b> .....	<b>20</b>
<b>1.3. Conceito, objeto e parâmetro do controle de constitucionalidade</b> .....	<b>30</b>
1.3.1. Bloco de constitucionalidade.....	<b>36</b>
<b>1.4. Natureza do controle de constitucionalidade</b> .....	<b>39</b>
<b>1.5. Os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade</b> .....	<b>39</b>
1.5.1. Classificação .....	<b>40</b>
1.5.1.1. <i>Momento a partir do qual podem ser ajuizadas a ADIn e a ADC</i> .....	<b>42</b>
<b>1.6. Semelhanças e dissimilaridades entre o controle abstrato e o concreto</b> .....	<b>47</b>
1.6.1. Normas passíveis de controle abstrato de constitucionalidade.....	<b>52</b>
1.6.2. Ofensa direta e ofensa indireta à Constituição .....	<b>54</b>
1.6.3. Condições da ação e pressupostos processuais.....	<b>56</b>
1.6.3.1. <i>Legitimados à propositura de ADIn e ADC</i> .....	<b>58</b>
1.6.3.1.1. <i>Pertinência temática</i> .....	<b>60</b>
1.6.3.2. <i>Representação processual e capacidade postulatória</i> .....	<b>61</b>
1.6.3.3. <i>Impedimento e suspeição</i> .....	<b>62</b>
1.6.3.4. <i>Carência originária e superveniente do direito de ação</i> .....	<b>64</b>
1.6.4. O pedido na ADIn e na ADC .....	<b>66</b>
1.6.4.1. <i>O pedido de medida cautelar na ADIn e na ADC</i> .....	<b>67</b>
<b>2. CONSEQÜÊNCIAS DA INCONSTITUCIONALIDADE E DE SUA DECLARAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>69</b>
<b>2.1. Inexistência, nulidade e anulabilidade</b> .....	<b>69</b>

<b>2.2. Da sanção de nulidade absoluta</b> .....	<b>74</b>
2.2.1. Dos efeitos pretéritos residuais do ato nulo: teoria da paraeficácia do ato nulo	74
<b>2.3. Da revogação da norma</b> .....	<b>81</b>
2.3.1. Conceitos de vigência, eficácia, revogação, recepção e reprivatização .....	<b>81</b>
2.3.1.2. <i>Os equívocos conceituais e suas conseqüências</i> .....	<b>81</b>
<b>2.4. A questão do controle abstrato da legislação pré-constitucional</b> .....	<b>85</b>
2.4.1. O <i>status quæstionis</i> no direito comparado.....	<b>85</b>
2.4.2. O <i>status quæstionis</i> no STF .....	<b>86</b>
2.4.3. Crítica à posição do STF .....	<b>87</b>
2.4.3.1. <i>Da revogação por inconstitucionalidade</i> .....	<b>87</b>
2.4.3.2. <i>Inconstitucionalidade sem nulidade</i> .....	<b>91</b>
2.4.3.3. <i>Vigência da norma e atualidade da ofensa à Constituição</i> .....	<b>93</b>
2.4.3.4. <i>Exceção à regra da revogação por inconstitucionalidade: o caso da inconstitucionalidade superveniente por mutação fática ou da interpretação da norma</i> .....	<b>99</b>
2.4.3.5. <i>Da constitucionalidade superveniente</i> .....	<b>101</b>
2.4.3.6. <i>Da conveniência do controle abstrato da legislação pré-constitucional</i> .....	<b>102</b>
<b>3. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>104</b>
<b>3.1. Suspensão da execução de lei e revogação</b> .....	<b>105</b>
<b>3.2. Natureza jurídica da resolução senatorial</b> .....	<b>107</b>
<b>3.3. Competência discricionária e competência vinculada</b> .....	<b>108</b>
<b>3.4. Eficácia retroativa e eficácia prospectiva</b> .....	<b>110</b>
<b>3.5. “Efeito reprivatatório” ou não da resolução</b> .....	<b>114</b>
<b>3.6. Revogabilidade ou não da resolução suspensiva</b> .....	<b>115</b>
<b>3.7. Desnecessidade de comunicação formal ao Senado</b> .....	<b>115</b>
<b>3.8. Mutação jurisprudencial</b> .....	<b>116</b>
<b>3.9. Controle da constitucionalidade da resolução</b> .....	<b>116</b>
<b>3.10. Posição hierárquico-normativa da resolução</b> .....	<b>117</b>
<b>3.11. Conclusões parciais</b> .....	<b>118</b>

<b>4. EFICÁCIA DAS DECISÕES DEFINITIVAS DO STF EM ADIN E ADC: ESPECIFICIDADES DO CONTROLE CONCENTRADO</b> .....	<b>119</b>
<b>4.1. A natureza objetiva do processo constitucional e suas implicações</b> .....	<b>119</b>
4.1.1. É possível um processo sem partes?.....	<b>119</b>
4.1.2. A eficácia <i>erga omnes</i> como decorrência da natureza objetiva do processo constitucional.....	<b>121</b>
4.1.3. O efeito vinculante como decorrência da opção do legislador constituinte ....	<b>123</b>
4.1.4. Distinção entre coisa julgada <i>erga omnes</i> , eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante .....	<b>124</b>
4.1.4.1. Diferença quanto à técnica processual.....	<b>131</b>
4.1.4.2. A súmula vinculante .....	<b>134</b>
4.1.5. Da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> implícita na coisa julgada <i>erga omnes</i> , na eficácia <i>erga omnes</i> e no efeito vinculante.....	<b>136</b>
4.1.6. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada <i>erga omnes</i> .....	<b>145</b>
4.1.6.1. Limites objetivos .....	<b>146</b>
4.1.6.1.1. Vinculação de todos à parte dispositiva do acórdão definitivo .....	<b>146</b>
<b>A.</b> Da impossibilidade de alteração da <i>causa petendi</i> e da não-vinculação do STF à <i>causa petendi</i> invocada como decorrência do princípio <i>jura novit curia</i> e da natureza objetiva (e, portanto, indisponível) do processo .....	<b>147</b>
<b>B.</b> Da vinculação do STF ao pedido .....	<b>148</b>
<b>C.</b> Da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento.....	<b>149</b>
<b>D.</b> Da possibilidade de aditamento do pedido .....	<b>151</b>
4.1.6.2. Limites subjetivos.....	<b>152</b>
4.1.6.2.1. Autovinculação do STF à coisa julgada <i>erga omnes</i> .....	<b>153</b>
4.1.7. Limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante.....	<b>157</b>
4.1.7.1. Limites objetivos .....	<b>157</b>
4.1.7.1.1. Efeito vinculante: vinculação aos motivos determinantes (“ <i>tragende Gründe</i> ”) ou à parte dispositiva da decisão? .	<b>157</b>
4.1.7.2. Limites subjetivos.....	<b>166</b>
4.1.7.2.1. Inexistência de autovinculação do STF.....	<b>166</b>

4.1.7.2.2. <i>Inexistência de vinculação do Poder Legislativo</i> .....	167
<b>4.2. O denominado “efeito repristinatório” e o efeito vinculante</b> .....	170
4.2.1. O “efeito repristinatório” injusto ou indesejado .....	172
4.2.1.1. Da necessidade de cumulação de pedidos e seus inconvenientes .....	173
4.2.2. Relações entre o “efeito repristinatório” e o efeito vinculante .....	176
<b>4.3. A impossibilidade de renovação de prazos decadenciais e prescricionais já exauridos em virtude da decisão do STF</b> .....	179
4.3.1. Declaração de inconstitucionalidade e repetição de indébito tributário .....	181
4.3.2. A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.232/2005 .....	183
<b>4.4. A manipulação dos efeitos da decisão definitiva de mérito em ADIn e ADC</b> .....	188
<b>5. A NATUREZA DÚPLICE DA ADIN E DA ADC</b> .....	196
<b>5.1. A produção de coisa julgada material e efeito vinculante nas decisões definitivas de procedência e de improcedência</b> .....	196
5.1.1. A questão no direito comparado .....	196
5.1.2. A questão no STF .....	198
<b>6. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO LIMITAÇÃO AO EFEITO VINCULANTE E À EFICÁCIA <i>ERGA OMNES</i></b> .....	200
<b>6.1. Casos em que o próprio STF relativizou o efeito vinculante e a eficácia <i>erga omnes</i></b> .....	202
6.1.1. O caso da Rcl nº 1067 .....	203
6.1.2. O caso da ADIn nº 223 .....	206
<b>6.2. O caso da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública</b> .....	211
<b>CONCLUSÕES</b> .....	213
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	229

## INTRODUÇÃO

Tema dos mais sedutores, o controle concentrado da constitucionalidade está na ordem do dia. Não só por ser um instituto relativamente novo, mas pela própria complexidade da vida moderna, que exige a pronta solução das lides massificadas.

Tantas e tão variegadas têm sido as inovações jurisprudenciais imprimidas pelo STF ao controle abstrato de constitucionalidade desde a Constituição de 1988<sup>1</sup>, e tantas tendências novas se têm entremostrado, que se pode afirmar que um novo controle concentrado de constitucionalidade está em gestação no Brasil.

A despeito do grande número de obras publicadas e da recentidade do instituto, o controle de constitucionalidade tem surpreendido pelas novas questões suscitadas a cada dia na práxis forense, sobretudo no âmbito do controle *abstrato* efetuado pelo STF.

A complexidade, a novidade e a variedade dessas questões, para as quais não há uma sistematização doutrinária, têm desafiado a argúcia dos membros do STF, levando-o a conduzir esse processo de sistematização que é próprio da doutrina.

A autoridade das decisões do STF — derivada assim da sua competência constitucional de emitir a palavra final sobre as questões afeitas ao controle de constitucionalidade, como da indisputável capacidade técnica de seus Ministros —, se por um lado proporciona *segurança*, por outro *inibe e atrofia* o tratamento doutrinário da matéria.

Com efeito, percebe-se muitas vezes um quase temor na doutrina em versar questões já pacificadas no seio do STF. Ocorre que as decisões do STF, sem embargo de sua autoridade, não são necessariamente expressão da verdade absoluta: como toda obra humana, carregam a marca da falibilidade inerente ao gênero humano, não sendo, portanto, imunes à *crítica científica*.

---

<sup>1</sup> Como exemplos, podem ser mencionados, dentre muitos outros: (a) a admissão da ação declaratória de constitucionalidade (ADC); (b) a compreensão da ADIn e da ADC como ações dúplices; (c) a extensão do efeito vinculante à ADIn e às medidas cautelares em ADIn e ADC; (d) a possibilidade de suspensão da prolação de decisões ou do andamento dos processos subjetivos em que a questão constitucional figure como prejudicial ao exame do mérito; (e) o reconhecimento do cabimento da reclamação tanto para a proteção da autoridade das decisões proferidas em ADC, como das decisões prolatadas em ADIn.

De modo que a visão jurisprudencial e a visão doutrinária, nem sempre coincidentes, muito têm a contribuir para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

Na verdade, o próprio STF já reclamou certa falta da ausência de críticas doutrinárias aos seus acórdãos. E não tem medido esforços para tanto: prova disso é a *publicização* cada vez maior das suas decisões, hoje facilmente acessíveis a qualquer pessoa em qualquer parte do mundo pela *Internet*, na qual estão disponíveis, com eficientes mecanismos de busca, não apenas as ementas, mas outrossim os inteiros textos de praticamente todos os acórdãos do STF, incluindo os mais antigos. Os Informativos de Jurisprudência do STF, semanalmente publicados em papel e na *Internet*, testificam o desejo da Suprema Corte de ver comentadas e debatidas as suas decisões.

Esse fenômeno da publicização das decisões judiciais não se adstringe ao STF, senão que se espalha por todo o Poder Judiciário<sup>2</sup>, sinalizando uma abertura à sociedade nunca antes vista.

Impende, portanto, dilatar tanto quanto possível o debate sobre as novas questões emergentes no controle de constitucionalidade, a fim de que o instituto evolua sobre um sólido alicerce, legitimado por um amplo processo dialético e científico, do qual participe toda a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, até porque as decisões do STF, designadamente no controle abstrato, produzem um profundo impacto em todas as decisões judiciais, administrativas e legislativas.

*A solução coletiva das lides é inevitável na moderna sociedade globalizada, caracterizada pela existência de conflitos de massa, e essencial para que o Estado consiga dar uma resposta rápida ao jurisdicionado, sem correr o risco de entrar em colapso, ante a multitudine das ações.*

Essa necessidade de abreviar o caminho rumo à Justiça, consubstanciada na decisão final do Poder Judiciário, asoberbado por um ingente

---

<sup>2</sup> Até mesmo as decisões da Justiça de 1º grau têm sido publicadas na *Internet*: as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, compostas por Juizes Federais de 1º grau, estão disponíveis na *Internet* em vários sites ([www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br) e [www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br), dentre outros).

Merecem ainda especial destaque os *processos virtuais* no âmbito dos JEFs, cujos inteiros textos estão disponíveis 24 horas por dia, em qualquer lugar do mundo, a qualquer pessoa que tenha acesso à *Internet*. No *processo virtual*, não existem os autos processuais de papel, como os conhecemos: o processo é inteiramente virtual, e os *autos virtuais* estão *integralmente* (e não apenas as decisões do juiz) disponíveis na *Internet*. Essa revolucionária inovação já é uma realidade na Justiça brasileira: em praticamente todos os Estados-membros, o processo virtual está em plena operação, quebrando paradigmas e agilizando enormemente a entrega da prestação jurisdicional.

volume processual capaz de inviabilizar por completo seu funcionamento, gera uma tendência à *concentração do poder decisório* nas mãos dos órgãos de cúpula, que se manifesta na edição de inúmeras *súmulas* de jurisprudência (a algumas das quais se agregou *eficácia vinculante* semelhante à das decisões do STF em ADIn e ADC) e na *ampliação da eficácia das decisões* proferidas no controle abstrato de constitucionalidade.

Sucedem que essa função aproxima o Poder Judiciário — concebido para resolver, mediante a *norma individual concreta* contida na sentença, os *conflitos concretos* — do Poder Legislativo, concebido para resolver os conflitos de interesse *no plano abstrato das normas*.

Ocorre que, ao exercitar essa atividade similar à do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode prescindir dos elementos que emprestam *legitimidade* à atuação do Poder Legislativo, assim como também não pode prescindir da adoção de mecanismos que permitam *amoldar o comando genérico e abstrato* da sua decisão às *peculiaridades* do caso concreto, *tarefa esta que sempre desempenhou em relação às normas abstratas e genéricas emanadas do Poder Legislativo*.

De feito, só a *pluralização, a democratização do debate* sobre o controle abstrato de constitucionalidade e a *utilização de válvulas de escape* são capazes de contrabalançar e *legitimar* decisões tão genéricas, tão abstratas e até mais coercitivas do que as próprias leis, garantindo-lhes *justiça*.

À luz dessas premissas, serão objeto de análise científica no vertente trabalho os efeitos das decisões do STF em ADIn (ação direta de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade) e as *limitações inerentes a esses efeitos*.

Não serão, porém, objeto de consideração as decisões proferidas pelo STF em ADIn por omissão, na ação direta interventiva, em mandado de injunção e em ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), porquanto exigem, em razão das peculiaridades próprias de cada qual, estudo separado, inviável nesta sede.

Animado desse espírito crítico é que se recorrerá às fontes doutrinárias, jurisprudenciais, constitucionais e legais em sentido estrito (infraconstitucionais).

Não se negligenciará o contributo do direito comparado sempre que for oportuna sua invocação.

# 1. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## 1.1. Conceito de inconstitucionalidade

A precisão do conceito de inconstitucionalidade é essencial para o adequado trato da matéria objeto do vertente trabalho. Todavia, esse conceito tem andado de mistura com elementos *extrínsecos* a ele. Cumpre, portanto, expurgá-lo dos elementos que lhe são estranhos, isto é, dos elementos *não-constitutivos* do conceito de inconstitucionalidade.

### 1.1.1. Dos elementos da inconstitucionalidade

Como já tivemos oportunidade de sustentar alhures<sup>3</sup>, “a *inconstitucionalidade* é uma **relação**: uma *relação de incompatibilidade* com uma Constituição eleita como parâmetro de confronto. Essa é a sua natureza jurídica, assim como a *constitucionalidade* tem a natureza jurídica de uma **relação de compatibilidade**.”<sup>4</sup>

Na expressão de JORGE MIRANDA<sup>5</sup>:

“Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam *conceitos de relação*: a *relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento —* que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe em seu sentido, que tem nela ou não a sua base. [...] De modo pré-sugerido, resultam do confronto *de uma norma ou de um acto* com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.”

Essa relação de compatibilidade ou de incompatibilidade com a Constituição pode dar-se não só entre uma norma e a Constituição, mas, por igual, entre

---

<sup>3</sup> FERNANDES, André Dias. Inconstitucionalidade e constitucionalidade supervenientes, revogação e controle de constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, ano 3, nº 6, pp. 211-227, jul./dez. de 1999, p. 226.

<sup>4</sup> No mesmo sentido: ADIn nº 595. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 26.02.2002. Informativo nº 258 do STF, “transcrições”.

<sup>5</sup> *Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, t. II, pp. 310-311.



qualquer ato (normativo ou não-normativo, comissivo ou omissivo)<sup>6</sup> ou situação e a Constituição eleita como parâmetro de contraste.

Pode ocorrer ainda entre *qualquer Constituição eleita como parâmetro de confronto* (incluindo as Constituições não mais vigentes<sup>7</sup> e as estrangeiras) e qualquer ato (incluindo os revogados, os estrangeiros e os já exauridos<sup>8</sup>) ou situação. No entanto, essa relação de compatibilidade ou de incompatibilidade só será *juridicamente relevante* se ocorrer entre uma Constituição *vigente* e atos ou situações *a ela sujeitos, tanto temporal, como espacialmente*. Só nessas condições é que será possível a existência de um *controle* sobre a sua constitucionalidade.

São, portanto, *elementos constitutivos da inconstitucionalidade*: (a) uma Constituição eleita como parâmetro de confronto; (b) um ato (normativo ou não-normativo, comissivo ou omissivo) ou situação; e (c) a desconformidade entre os dois elementos anteriores.

São *elementos da inconstitucionalidade juridicamente relevante*: (a) uma Constituição *vigente* eleita como parâmetro de confronto; (b) um ato (normativo ou não-normativo, comissivo ou omissivo) ou situação *sujeitos, temporal e espacialmente, à Constituição-parâmetro*<sup>9</sup>; e (c) a desconformidade entre os dois elementos anteriores.

*A atribuição de invalidade não é efeito necessário e automático da inconstitucionalidade*, variando de um ordenamento jurídico para outro.

---

<sup>6</sup> Nesse mesmo sentido: “Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando *normas* incompatíveis com a Constituição, mas também por atos ou omissões a ela contrários. [...] É equivocada, destarte, a idéia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as ‘inconstitucionalidades’ podem derivar do comportamento *de vários agentes* e ser perpetradas por *diversos modos*. Inconstitucional será o ato ou a omissão *do particular* não-compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão *do administrador público*, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato *do juiz* que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 13-14.)

<sup>7</sup> Exemplificativamente: um ato normativo qualquer pode ser contrário à Constituição de 1946, e, portanto, inconstitucional em face da referida Constituição *ainda hoje*, apesar da substituição desta pelas Constituições subseqüentes. Contudo, essa inconstitucionalidade só será juridicamente relevante se o ato normativo houver sido editado durante o período de vigência daquela Constituição. Se lhe for posterior, *em princípio*, não será juridicamente relevante, em razão da regra *tempus regit actum*. (Asseverou-se “em princípio” porque o ato normativo poderia ter eficácia retroativa e a Constituição vigente à época de sua edição e poderia permitir a retroação desses efeitos, hipótese em que o exame da constitucionalidade do ato seria feito à luz da Constituição substituída.)

<sup>8</sup> Nesse sentido doutrina, corretamente, JORGE MIRANDA (*Manual...*, p. 341).

<sup>9</sup> Não há, todavia, necessidade de que o ato normativo seja vigente para que a inconstitucionalidade seja juridicamente relevante: se o ato normativo estiver no período de vacância e houver uma alteração na Constituição que o torne incompatível com esta (= inconstitucional), será desde logo havido por inconstitucional e, conseqüentemente, impedido de entrar validamente em vigor. Portanto, *a despeito de não estar em vigor*, o ato pode estar eivado de uma inconstitucionalidade juridicamente relevante.

Em determinados ordenamentos, a norma inconstitucional não é reputada inválida enquanto não se lhe declare judicialmente a invalidade, com efeitos *ex nunc*; nesse caso, a norma, apesar de inconstitucional, só passa a ser inválida após a decisão judicial (que tem natureza *constitutiva negativa*, e não meramente declaratória), sendo preservados integralmente os efeitos produzidos entre a data de sua entrada em vigor e a data em que passar a produzir efeitos a decisão judicial desconstitutiva<sup>10</sup>.

Noutros, como o ordenamento jurídico brasileiro atual, a norma constitucional é tida por inválida desde o momento em que se verificou a inconstitucionalidade, constituindo, *por via de regra*<sup>11</sup>, *fenômenos inseparáveis a inconstitucionalidade e a invalidade*; nesse caso, a decisão judicial tem natureza *meramente declaratória*, produzindo, em princípio, efeitos *ex tunc*.

Às vezes, apesar da gravidade da inconstitucionalidade, a invalidade pode não importar sequer em *nulidade relativa*: é o caso da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro atual. Na ADIn por omissão, conquanto o STF declare a existência de uma *inconstitucionalidade* por omissão, e, por conseguinte de uma invalidade por omissão (= desconformidade com o ordenamento jurídico), *não há declaração de nulidade* como na ADIn por ação: a consequência jurídica da declaração da inconstitucionalidade consiste na *mera ciência ao Poder competente de que está em mora*. Destarte, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, a nulidade absoluta, *em regra*, não é *sanção* cominada ao *vício* da inconstitucionalidade *por omissão*.

<sup>10</sup> É o sistema austríaco. Confira-se o teor do art. 140.5 da Constituição da Áustria: “**Article 140. [...] (5)** The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to Paragraph (4) above. *The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.*” (Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 26.02.2007.) No sistema austríaco, de inspiração kelseniana, a lei não é considerada *inválida* mas eficaz até a decisão da Corte Constitucional: a lei é considerada *válida* e eficaz até a decisão da Corte. É a decisão da Corte que *invalida* a lei. Até porque o conceito de invalidade no direito austríaco é inspirado na doutrina kelseniana que define validade da norma como a sua *pertença ao ordenamento jurídico*: a norma só é inválida depois de expulsa do ordenamento jurídico. Essa eliminação pode ser operada pela Corte Constitucional, que atua como “legislador negativo”. Diferentemente, no direito brasileiro, há casos excepcionais em que a norma inconstitucional é *inválida* mas *eficaz* até a declaração judicial. Assim, no nosso sistema, *em regra*, tal questão se resolve no plano da *eficácia*, e não no da existência nem no da validade: a norma inconstitucional é *inválida*, *nula* (jamais *anulável*), mas, excepcionalmente, pode ser *eficaz* (teoria da *paraeficácia* do ato nulo); *excepcionalmente*, quando ausentes os elementos mínimos exigidos pela própria CF-88 à existência jurídica da norma, a “norma” inconstitucional pode ser *juridicamente inexistente* (nesse caso, a questão se resolve já no plano da *existência*, e não no da validade ou da eficácia, pois não há falar em “invalidade” ou em “ineficácia” de uma “norma” que nem sequer existe juridicamente).

<sup>11</sup> Há exceções. Conforme retromencionado, a inconstitucionalidade pode acarretar a própria inexistência jurídica da “norma”, e, em assim sendo, não se pode afirmar que tal “norma” seja inválida, porque só se pode *qualificar juridicamente* (plano da validade) o que *existe juridicamente* (plano da existência).

Todavia, para JORGE MIRANDA e CARLOS BLANCO DE MORAIS, a inconstitucionalidade *não seria um vício*.

Assevera o primeiro<sup>12</sup>:

“A inconstitucionalidade *não é um vício, embora em concreto resulte de um VÍCIO que inquina o comportamento de qualquer órgão de poder. Não redunde, desde logo, em invalidade, embora a determine ou possa determinar. Nem é um valor jurídico negativo, embora a invalidade constitucional acarrete nulidades constitucionais.*”

Apregoa o segundo<sup>13</sup>:

“Podemos definir singelamente inconstitucionalidade de um acto jurídico-público como a *desconformidade do mesmo acto com o parâmetro constitucional a que se encontra submetido*.

A relação de incompatibilidade de um acto com o princípio ou norma constitucional com a qual se deveria conformar pode definir-se como uma modalidade de *relação de desvalor* das condutas jurídico-públicas, dado que dela resulta, por regra, a depreciação jurídica do mesmo acto.

Trata-se, ademais, da modalidade de *relação de desvalor* dotada de maior relevância ou essencialidade, já que a regra ofendida, a Constituição, encima a hierarquia do sistema normativo estadual [...].”

E mais ao diante continua o Professor lisbonense<sup>14</sup>, criticando, sem razão, o Tribunal Constitucional por aludir à inconstitucionalidade como um *vício*:

“Considera-se vício de um acto inconstitucional a *ocorrência de um defeito ou de uma deformidade nos pressupostos ou nos elementos do acto, gerada pela desconformidade deste último com um parâmetro inserto na Constituição*.

Nem sempre a expressão ‘vício’ é utilizada com a devida propriedade.

Por exemplo, o Tribunal Constitucional português no seu Acórdão no 268-88, aludiu a um critério de consunção de vícios, para então justificar que uma lei tida simultaneamente como inconstitucional e ilegal fosse julgada em sede de inconstitucionalidade, *pelo facto de se tratar do ‘vício’ mais grave*.

*Na verdade e em bom rigor, não se tratava de um vício*, mas da natureza do parâmetro normativo ofendido, o qual poderia ser ou a Constituição, ou uma lei qualificada [...].

O que estava em causa era, na verdade, uma cumulação de *relações de desvalor, e não, pelo menos a título principal, uma cumulação de vícios.*”

<sup>12</sup> *Manual...*, p. 337.

<sup>13</sup> *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 131.

<sup>14</sup> *Justiça constitucional...*, p. 136.

JORGE MIRANDA incorre numa petição de princípio: para ele, a inconstitucionalidade *não seria um vício*, conquanto *derivasse de um vício* que macula o comportamento do órgão de poder. Sucede que o ato só pode ser considerado um *vício maculador* do comportamento do órgão de poder *se for inconstitucional*: só após analisar se o ato contraria a Constituição (= é inconstitucional) é que se pode qualificá-lo como um *vício* em concreto, um *defeito* concreto, uma *falha* concreta. O fato de o ato concreto *ser inconstitucional* é que o torna um *vício*, e não o contrário. É a inconstitucionalidade que torna o ato *defeituoso*. O ato é defeituoso porque é inconstitucional, *porque é portador do vício supremo da inconstitucionalidade*. Sem inconstitucionalidade não há vício, não há defeito. Exemplo: um ato normativo editado em desobediência ao *quorum* constitucionalmente estatuído é portador de um vício de inconstitucionalidade. A desobediência ao *quorum* é um *fato concreto* que torna o *ato normativo* inconstitucional. A desobediência ao *quorum* (fato concreto) só pode ser considerada um vício, um defeito, porque é *em si mesma* inconstitucional (desconforme com a Constituição).

Mas a inconstitucionalidade *em si mesma* (= desconformidade do ato com a Constituição, norma hierarquicamente superior) também é um vício, um defeito, o qual se *comunica* ao ato inconstitucional, que por isso passa a ser *defeituoso, viciado*. É evidente que a desconformidade de um ato com a Constituição não é, *em si mesma*, algo *regular, normal*, mas sim algo *irregular, anormal*, em suma, uma *anomalia*. No exemplo acima subministrado, *a própria desconformidade* do ato normativo (editado em desobediência ao *quorum* constitucional) com a Constituição (= inconstitucionalidade) é, em si mesma, *um vício, um defeito*, que *contamina* o ato normativo, tornando-o *defeituoso, viciado*.

Importa exarar que o STF freqüentemente se refere à inconstitucionalidade como um “vício”, um “vício supremo”.

Portanto, como se vê, as noções de *invalidade* e de *sanção*, conquanto *relacionadas*, são *extrínsecas* ao conceito de inconstitucionalidade (= vício).

## 1.2. Espécies de inconstitucionalidade (normativa, não-normativa, por ação, por omissão, formal, material, originária, superveniente, total, parcial, direta e indireta)

Como visto no item precedente, a inconstitucionalidade pode ser *normativa* ou *não-normativa*, ou seja, tanto podem ser inconstitucionais *normas jurídicas* (inconstitucionalidade normativa), como atos ou situações de natureza não-normativa (inconstitucionalidade não-normativa).

A inconstitucionalidade normativa compreende não só as leis, mas toda e qualquer *norma jurídica* (constitucional<sup>15</sup> ou infraconstitucional), nacional (federal, estadual, distrital, municipal) ou internacional.

Ao vertente trabalho interessa precipuamente a *inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais nacionais (federais, estaduais e distritais)*.

Insta salientar, ademais, que a inconstitucionalidade atinge a *norma em si*, e não meramente o seu *texto*. Aliás, se a norma em si não fosse inconstitucional, mas apenas o texto em que vazada, não haveria como justificar a técnica da declaração de nulidade *sem redução de texto*, largamente utilizada pelo STF. De feito, nessa hipótese, se não é o *texto normativo* que o STF declara inconstitucional, a nulidade só pode recair sobre a *norma em si mesma*<sup>16</sup>.

No entanto, cada ordenamento jurídico tem autonomia para definir se o *controle de constitucionalidade* nele existente admite a declaração da nulidade da norma ou apenas a do texto normativo. No direito brasileiro, diante da adoção pelo STF

---

<sup>15</sup> É o caso das Emendas Constitucionais e das normas *originárias* de Constituições diversas (o fenômeno da recepção de normas constitucionais pretéritas pela nova Constituição, *sem* a perda do nível constitucional, é raro, mas não impossível, bastando que a nova Constituição ressalve expressamente a vigência da norma constitucional pretérita, a qual poderá entrar posteriormente em conflito com Emenda Constitucional à nova Constituição). Normas *originárias de uma mesma Constituição (emanadas do mesmo Poder Constituinte Originário)*, *conquanto possam colidir entre si (como as normas-princípio)*, *não são inconstitucionais*, porquanto integram o mesmo sistema normativo com a mesma *hierarquia normativa*, são partes de um todo *harmonicamente* concebido. A tensão entre normas-princípio originárias de uma mesma Constituição deve ser solucionada à vista da situação concreta, visto que só diante do caso concreto é que se poderá decidir qual norma-princípio possuirá um *peso concreto* maior, malgrado a eventual diferença de *peso abstrato* entre as normas-princípio em colisão. Portanto, o que pode haver é uma mera hierarquia axiológica abstrata entre as normas-princípio oriundas do mesmo Poder Constituinte Originário, nunca uma hierarquia normativa.

<sup>16</sup> Nesse sentido: “Assim, chamado o Poder Judiciário a se pronunciar sobre a validade de uma *norma (e não somente texto de lei)*, verificará se houve ou não ofensa a alguma *norma (e não somente ao texto)* contida, expressa ou implicitamente, na Constituição.” (FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 117.)

da técnica de declaração de nulidade sem redução de texto, não há como não admitir que o controle da constitucionalidade abrange também a norma, e não apenas o seu texto<sup>17</sup>.

A inconstitucionalidade pode ser *material* ou *formal*. Dá-se a inconstitucionalidade *material* quando o *conteúdo* da norma contravém à Constituição. De seu turno, dá-se a inconstitucionalidade *formal* quando a norma contravém às normas constitucionais que regulam o *processo legislativo* ou às normas constitucionais *definidoras de competência legiferante, independentemente de seu conteúdo*. Destarte, *qualquer que seja o conteúdo específico da norma*, se esta contrariar alguma norma constitucional sobre processo legislativo ou sobre delimitação de competência legiferante, será *formalmente* inconstitucional. Se, além disso, o conteúdo específico da norma contrariar alguma norma constitucional, a norma será também *materialmente* inconstitucional<sup>18</sup>.

Há certa divergência na doutrina quanto ao enquadramento da inconstitucionalidade por infringência às normas constitucionais *delimitadoras de competência legiferante*: para uns, seria espécie de inconstitucionalidade material; para alguns, seria espécie de inconstitucionalidade formal<sup>19</sup>; para outros, constituiria um

---

<sup>17</sup> Nesse sentido: “Os sistemas jurídicos em que o reconhecimento da inconstitucionalidade incide sobre a norma que se extrai do texto legal e não sobre este propriamente dito oferecem um ajuste mais adequado a essa situação.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196.)

<sup>18</sup> Sem razão, *concessa venia*, o discripe proposto por ANDRÉ RAMOS TAVARES, segundo o qual “a inconstitucionalidade material é uma questão puramente de direito, porque se cinge estritamente à análise jurídica da compatibilidade entre conteúdos normativos. Já a inconstitucionalidade formal requer a análise de circunstâncias fáticas, porque só assim poder-se-á aferir o atendimento ou não do comando constitucional.” (*Op. cit.*, p. 190.) Com efeito, a inconstitucionalidade *material* pode exigir o exame de *circunstâncias fáticas* (a Lei nº 9.868-99, que regulamenta o processo da ADIn e da ADC, no seu art. 9º, § 2º, autoriza inclusive dilação probatória, com a oitiva de peritos ou comissão de peritos, “*em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato* ou de notória *insuficiência das informações* existentes nos autos”) e a inconstitucionalidade formal pode *prescindir da análise de circunstâncias fáticas* (na inconstitucionalidade formal orgânica, em regra, não há necessidade de investigação fática).

<sup>19</sup> Para LUÍS ROBERTO BARROSO, seria hipótese de inconstitucionalidade formal impropriamente dita. (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 25-30.)

*tertium genus*<sup>20</sup> (inconstitucionalidade *orgânica*<sup>21</sup>). Para o STF, configura modalidade de inconstitucionalidade *formal*<sup>22</sup>.

Insta esclarecer que quando se alude à inconstitucionalidade formal por descumprimento das normas de competência (inconstitucionalidade orgânica), quer-se referir ao descumprimento das *normas específicas e explícitas* na Constituição que traçam os lindes da competência para legislar (como as estampadas nos arts. 22 e 24 da CF-88).

A advertência se justifica pelo fato de que *toda e qualquer norma inconstitucional*<sup>23</sup> padece de um vício de *incompetência*. Com efeito, a Constituição não delegou ao legislador infraconstitucional *competência* para legislar *de forma contrária* aos preceitos constitucionais. O legislador constituinte conferiu *competência* ao legislador infraconstitucional apenas para a edição de leis *constitucionais*. Dessarte, toda e qualquer norma inconstitucional procede de um *desvio* ou *abuso do poder de legislar*, de uma *extrapolação da competência legiferante* que lhe foi concedida.

Mas, como observado, a inconstitucionalidade formal orgânica respeita só e unicamente às *normas específicas sobre repartição de competência existentes na Constituição*, sob pena de ruir por completo a utilidade da classificação, pois que, não fora assim, todas as normas inconstitucionais padeceriam do vício de inconstitucionalidade *formal* (orgânica).

Conquanto o exame da inconstitucionalidade formal, logicamente deva, em princípio, ser efetuado antes do exame da inconstitucionalidade material,

<sup>20</sup> Nesse sentido, sustenta ZAGREBELSKY: “La questione della classificazione dell’incompetenza tra i vizi formali o quelli materiali non ha in realtà ragione di porsi: esso costituisce un *terzo caso complesso, irriducibile concettualmente al primo e al secondo.*” (*La giustizia costituzionale*. Nuova edizione. [Bologna]: il Mulino, 1989, p. 136.)

<sup>21</sup> Cfr., por todos, JORGE MIRANDA (*Manual...*, p. 340) e CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça constitucional...*, pp. 171-173).

<sup>22</sup> Confira-se a seguinte decisão do Plenário do STF: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.604, DE 23.04.2001, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRÂNSITO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PREVISTA NO ART. 22, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Já é pacífico neste Supremo Tribunal o entendimento de que *o trânsito é matéria cuja competência legislativa é atribuída, privativamente, à União, conforme reza o art. 22, XI da Constituição Federal*. ADI nº 2.064, Maurício Corrêa e ADI nº 2.137-MC, Sepúlveda Pertence. Em casos análogos ao presente, esta Corte declarou a *inconstitucionalidade formal de normas estaduais que exigiam a sinalização da presença de equipamentos de fiscalização eletrônica, fixavam limites de velocidade nas rodovias do Estado-membro e instituíam condições de validade das notificações de multa de trânsito*. Precedentes: ADI 1.592, Moreira Alves, ADI 2.582, Sepúlveda Pertence e ADI 2.328-MC, Maurício Corrêa. Ação direta cujo pedido se julga procedente.” (ADIn 2802. Pleno. Relatora: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 31.10.2003, p. 14.)

<sup>23</sup> Ressalvadas, por óbvio, as normas emanadas do poder de Emenda à Constituição (Poder Constituinte Derivado), que, não vulnerando as cláusulas pétreas e observando as normas do processo de Emenda à Constituição, são inconstitucionais, mas não nulas, tendo a virtude de revogar as normas constitucionais pretéritas.

tornando-se desnecessário, *pelo prisma da lógica*, analisar e decidir sobre a existência de vício material se se entender configurado o vício formal, à luz da função de *ascertainment*<sup>24</sup> exercida pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade, esse proceder encontra sólido fundamento.

Ao examinar e decidir também sobre a existência do vício material, o STF firma uma orientação interpretativa que norteará inclusivamente o legislador, que poderia, em evidente prejuízo para a segurança jurídica, renovar o conteúdo da norma em lei formalmente constitucional, constringindo o STF a examinar novamente a inconstitucionalidade da norma, desta feita pelo prisma material<sup>25</sup>, e correndo-se o risco de mediar lapso temporal considerável entre a sua edição e a declaração de sua inconstitucionalidade material pelo STF. Na prática, o STF muitas vezes analisa e decide conjuntamente acerca da existência dos vícios formais e materiais.

Impende, por fim, consignar que quando faltar algum elemento necessário à *própria existência material da norma*, não se estará diante de hipótese de inconstitucionalidade formal, porém sim de ato inexistente (materialmente), porquanto o que nem sequer existe *materialmente* não pode ser inconstitucional.

Diversamente, se se cuidar de mera inexistência *jurídica*, decorrente da ausência de algum elemento *constitucional* necessário à *existência jurídica* da norma, haverá inconstitucionalidade formal. Poder-se-ia sustentar a inócorrença de inconstitucionalidade formal, já que esta se situa no *plano da validade* da norma, e não no plano da sua *existência*. Sucede que a inexistência *jurídica* da norma nesses casos *decorre* exatamente da inconstitucionalidade (consistente na ausência ou inobservância de algum requisito constitucional indispensável à sua existência jurídica). De fato, nesses casos, só se pode afirmar que a norma é *juridicamente inexistente* após verificar que esta não preencheu os pressupostos de existência *indicados na própria Constituição*. Se a norma não houver preenchido os pressupostos *constitucionais* de

---

<sup>24</sup> “Exerce, conseqüentemente, [o STF] também um papel clarificador, haja vista que a incompatibilidade da norma constitucional com a que lhe é inferior hierarquicamente é no comum dos casos mais difícil de apurar que a existente entre duas normas do mesmo nível hierárquico, em virtude da inevitável diferença de densidade normativa entre a norma constitucional (no geral dos casos mais vaga, abstrata, indeterminada) e a infraconstitucional (mais específica, concreta, determinada).” (FERNANDES, André Dias. Inconstitucionalidade e constitucionalidade supervenientes..., p. 223.)

<sup>25</sup> Crítica, por essa razão, JORGE MIRANDA o Tribunal Constitucional português: “Na prática do Tribunal Constitucional observa-se, no entanto, tendência para dar prioridade à inconstitucionalidade orgânica e formal em detrimento da material: não raras vezes quando são argüidas uma e outra, o Tribunal *não conhece* da inconstitucionalidade material, por achar que, através da apreciação da orgânica e formal, se alcança o efeito útil e normal dos recursos. *É uma postura quanto a nós criticável, por assim se enfraquecer a plena garantia da Constituição.*” (Manual..., p. 344.)



existência jurídica, será **inconstitucional**, e, *por conseqüência*, **inexistente juridicamente**. A inconstitucionalidade será, portanto, *antecedente lógico* da inexistência jurídica. A inexistência jurídica (*posterius*) *pressuporá logicamente* a inconstitucionalidade (*prius*)<sup>26</sup>. Portanto, em casos quejandos, a declaração de inexistência jurídica da norma constitui um juízo *jurídico* feito com base numa norma *jurídica*: a Constituição. É o caso, *e.g.*, de uma “norma” editada por órgão que não tem *nenhuma* competência legiferante<sup>27</sup> ou por órgão que não tenha existência jurídica no momento da edição da “norma”<sup>28</sup>; o mesmo se dá quando há expressa determinação constitucional no sentido de que em determinados casos a “norma” inconstitucional será tida por juridicamente inexistente<sup>29</sup>, em vez de absolutamente nula.

Portanto, nem sempre a conseqüência da inconstitucionalidade será a nulidade ou a revogação da norma. *Excepcionalmente*, poderá ser a inexistência jurídica da norma, ou seja, a inexistência da norma enquanto *norma jurídica*. Destarte, no Brasil, a *sanção* da inconstitucionalidade comissiva pode consistir na *inexistência jurídica* (excepcionalmente), na *nulidade absoluta* (regra) e na *revogação* (inconstitucionalidade superveniente).

Questão diversa é a de saber se esta inconstitucionalidade que acarreta a própria inexistência jurídica da norma pode ser objeto de controle *abstrato* de constitucionalidade, isto é, se pode ser objeto de declaração em ADIn ou ADC (ou em representação de inconstitucionalidade perante os TJs), com efeito *erga omnes*.

É verdade que o art. 102, I, “a”, da CF-88 atribui ao STF competência para julgar ADIn e ADC “de lei ou ato normativo”, o que pressuporia a *existência jurídica* da lei ou do ato normativo objeto da ADIn ou da ADC, até porque seria *inócua* a declaração de inconstitucionalidade de atos *manifestamente* destituídos de

<sup>26</sup> Nesse sentido: “O fato de o ato ser **inexistente** não impede seja **também** considerado **inconstitucional**, pois **é possível que a inexistência derive da própria relação de inconstitucionalidade**, desde que aquela operação de retrotrair o ato ao órgão estatal produtor repercute diretamente na constituição. Assim, no Brasil, se um servidor da Imprensa Nacional fizer publicar no Diário Oficial da União ato com simples aparência de lei, o qual, porém, não tenha sido alvo de qualquer deliberação legislativa, **esse ato será inexistente e ao mesmo tempo inconstitucional, porquanto é diretamente da Constituição Federal que se extraem as normas a respeito dos pressupostos de existência das leis.**” (BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 343.)

<sup>27</sup> Cfr.: TAVARES, André Ramos. *Curso...*, p. 193-194.

<sup>28</sup> Cfr.: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional...*, p. 172.

<sup>29</sup> A Constituição da República Portuguesa contém alguns dispositivos contendo essa determinação expressa: “**Artigo 137.º (Falta de promulgação ou de assinatura)** A falta de promulgação ou de assinatura pelo Presidente da República de qualquer dos actos previstos na alínea b) do artigo 134.º **implica a sua inexistência jurídica.**”; “**Artigo 140.º (Referenda ministerial)** [...] 2. A falta de referenda determina a inexistência jurídica do acto.”; “**Artigo 172.º (Dissolução)** [...] 2. A inobservância do disposto no número anterior **determina a inexistência jurídica** do decreto de dissolução.”

qualquer *valor jurídico*, passíveis de serem simplesmente *desconsiderados* por todos em razão de sua ausência de *juridicidade*.

Em princípio, assim é. Todavia, há casos *excepcionalíssimos* em que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF seria profícua e recomendável. Por exemplo, se o ato inconstitucional, apesar de juridicamente inexistente, estiver sendo generalizadamente aplicado como se fosse dotado de juridicidade, gerando assim efeitos fático-jurídicos, possivelmente irreversíveis inclusive. Em casos que tais, a declaração de inconstitucionalidade em ADIn ou em ADC serviria para eliminar eficazmente esse grave estado de insegurança jurídica.

A hipótese aventada não é cerebrina. Tal situação já aconteceu concretamente e foi contornada pela declaração incidental de inconstitucionalidade formal da *pretensa lei* (*lei juridicamente inexistente*) pelo STF em alguns casos concretos submetidos à sua apreciação<sup>30</sup>. É certo que não houve ajuizamento de ADIn

---

<sup>30</sup> Referimo-nos ao caso emblemático da **anistia penal** concedida por meio do parágrafo único da Lei nº 9.639-98 (DOU: 26.05.1998) a particulares que perpetraram o crime de apropriação indébita de contribuições sociais destinadas ao INSS. Tal parágrafo único **simplesmente não foi objeto de deliberação no Congresso Nacional**. No entanto, por equívoco, foi enviado o texto com este parágrafo único pelo Presidente da República para publicação na Imprensa Nacional. Verificado o equívoco foi publicado, no dia seguinte (DOU: 27.05.1998), o texto tal qual aprovado no Congresso, *sem o referido parágrafo único*. Ocorre que **vários órgãos judiciais** passaram a aplicar o aludido parágrafo único como se este fora juridicamente idôneo a anistiar os criminosos, sob o fundamento de que, segundo o art. 1º, § 4º, da LICC (“as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”), a lei republicada no dia seguinte consistiria numa nova lei, aplicável apenas aos crimes ocorridos **depois** de sua publicação (27.05.98) e, de toda sorte, incapaz de revogar retrospectivamente a anistia concedida no dia anterior (princípio da irretroatividade *in pejus* da lei penal). Com base no mencionado parágrafo único, alguns presos propuseram *habeas corpus* e foram libertados. A questão chegou ao Plenário do STF, o qual, mesmo reconhecendo que a total ausência de deliberação congressional acarretava a **inexistência jurídica** do multicitado parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639-98, **declarou expressamente** a sua **inconstitucionalidade formal** de forma incidental ao julgar, dentre outros, o HC 77.724 (Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. DJU 02.02.2001, p. 74) e o HC 77.734 (Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. DJU: 10.08.2000, p. 5). Dessarte, vê-se que um *ato juridicamente inexistente* pode gerar *efeitos fático-jurídicos* (como, *e.g.*, a libertação de presos mediante decisão judicial), designadamente quando o reconhecimento dessa *inexistência jurídica* depende de uma análise *jurídica* (frequentemente tendente à controvérsia), exigir uma intervenção judicial da mais alta Corte para coibir e reverter, *na medida do possível*, esses efeitos fático-jurídicos indesejados.

É certo que o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE sustentou, em seu voto no HC 77.734 e em acórdãos posteriores por ele relatados na 1ª Turma (*v.g.*: RHC 82.045. DJU: 25.10.2002, p. 49), que o caso não era de **inexistência** do citado parágrafo único, mas de **mera inconstitucionalidade formal**. No entanto, do exame do teor dos demais votos proferidos no julgamento plenário do HC 77.734 e do voto do Min. MARCO AURÉLIO no HC 77.724, infere-se que o mencionado parágrafo único foi **declarado juridicamente inexistente e formalmente inconstitucional**. No sentido de que tal parágrafo único era destituído de **existência jurídica**, confira-se: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato...*, pp. 343-344. De seu turno, CARLOS BLANCO DE MORAIS arrola entre as hipóteses de inexistência jurídica a “preterição grave de elementos da fase constitutiva de produção do acto **que impliquem uma ausência objectiva de vontade aprovatória pelos titulares do órgão competente**” (*Justiça...*, p. 219). Ora bem, a nosso visio, não se concebe possa existir juridicamente uma **lei** que não tenha sido sequer deliberada pelo Poder Legislativo, sem nenhuma delegação prévia do Legislativo ao Executivo: pode até haver lei contra a vontade do Executivo (rejeição do veto), mas uma “lei” sem qualquer deliberação do Legislativo prefigura-se-nos **juridicamente inexistente, e não meramente nula**.

ou de ADC sobre o tema, mas, persistindo a situação, seria justificável o ajuizamento de ADIn, pois a multiplicidade de decisões judiciais contrárias ao texto constitucional estaria vulnerando gravemente o princípio da supremacia da Constituição, tornando *útil e proveitosa* a declaração abstrata de inconstitucionalidade da pretensa lei.

De feito, se o STF pode declarar a inconstitucionalidade de norma meramente nula, soaria incoerente e irrazoável que não pudesse declarar a inconstitucionalidade de norma juridicamente inexistente, portadora de vício bem mais grave do que o gerante de simples nulidade. A Constituição estaria mais indefesa em relação aos vícios maiores do que em relação aos menores, mais protegida contra ofensas menos gravosas do que contra ofensas mais gravosas... O ato juridicamente inexistente só não é objeto de ADIn quando, por conta de sua manifesta desconformidade com a CF-88, se revela de todo desnecessária e ociosa uma decisão do STF sobre ele nesta sede; se, no entanto, esta decisão se entremostra útil e necessária em virtude de o ato estar passando por um ato juridicamente existente, pode o STF emprestar interpretação ampliativa ao art. 102, I, “a”, da CF-88 para abranger tal hipótese extraordinária, em homenagem ao princípio da supremacia constitucional.

Dessarte, em caráter excepcionalíssimo, prefigura-se-nos admissível que o STF, *estribado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, conheça e julgue ADIn que tenha por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *juridicamente* inexistente quando presente um quadro de *grave insegurança jurídica* decorrente da sua aplicação *generalizada* como se de lei ou ato normativo juridicamente existente se tratasse<sup>31</sup>.

De outra parte, a inconstitucionalidade pode ser *total* ou *parcial*, consoante a extensão da inconstitucionalidade em relação à norma jurídica. Se a norma jurídica for inconstitucional *na sua integralidade*, sem restar-lhe qualquer âmbito de incidência conforme à Constituição, a inconstitucionalidade será *total*. Se apenas *parte* da norma jurídica for inconstitucional, a inconstitucionalidade será *parcial*.

---

<sup>31</sup> JORGE MIRANDA defende o uso de ação direta quando necessário: “Quando o ato normativo é juridicamente inexistente, não é necessário, nem se justifica na generalidade dos casos, o pedido de apreciação da inconstitucionalidade. Mas nada impede que a declaração seja requerida por qualquer dos órgãos de iniciativa, por tal achar conveniente por motivos de certeza ou de segurança do direito objetivo.” (*Manual...*, p. 479.) Por seu turno, CARLOS BLANCO DE MORAIS também pugna pelo emprego de ação direta, conquanto lastime que o Tribunal Constitucional português, na prática, venha ignorando a sanção de inexistência jurídica nas suas decisões de inconstitucionalidade, a despeito inclusive das cominações expressas da sanção de inexistência jurídica nos arts. 137º, 140º (2) e 172º (2) da Constituição portuguesa (*Justiça...*, p. 216). De sua vez, JULIANO TAVEIRA BERNARDES propugna o cabimento de ADPF em casos como o do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639-98, mas reputa incabível o ajuizamento de ADIn. (*Controle abstrato...*, pp. 175 e 190-191.)

No Brasil, adota-se a *teoria da divisibilidade das leis*<sup>32</sup>. Segundo essa teoria, a inconstitucionalidade parcial de uma lei *não contamina* a parte constitucional da mesma lei *se não houver dependência desta em relação àquela (utile per inutile non vitiatur)*.

A *teoria da divisibilidade das leis* não se restringe à inconstitucionalidade material, *mas também se aplica à inconstitucionalidade formal*. É possível que uma parte da lei seja *formalmente inconstitucional* e outra parte, independente dela, seja *formalmente constitucional*, devendo ser aproveitada. É o caso do, *v.g.*, de um projeto de lei que sofra emendas que violem as regras de iniciativa legislativa: se a outra parte da lei não for *formalmente inconstitucional* e se puder subsistir autonomamente, deve ser aproveitada<sup>33</sup>. Assim já decidiu o STF.

Afigura-se, todavia, mais adequado denominar a *teoria da divisibilidade das leis* de *teoria da divisibilidade das normas*, uma vez que também as *normas* podem ser inconstitucionais em parte, devendo ser preservada a parte *da norma* não atingida pela inconstitucionalidade, *desde que possa subsistir autonomamente*.

Apesar de não referir explicitamente à teoria da divisibilidade das leis (ou das normas), é o que na prática tem feito freqüentemente o STF ao usar a técnica da interpretação conforme à Constituição para declarar a inconstitucionalidade *apenas de uma parte do âmbito de incidência da norma*, e, especialmente, a técnica da declaração de nulidade *sem redução de texto*.

A inconstitucionalidade também pode ser *por ação* ou *por omissão*, conforme a incompatibilidade com a Constituição derive, respectivamente, de um *ato comissivo (facere)* ou de um *ato omissivo (non facere)*. Consoante já mencionado na introdução, este trabalho tem por objeto primordial a análise da inconstitucionalidade por ação, uma vez que, embora se sujeitem ambas ao controle difuso e abstrato de constitucionalidade, o regime jurídico da inconstitucionalidade por omissão é bastante diverso do da inconstitucionalidade por ação.

Diz-se *originária* a inconstitucionalidade quando esta é *contemporânea* ao surgimento da norma<sup>34</sup> e *superveniente* quando ela é posterior ao nascimento da norma. Quando há inconstitucionalidade originária, a norma já nasce

---

<sup>32</sup> A Constituição espanhola é expressa e este respeito: “**Artículo 164.** [...] **2.** Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, *subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.*” (Disponível em: <[http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo\\_9.htm](http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_9.htm)>. Acesso em: 26.02.2007.)

<sup>33</sup> Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso...*, p. 196.

<sup>34</sup> Ou do ato não-normativo.

viciada pelo supremo vício; quando a inconstitucionalidade é superveniente, a norma nasce hígida, só se tornando inconstitucional após a ocorrência de um motivo superveniente.

Esse motivo superveniente pode consistir na entrada em vigor de (a) uma nova Constituição ou de uma (b) Emenda Constitucional, bem como na alteração (c) das circunstâncias de fato ou, para alguns, (d) da mera interpretação da norma<sup>35</sup>.

Todavia, a inconstitucionalidade *superveniente* não tem relevo jurídico quando se cura de inconstitucionalidade *formal*: se a norma atendeu ao processo legislativo vigente à época de sua formação e às normas definidoras de competência, posterior alteração nessas normas constitucionais não torna juridicamente relevante a inconstitucionalidade, pois se aplica integralmente a regra *tempus regit actum*. Inconstitucionalidade formal há, mas ela não é *juridicamente relevante*<sup>36</sup>, porquanto *não há sujeição* da norma anterior às novas normas constitucionais sobre competência ou processo legislativo, as quais não se aplicam retroativamente.

Assim, as novas normas constitucionais sobre competência ou processo legislativo fazem cessar a eficácia das anteriores normas *constitucionais sobre competência ou processo legislativo*, mas *não fazem cessar* a eficácia das normas (constitucionais<sup>37</sup> ou infraconstitucionais) anteriormente editadas que não tratem de competência ou processo legislativo.

Podem, contudo, *reduzir* ou *ampliar a eficácia* das normas (constitucionais ou infraconstitucionais) anteriormente editadas que não tratem de competência ou processo legislativo: se determinada matéria era tratada por lei

---

<sup>35</sup> Para ANDRÉ RAMOS TAVARES, essa seria a *única hipótese* em que haveria, *propriamente*, inconstitucionalidade superveniente. Nos demais casos, o fenômeno seria substancialmente diverso, sendo imprópria a denominação “inconstitucionalidade superveniente”, pois importaria na própria *inexistência* da lei, e não em sua *nulidade*: “A inconstitucionalidade superveniente, na realidade, implica a inexistência da lei, ao passo que a inconstitucionalidade originária significa que a lei, embora existente, é inválida. Portanto, trata-se de fenômenos substancialmente diferentes. Ademais, a inconstitucionalidade superveniente (por força de uma nova Constituição ou de uma emenda constitucional) não deve receber a denominação de inconstitucionalidade. O termo inconstitucionalidade deve ser reservado para as relações com a Constituição atual, e não com a Constituição pretérita. Há contudo outra utilização da dicotomia, para designar a ocorrência de lei que, embora constitucional, tendo em vista a mudança ocorrida por via interpretativa em sua significação, passa a ser incompatível com o novo entendimento conferido à norma constitucional. Haveria, no caso, inconstitucionalidade superveniente, porque não se trata de lei flagrada por alteração formal da Constituição (advinda de uma nova ordem jurídica ou da aprovação de emenda constitucional modificativa).” (*Curso...*, pp. 197-198.) Improcede, *permissa venia*, a crítica do autor, porquanto a inconstitucionalidade superveniente nunca tem como efeito a atribuição de *inexistência* à norma. A norma supervenientemente inconstitucional jamais é reputada *inexistente*, porém sim *nula* ou *revogada*, como depois se minudenciará (cfr. Capítulo 3<sup>o</sup>).

<sup>36</sup> Cfr. *retro*, item 1.1.1.

<sup>37</sup> Emendas constitucionais.

complementar e a nova normatização constitucional não mais a submete à reserva de lei complementar, determinando competir à lei ordinária o trato dessa matéria, ocorre um *decrécimo na eficácia* da lei anterior, que deixa de ter eficácia de lei complementar e passa a ter eficácia de lei ordinária, podendo ser alterada por maioria simples. O inverso também é verdade<sup>38</sup>.

Pode suceder inclusive que uma norma *infralegal* passe a ter a eficácia de norma *legal*. Foi o que sucedeu com o Regimento Interno do STF, que possui *algumas* normas recepcionadas pela Constituição de 1988 com eficácia de lei<sup>39</sup>, já que o Regimento Interno do STF foi editado em 15-10-80, no regime da Constituição Federal anterior (texto da EC nº 1/69), cujo art. 119, § 3º, alínea “c”, conferia ao Supremo Tribunal Federal *poder normativo* para disciplinar o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Como tais normas regimentais tratam de matéria reservada pela CF-88 à lei federal, passaram aquelas a ter a eficácia desta, segundo entendimento do próprio STF.

Esse fenômeno da *recepção* obedece a um princípio de *economia legislativa* e é vital para a sobrevivência da nova ordem jurídica decorrente da promulgação ou outorga de uma nova Constituição, haja vista a impossibilidade material de reeditar todas as leis que não de compor o ordenamento infraconstitucional logo em seguida à entrada em vigor da nova Constituição, evitando-se dessa forma o surgimento de vácuos legislativos.

A inconstitucionalidade pode ser *direta* (imediate, frontal) ou *indireta* (mediata, reflexa). Dá-se a inconstitucionalidade *direta* quando *não há necessidade* de confrontar a norma com uma norma interposta para concluir pela sua inconstitucionalidade. Dá-se a inconstitucionalidade *indireta* quando *há necessidade de* confrontar a norma acoimada de inconstitucionalidade com uma norma interposta para concluir pela sua inconstitucionalidade<sup>40</sup>. Em ambos os casos, há *inconstitucionalidade*, mas no último caso ocorre também *ilegalidade*<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Foi o que ocorreu com o Código Tributário Nacional, editado como lei ordinária (Lei nº 5.172-66), mas recepcionado pela atual Constituição com eficácia de lei complementar.

<sup>39</sup> “PROCESSO - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DISCIPLINA - PERSISTÊNCIA NO CENÁRIO NORMATIVO. As normas processuais insertas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, relativas a ações e recursos situados na respectiva competência, foram recepcionadas pela Constituição de 1988, no que com esta harmônicas. Inexistindo o instituto da inconstitucionalidade formal superveniente, o conflito entre normas processuais, sob o ângulo material, resolve-se mediante a consideração da revogação tácita.” (RE 212455 ED-EDv-AgR. Pleno. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. DJU: 11.04.2003, p. 27.) No mesmo sentido: RTJ 133/995; RTJ 139/373.

<sup>40</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento: inexistência de inconstitucionalidade reflexa. 1. *Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de*

O discrimine entre essas duas modalidades de inconstitucionalidade apresenta grande relevo prático. É que o STF firmou o entendimento de que a inconstitucionalidade *meramente indireta* (reflexa, mediata) não enseja sequer o *conhecimento* de ADIn<sup>42</sup> ou de Recurso Extraordinário (RE)<sup>43</sup>. Destarte, a inconstitucionalidade *meramente indireta, segundo a jurisprudência do STF, não é passível de controle de constitucionalidade, quer concentrado, quer difuso.*

### 1.3. Conceito, objeto e parâmetro do controle de constitucionalidade

Da supremacia formal e material da Constituição nasce o dever, que a todos vincula, de cumprir a Constituição. Esse dever de obediência obriga os particulares e o Estado como um todo (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). Mas de quase nada adiantaria o reconhecimento de uma supremacia formal e material da Constituição se esta não pudesse ser *garantida*, sabido como é que nas sociedades reais (não-ideais) a inexistência de sanção à violação de uma norma serve para desmoralizá-la. Dessa forma, surge o controle de constitucionalidade como *meio de garantir eficazmente* a supremacia formal e material da Constituição.

Esse controle pode ser exercido de várias formas: pode ser exercido pelo Poder Judiciário (controle judicial), pelo Poder Legislativo (controle político) e pelo Poder Executivo, conjunta ou isoladamente, etc. A cada ordenamento jurídico

---

*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: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental.” (ADIn-MC 2535. Plenário. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 21.11.2003, p. 7.)*

<sup>41</sup> Informativo nº 148 do STF: “Considerando que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é inviável a análise de ato regulamentar, o Tribunal não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, contra o art. 56 do Decreto 2.181/97, que trata da divulgação do elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, e a Portaria nº 3 de 19/3/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que divulga o referido elenco. *Entendeu-se que os alegados excessos do poder regulamentar do ato impugnado não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à CF.* ADIn-MC 1.990-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 5.5.99.”

<sup>42</sup> Informativo nº 148 do STF: “Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade quando é necessário o prévio confronto entre o ato normativo impugnado e outras normas jurídicas infraconstitucionais de modo a evidenciar-se sua inconstitucionalidade, verificando-se, portanto, o caráter reflexo da pretendida violação à CF. [...]. ADIn-MC 1.900-DF, rel. Min. Moreira Alves, 5.5.99.”

<sup>43</sup> “Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local. Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o RE, ‘a’, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta.” (RE 226462. Pleno. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 25.05.2001, p. 19.)

compete estatuir a configuração do respectivo sistema de controle de constitucionalidade.

Garantir a supremacia (formal e material) da Constituição é garantir a própria sobrevivência desta enquanto Constituição. Daí a afirmação de que o controle de constitucionalidade é corolário<sup>44</sup> da supremacia constitucional<sup>45</sup>.

No Brasil, qualquer particular e até mesmo o chefe do Poder Executivo podem afastar a aplicação de normas que reputeem inconstitucionais.

Todavia, interessa ao presente trabalho o controle *jurisdicional* de constitucionalidade, que pode ser exercido pelo STF de forma incidental ou concentrada e por qualquer juízo de forma incidental.

*Qualquer ato (normativo ou não-normativo, comissivo ou omissivo) ou situação* pode ser objeto de controle de constitucionalidade (difuso). Contudo, interessa-nos o controle das *leis* ou *atos normativos do Poder Público (federalis,*

---

<sup>44</sup> Para a maioria dos doutrinadores, o controle de constitucionalidade seria corolário da *rigidez constitucional*, entendida como uma maior dificuldade de modificação da Constituição derivante de um *procedimento* especial de revisão constitucional, diverso do procedimento de alteração das leis ordinárias (*quorum* qualificado, mais de um turno de votação *et reliqua*). Todavia, já tivemos ensejo de propugnar, com muitos argumentos, a possibilidade de controle constitucional também em face das Constituições ditas *flexíveis*, uma vez que estas também são *formal e materialmente* supremas, porquanto são oriundas de um Poder Constituinte, superior aos poderes constituídos (supremacia formal), e curam de matéria de natureza constitucional (supremacia material). (Cfr.: Controlo de constitucionalidade e supremacia constitucional: uma nova visão. *Revista Forense*, v. 333, pp. 409-423, jan./fev./mar. de 1996); *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE)*, v. 156, pp. 67-89, 1997.)

Para que o Parlamento (Poder *constituído*) possa alterar uma Constituição flexível, *é necessário que a intenção revogatória seja expressa em lei destinada a esse fim*. Assim, se a lei não for votada *como lei constitucional*, não poderá revogar a Constituição flexível, da mesma forma como, no sistema brasileiro, uma lei ordinária não pode tratar de matéria reservada pela Constituição à lei complementar *ainda que tenha sido aprovada com o quorum de maioria absoluta* exigido para a aprovação de leis complementares: para que uma lei possa alterar uma lei complementar anterior *é indispensável que seja votada como tal* (como lei complementar), *mesmo que preencha os requisitos que conferem rigidez à aprovação das leis complementares*. Dessarte, embora tenha seguido todo o procedimento mais rígido de aprovação das leis complementares, *se não foi votada como lei complementar*, mas como mera lei ordinária, lei *ordinária* será: e lei ordinária *inválida, inconstitucional*, a despeito do *quorum* de maioria absoluta, porque trata de matéria sob reserva de lei complementar. Nesse sentido é a opinião de JORGE MIRANDA: “A noção de Constituição flexível merece igualmente ser chamada à colação. *Para nós* (esclareça-se ou sublinhe-se de novo), *ela é hierarquicamente superior à lei*, porquanto *constitui* a ordem jurídica e contém a base da autoridade do Estado. Mas a opinião prevalectente pronuncia-se em moldes diversos; e, no entanto, tem de reconhecer casos tanto de inconstitucionalidade orgânica e formal quanto de inconstitucionalidade material. Basta pensar numa lei não aprovada pelo Parlamento, ou que subverta os princípios do regime e da forma de governo ou, eventualmente, que abra um desvio a uma regra geral, *sem que haja intenção ou causa de modificação constitucional*.” (*Manual...*, pp. 336-337.) No sentido de que a ausência de “titulação”, “a titulação indevida que não resulte de erro material”, ou “a preterição de regras explícitas ou implícitas sobre os elementos dessa titulação (*neles incluindo a legenda e a numeração*) geram vícios formais na fase de revelação, *dos quais decorre a inconstitucionalidade do acto*”, confira-se a doutrina de CARLOS BLANCO DE MORAIS (*Justiça constitucional...*, pp. 151-152).

<sup>45</sup> “Le contrôle est le corollaire de la suprématie de la Constitution”, afirmou textualmente GEORGES BURDEAU (*Traité de science politique*. Deuxième édition revue et augmentée. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 367).



*estaduais e distritais*<sup>46</sup>) em face da Constituição Federal de 1988, por constituírem objeto do controle *abstrato* de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1988 para a salvaguarda de sua supremacia.

Consoante a jurisprudência do STF, constituem objeto do controle abstrato as seguintes espécies normativas: as emendas constitucionais; as leis complementares e ordinárias; as leis delegadas<sup>47</sup>; as medidas provisórias; os decretos (legislativo e presidencial<sup>48</sup>) que incorporam os tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno<sup>49</sup>; os regimentos internos dos Tribunais<sup>50</sup>; as resoluções do Senado e da Câmara dos Deputados; e os decretos autônomos<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Editados pelo Distrito Federal no exercício de sua competência “*estadual*” (CF-88, art. 32, § 1º). Conquanto não houvesse previsão constitucional expressa antes da EC nº 45-2004, o STF, acertadamente, interpretou os arts. 102 e 103 da CF-88 em ordem a abranger também esses atos normativos distritais, considerando o *Governador do Distrito Federal* e a *Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal* como legitimados ativos à propositura de ADIn. A Lei nº 9.868-99, no seu art. 2º, IV e V, e a EC nº 45-2004 vieram a cancelar a jurisprudência do STF a este respeito.

<sup>47</sup> “[...] Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. *Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente.*” (ADIn Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Tribunal Pleno. DJU 19.12.2003, p. 19.)

<sup>48</sup> “O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. [...] CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.” (ADIn-MC nº 1480. Pleno. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 18.05.2001, p. 429.) Entende GILMAR FERREIRA MENDES que tanto o decreto *legislativo* quanto o decreto *presidencial* se sujeitam ao controle abstrato de constitucionalidade perante o STF (*Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei nº 9868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 115.) CLÊMERTON MERLIN CLÈVE (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 209-210) parece comungar do mesmo entendimento.

<sup>49</sup> Sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF-88, o STF ainda não teve oportunidade de pronunciar-se.

<sup>50</sup> Segundo o STF, os regimentos internos **dos Tribunais pátrios** (e não apenas o do próprio STF, que possui normas processuais recepcionadas pela CF-88) constituem **lei em sentido material** no que não invadirem o campo reservado pela CF-88 às **leis processuais**, prevalecendo inclusive sobre leis em sentido **formal** que tratem de matéria reservada aos regimentos pelo art. 96, I, “a”, da CF-88. Assim, em matéria **processual**, prevalecem as **leis de processo**, ao passo que em matéria de **funcionamento interno dos Tribunais** (matéria tipicamente regimental), prepoderam os **regimentos internos dos Tribunais**. De fato, prescreve expressamente o art. 96, I, “a”, da CF-88: “Compete **privativamente**: I – aos **Tribunais**:

Não admite o STF como passíveis de controle *abstrato* de constitucionalidade: normas constitucionais originárias; os decretos não-autônomos; os tratados internacionais não incorporados ao direito interno; as leis e atos normativos despídos de generalidade e abstração<sup>52</sup>; os regimentos internos do Poder Legislativo<sup>53</sup>; as propostas de emenda constitucional e os projetos de lei; as súmulas; as sentenças coletivas; as leis e atos normativos revogados (incluindo os revogados pela Constituição em vigor); as leis e os atos normativos municipais em face da Constituição Federal (incluindo os editados pelo Distrito Federal no exercício de sua competência “municipal”<sup>54</sup>: CF-88, art. 32, § 1º, *in fine*).

Constitui *parâmetro único* do controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade a *Constituição*<sup>55</sup>. Destarte, para que se possa afirmar que uma

a) eleger seus órgãos diretivos e **elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;**”. Consta da ementa do acórdão proferido na ADIn-MC nº 1105: “A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. **O regimento interno dos tribunais é lei material.** Na taxinomia das normas jurídicas o **regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual, prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a.**” (ADIn-MC 1105. Rel.: Min. PAULO BROSSARD. DJU: 27.04.2001, p. 57.)

<sup>51</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decreto n. 409, de 30.12.91. - Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, *quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal.* - No caso, o decreto impugnado se situa no âmbito da regulamentação do poder de fiscalização de concessões de distribuição de energia elétrica.” (ADIn nº 708. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 07.08.1992, p. 11778.) “Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. **Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige.**” (ADIn-MC nº 1435. Rel.: Min. FRANCISCO REZEK. DJU: 06.08.1999, p. 5.)

<sup>52</sup> A razão subjacente é que, em tais casos, o objeto da ação, na verdade, exaure-se na defesa de direitos subjetivos, perfeitamente passíveis de defesa mediante processos subjetivos, sem nenhuma relevância para outrem que não os destinatários certos da lei ou ato normativo puramente formal. Portanto, aberrante do fim do controle abstrato a pretensão da parte *subjetivamente* interessada de ver resolvido seu interesse *concreto* por meio de legitimado ativo da ADIn ou da ADC. Nesse sentido: “A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas ‘in abstrato’. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato.” (ADIn nº 647-DF. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RTJ 140/36.)

<sup>53</sup> Cfr.: ADIn nº 2666. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 06.12.2002, p. 51.

<sup>54</sup> Nesse sentido: ADIn nº 611. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 11.12.1992, p. 23662.

<sup>55</sup> “A Constituição da República, em tema de ação direta, qualifica-se como o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização abstrata de constitucionalidade

norma é passível de controle de constitucionalidade é indispensável que possa ser contrastada com a Constituição à qual esteja sujeita, espacial e temporalmente. Para os fins deste trabalho, considerar-se-á fundamentalmente a Constituição Federal de 1988 como *parâmetro* do controle de constitucionalidade.

Cumpre, porém, assinalar que o STF entende que só a Constituição *atualmente vigente* pode servir de parâmetro de *controle* abstrato de constitucionalidade: as normas da Constituição de 1967/69 e as normas da Constituição de 1988 revogadas por emenda constitucional não podem servir como paradigma de controle *concentrado* de constitucionalidade (embora possam servir como paradigma de controle *difuso* de constitucionalidade). Para o STF, *revogada* ou até mesmo *alterada substancialmente a norma constitucional paramétrica* apontada como violada, fica prejudicada a ADIn<sup>56</sup>.

Ainda na conformidade com a jurisprudência do STF, para que seja *conhecida* uma ADIn, é indispensável que o autor da ação *aponte especificamente as normas constitucionais violadas* pela norma impugnada, bem assim os *fundamentos jurídicos* do pedido (art. 3º da Lei nº 9.868-99), conquanto não haja vinculação do STF aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor (causa de pedir aberta)<sup>57</sup>.

Não admite o STF que os tratados internacionais sejam utilizados como parâmetro do controle de constitucionalidade. Assim, não se pode acoirar uma norma de *inconstitucional* porque ofensiva de um *tratado internacional*, ainda que incorporado ao direito positivo interno, uma vez que o STF não lhes reconhece estatura

perante o Supremo Tribunal Federal.” (ADIn nº 1347. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 01.12.1995, p. 41685.) Contudo, deve-se emprestar ao termo *Constituição* interpretação ampla o bastante para abranger os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF-88.

<sup>56</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ALTERADA POR SUPERVENIENTE EMENDA CONSTITUCIONAL: AÇÃO PREJUDICADA. I. - Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada, *por isso que o paradigma constitucional invocado - C.F., art. 40, III, c - foi substancialmente alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998*. II. - Agravo não provido.” (ADIn nº 2531-AgR. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. DJU: 12.09.2003, p. 29.)

<sup>57</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DEVER PROCESSUAL DE FUNDAMENTAR A IMPUGNAÇÃO. - O Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime à parte o dever processual de *motivar* o pedido e de *identificar, na Constituição*, em obséquio ao *princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar*. Impõe-se ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de *não-conhecimento* da ação direta, indicar as *normas de referência - que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade* - em ordem a viabilizar a aferição da conformidade vertical dos atos normativos infraconstitucionais.” (ADIn-MC nº 561. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 23.03.2001, p. 84.) Observe-se, porém, que o art. 3º da Lei nº 9.868-99 não exige a especificação, na petição inicial da ADIn, dos *dispositivos constitucionais alegadamente vulnerados pela norma impugnada*, mas tão-somente dos *fundamentos jurídicos* do pedido.

hierárquico-normativa constitucional, nem supraconstitucional, mas sim infraconstitucional. Inviável, portanto, o ajuizamento de ADIn ou de ADC para declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma *em face de um tratado internacional*: este pode ser *objeto*<sup>58</sup>, mas não *parâmetro ou paradigma* de aferição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Todavia, esse panorama jurisprudencial deve ser alterado para permitir que os tratados internacionais sobre direitos humanos também possam ser utilizados como *parâmetro* de controle de constitucionalidade (abstrato e concreto) em razão da alteração introduzida pela EC nº 45-2004, que, ao acrescentar o § 3º ao art. 5º da CF-88, atribuiu hierarquia normativa de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos *que tenham sido aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*:

“**Art. 5º. [...] § 3º.** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão EQUIVALENTES às emendas constitucionais.** (Incluído pela Emenda Constitucional 45-2004).”

Não é, outrossim, passível de figurar como *parâmetro* do controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, por não se revestir de *força normativa*<sup>59</sup>:

“Há que se ter presente, no entanto, considerada a controvérsia em referência, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente (e unânime) decisão (ADI 2.076/AC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO), *reconheceu que o preâmbulo da Constituição não tem valor normativo, apresentando-se desvestido de força cogente.* Esta Suprema Corte, no julgamento plenário em questão, acolheu o magistério de JORGE MIRANDA (‘Teoria do Estado e da Constituição’, p. 433-438, item n. 216, 2002, Forense), cuja lição, no tema, assim versou a matéria

<sup>58</sup> Desde que incorporado ao direito positivo interno brasileiro.

<sup>59</sup> Mas daí não se pode firmar uma regra genérica, aplicável a qualquer preâmbulo. O preâmbulo da Constituição francesa de 1946, por exemplo, é bastante analítico (contém 18 itens que em nada se distinguem de normas jurídicas) e integra o “*bloc de constitutionnalité*” francês, servindo de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos a ele contravenientes. Aliás, foi invocado em decisão histórica do *Conseil constitutionnel* sobre a liberdade de associação, como se informa no sítio do Senado francês: “*Le Conseil a fondé sa décision sur les principes reconnus par le Préambule de la Constitution.* En conséquence, il a étendu «le bloc de constitutionnalité», au Préambule de la Constitution et, par renvoi, à la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, au Préambule de la Constitution de 1946 et aux Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Cette décision a grandement accru l’autorité des décisions du Conseil constitutionnel.” (Disponível em: <[http://www.senat.fr/role/fiche/controle\\_constit.html](http://www.senat.fr/role/fiche/controle_constit.html)>. Acesso em: 26.02.2007.)

concernente ao valor e ao significado dos preâmbulos constitucionais: ‘preâmbulo não é um conjunto de preceitos. (...). *O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres (...); não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto 'a se'; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na Constituição.*’ (grifei) Sob tal aspecto, verifica-se que a alegada ofensa ao preâmbulo da Constituição não tem o condão de conferir substância à pretensão mandamental ora deduzida pelos impetrantes, eis que, como já assinalado, o conteúdo do preâmbulo não impõe qualquer limitação de ordem material ao poder reformador outorgado ao Congresso Nacional.” (MS 24.645-MC-DF. Rel.: Min. Celso de Mello, DJU 15-9-2003, Informativo do STF nº 320, “transcrições”).

Por identidade de razão (ausência de força normativa<sup>60</sup>), deduz-se que o preâmbulo das Constituições estaduais também não pode ser *objeto* do controle *abstrato* de constitucionalidade.

### 1.3.1. Bloco de constitucionalidade

Parte da doutrina (designadamente estrangeira) pugna pela adoção de um conceito mais amplo de *Constituição*, o que importaria em alargar os conceitos de *inconstitucionalidade* e *constitucionalidade* e as *hipóteses de cabimento de ADIn e ADC*, porquanto se poderia, *e.g.*, argüir a inconstitucionalidade de uma norma por ofensa a normas *não positivadas na Constituição*. Fala-se, dessarte, em “bloco de constitucionalidade” (“*bloc de constitutionnalité*”, “*bloque de constitucionalidad*”) como *parâmetro* de controle de constitucionalidade, quer difuso, quer *concentrado*.

A extensão dada pela doutrina ao conceito de *bloco de constitucionalidade* é variável e algo imprecisa, mas, em linhas gerais, abrangeria não apenas as normas constitucionais (explícitas ou implícitas), senão que, igualmente, as leis *infraconstitucionais* que concretizam os comandos constitucionais.

Essa noção conceitual foi amplamente versada no julgamento da ADIn nº 595 pelo Min. CELSO DE MELLO, mas não chegou a constituir razão de decidir, uma vez que a decisão se fundou unicamente na revogação da norma constitucional por

---

<sup>60</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - *Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.* III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADIn nº 2076. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. DJU: 08.08.2003, p. 86.)

emenda superveniente (questão meramente temporal), sem que houvesse necessidade de aplicação do *conceito* de bloco de constitucionalidade.

Eis alguns excertos da decisão (publicada integralmente no Informativo nº 258, na seção “transcrições”):

“A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. [...]”

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), *mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.* Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - *distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico* - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio *espírito* que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de *bloco de constitucionalidade* (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - *revestido de maior ou de menor abrangência material* - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, *chegando, até mesmo, a compreender NORMAS DE CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.* Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar — quer elasticendo-as, quer restringindo-as — as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política. [...]

Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de *bloco de constitucionalidade* - tal como este é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO, "O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança", in Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, "Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales", tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, "Jurisdicción y Procesos Constitucionales", p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, "Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes", p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "El bloque de la constitucionalidad", p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução", p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, "Contentieux Constitutionnel", p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.) -, pois, dessa percepção, resultará, em última análise, *a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto*, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional. E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, *eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional*, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade."

Todavia, parece não prevalecer no STF a tese de que normas *infraconstitucionais* (como as leis complementares) possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade.

No que toca, porém, aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da CF-88, considerada a sua equivalência, ali estabelecida, com as emendas constitucionais, nada impede que sirvam de parâmetro de controle de constitucionalidade, uma vez que as normas *infraconstitucionais* que com eles conflitarem serão tidas por *inconstitucionais*.

Tal dispositivo veio a promover uma *extensão do conceito de Constituição e atenuar-lhe a rigidez formal*, já que tais tratados podem alterar a própria Constituição Federal de 1988 por procedimento que não corresponde exatamente ao previsto para aprovação de emendas constitucionais<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> De feito, embora também sejam aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CF-88, art. 60, § 2º), as emendas constitucionais são promulgadas pelas Mesas da Câmara e do Senado (CF-88, art. 60, § 3º), ao passo que os tratados internacionais são promulgados por decreto do Presidente da República (ADIn-MC nº 1480. Pleno. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, DJU: 18.05.2001, p. 429). Ademais, as emendas podem ser propostas por um leque diferenciado de legitimados. Por fim, as emendas constitucionais são votadas como tais (e não como tratados internacionais) e destinam-se a integrar o texto constitucional, ao passo que os tratados

Portanto, o § 3º do art. 5º da CF-88, ao ampliar o conceito de Constituição (que passa a compreender a Constituição *stricto sensu* e os tratados internacionais de estatura constitucional), positivou no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a noção de *bloco de constitucionalidade*, aproximando-o do sistema inglês e do de vários países da Europa continental.

#### 1.4. Natureza do controle de constitucionalidade

No Brasil, o controle da constitucionalidade exercido pelo STF e pelos juízes e Tribunais é de natureza *jurisdicional*, não só porque efetuado por *órgãos do Poder Judiciário*, mas, sobretudo, porque assumem **forma e conteúdo judicial**: as decisões têm de ser juridicamente fundamentadas; não há espaço para o exame da conveniência ou da oportunidade da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade<sup>62</sup>; as decisões são proferidas no bojo de um processo judicial (peculiar no caso de ação direta, mas ainda assim, um processo); vigora o princípio da inércia jurisdicional; as decisões produzem efeitos típicos de decisões judiciais (mesmo nos processos objetivos há sentenças declarando a nulidade ou não de uma norma); as decisões se sujeitam a recursos judiciais (como embargos de declaração), etc.

Contudo, o controle abstrato feito pelo STF, pelo alcance prático da sua decisão, assume uma feição marcadamente *política*.

#### 1.5. Os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade

Várias são as formas mediante as quais se faz a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. Em seguida, serão mencionadas as que têm alguma aplicação no Brasil.

---

internacionais, mesmo depois de incorporados ao direito positivo interno, não fazem parte do texto constitucional, constituindo texto separado.

<sup>62</sup> Mesmo ao conceder ou denegar medidas cautelares em ADIn e ADC, o STF não examina a conveniência ou a oportunidade *de declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma*, mas sim a conveniência *de conceder ou denegar a medida cautelar*, cuja concessão ou denegação apenas tem como **pressuposto** a *inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma*, **mas não consiste na declaração** — *nem mesmo provisória* — da *inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma*, como já assentou o STF.



### 1.5.1. Classificação

*Quanto ao órgão controlador*, classifica-se o controle em *difuso* (quando qualquer órgão judicial pode efetuar o controle de constitucionalidade) e *concentrado* (quando o poder de controlar a constitucionalidade se *concentra* em *um só* ou em *alguns* órgãos jurisdicionais, como o STF e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios<sup>63</sup>).

*Quanto à forma do controle*, classifica-se *por via incidental* (quando a questão constitucional constitui mero incidente cuja resolução é imprescindível para o julgamento da ação, e não o próprio pedido da ação) e *por via principal ou direta* (quando a questão constitucional constitui o objeto principal da ação).

O controle difuso também é denominado de controle *por via de exceção* (ou *por via de defesa*) e o controle concentrado de controle *por via de ação*. Sucede que a nomenclatura “por via de exceção” se ressentir de certa impropriedade técnica, visto que a questão constitucional não se argúi mediante *exceção* (que depende de requerimento da parte<sup>64</sup>), mas (a) independe de forma ritual própria, (b) é cognoscível *ex officio* pelo juiz e (c) pode ser suscitada tanto pelo autor na própria petição inicial, como pelo réu na resposta (CPC, art. 297)<sup>65</sup>.

Pode até ser argüida *incidentalmente* no bojo de uma *exceção* (de incompetência, de suspeição ou de impedimento), mas não como objeto principal dela (que é a declaração do impedimento, da suspeição ou da incompetência): seria o caso, *e.g.*, de o réu (excipiente) alegar que o juízo é incompetente por ser inconstitucional a norma legal que lhe atribui competência para processar e julgar o feito.

---

<sup>63</sup> Consoante o art. 30 da Lei nº 9.868-99, que alterou a redação do art. 8º da Lei nº 8.185-91, cabe ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgar ADIn referente a lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica (LODF). Como se sabe, o Distrito Federal não possui Municípios (não havendo, portanto, “Leis Orgânicas Municipais” no DF) e, em vez de uma “Constituição Distrital”, possui uma Lei Orgânica a regê-lo (CF-88, art. 32, *caput*). É possível, conseqüentemente, o ajuizamento de ADIn em face da Lei Orgânica do DF contra leis distritais elaboradas tanto no exercício da competência legislativa “estadual” do DF, como no exercício de sua competência legislativa “municipal” (CF-88, art. 32, § 1º). Todavia, a Lei Orgânica do DF, *assim como as Constituições Estaduais*, podem ser objeto de ADIn em face da CF-88 perante o STF. Entendemos, contudo, que só é possível a arguição de inconstitucionalidade mediante ADIn das normas elaboradas no exercício da competência legislativa “estadual” do DF, por *simetria* com as Constituições Estaduais, uma vez que as leis e atos normativos *municipais* não são impugnáveis por ADIn em face da CF-88 (art. 102, I, a).

<sup>64</sup> CPC, art. 304.

<sup>65</sup> Pode ainda ser suscitada por qualquer *terceiro interveniente* no processo e pelo membro do Ministério Público (quer como *parte*, quer como *custos legis*).

Não existe, portanto, no direito brasileiro vigente, uma *exceção ritual de inconstitucionalidade*.

De outra parte, a inconstitucionalidade não constitui, tecnicamente, *exceção substancial* (*exceção de direito material, exceção de mérito*), mas sim *objeção*, uma vez que independe de alegação da parte (é cognoscível *ex officio* pelo juiz), *objeção* esta que pode ser *de direito material* ou *de direito processual*, conforme a inconstitucionalidade seja, respectivamente, de *norma de direito material ou processual*.

A terminologia “por via de defesa” também não é apropriada, uma vez que a questão de constitucionalidade não é necessariamente argüida *em defesa* pelo réu, podendo ser suscitada pelo autor e pelo representante do Ministério Público como *custos legis* e conhecida de ofício pelo juiz.

O controle difuso é ainda denominado de controle *concreto* (*in concreto*), por confinar-se aos limites da lide subjetiva (caso concreto), e o controle concentrado de controle *abstrato* (*in abstracto, in thesi*), por *abstrair* das situações individuais concretas.

No Brasil, como é consabido, coexistem harmonicamente — numa delicada simbiose, construída dia a dia, notadamente pelo STF — o controle abstrato e o concreto, razão pela qual se diz que o nosso sistema é *misto*. Malgrado haja, presentemente, uma tendência à maior *concentração* do controle de constitucionalidade, o controle difuso desempenha um papel insubstituível no nosso sistema.

Quanto ao *momento* em que se exerce o controle de constitucionalidade, este pode ser *repressivo* (*sucessivo* ou *a posteriori*) ou *preventivo* (*prévio* ou *a priori*). Todavia, há uma grande indefinição na doutrina e na jurisprudência sobre o momento a partir do qual o controle deixa de ser *preventivo* e passa a ser *repressivo*<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Assim, v.g., MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO há por preventivo o controle efetuado antes da publicação da lei e sucessivo o realizado após essa mesma publicação. (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público*. São Paulo: LTr, 1985, pp. 61-62.). CAPPELLETTI (1979, pp. 4-5), em lanço ambíguo, põe a *vigência* como marco divisório: “Usualmente in questi sistemi il controllo, anziché essere successivo alla emanazione e pubblicazione della legge, è preventivo ossia interviene prima che la legge entri in vigore [...]” (Grifos nossos e do autor.) Para ZAGREBELSKY, a *vigência* também é o que separa o controle preventivo do sucessivo: “Il controllo *a posteriori* si contrappone a quello *a priori*, portato cioè sulle leggi anteriormente alla loro entrata in vigore” (*La giustizia costituzionale...*, p. 170.) Para OLIVIER DUHAMEL e YVES-MÉNY (1992, pp. 225-226), a *vigência* da lei é, por igual, o que decide a modalidade de controle. Há ainda quem fale em votação da lei como MICHEL FABRE, citado por PAULO BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 271). REGINA FERRARI entende que só há controle sucessivo após a

De nossa parte, entendemos que controle *preventivo* é aquele que incide sobre *projetos de normas (normas em processo de formação)*, e *repressivo* aquele que se exerce sobre *normas já existentes (mesmo que ainda não-vigentes)*. Dessa forma, a nosso viso, o controle exercido *após* a *sanção* ou a *rejeição do veto* é *repressivo*, ao passo que o exercido *antes* da *sanção* ou da *rejeição do veto* é *preventivo*.

A questão tem relevo pragmático porque, segundo o art. 102, I, *a*, da CF-88, os *projetos de lei ou atos normativos* não podem ser objeto de controle *abstrato* de constitucionalidade perante o STF, mas apenas as *leis e atos normativos já existentes*. Cumpre, portanto, identificar precisamente o momento em que a *lei* passa a *existir* como tal, ou seja, o momento em que o *projeto de lei* se converte em *lei*.

O problema será mais detidamente analisado no item seguinte.

#### 1.5.1.1. Momento a partir do qual podem ser ajuizadas a ADIn e a ADC

Sabido que os *projetos* de lei apresentam diversas fases até transfundirem-se em *leis (atti complessi)*, e sendo certo que somente estas<sup>67</sup> podem ser objeto de fiscalização *abstrata* de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, da *Lex Mater*), apenas eles, em rigor, ficariam extra-alcance dessa fiscalização abstrata. No entanto, o STF tem limitado sua competência fiscalizatória à *lei* que já haja sido objeto de *publicação*<sup>68</sup>, não exigindo, porém, sua *vigência*, de forma que pode ser proposta ação direta no período de sua vagatura (*vacatio legis*). No mesmo sentido pronunciam-se GILMAR FERREIRA MENDES e CLÊMERTON MERLIN CLÈVE. Assevera o primeiro:

“O controle abstrato pressupõe a *existência* da lei ou do ato normativo. A *vigência* da lei não parece constituir requisito de

---

“promulgação e publicação” da lei, por entender que esta só existe após esses atos, confundindo existência simples com eficácia (= existência eficaz) (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 61 *et passim*). Para JORGE MIRANDA (1996, p. 427) a fiscalização preventiva é aquela que incide sobre leis já aprovadas, mas ainda não publicadas, e sucessiva a que incide sobre normas já publicadas, estejam ou não em vigor. De jeito que o que determinará se o controle será preventivo ou sucessivo será o evento escolhido como divisor de águas. Assim, no que pertence ao direito brasileiro, se se considerar que o caráter preventivo do controle diz com a consumação *in concreto* da inconstitucionalidade (ou seja, previne a aplicação da lei inconstitucional), o traço divisor deverá de ser a vigência (pois só a partir dela poderá a lei ser aplicada, por pertencer ao ordenamento jurídico vigente). Se se considerar que o caráter preventivo entende com a existência da norma (previne o nascimento da lei inconstitucional, sua incorporação ao ordenamento jurídico), então a linha divisória haverá de ser a sanção ou a rejeição do veto.

<sup>67</sup> O raciocínio expendido neste tópico é igualmente extensível, quanto aos conceitos de existência e eficácia, aos atos normativos em geral.

<sup>68</sup> RDA 183/158. Vide outrossim: ADC 1-1-DF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 230.

admissibilidade, afigurando-se suficiente a *promulgação e publicação definitiva*.

O juízo abstrato de constitucionalidade não se mostra compatível, assim, com a forma de *controle preventivo*.” (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 264.) (Grifou-se.)

Aduz o segundo, citando GILMAR MENDES:

“A fiscalização da constitucionalidade, no Brasil, em relação ao momento em que se opera, é eminentemente *sucessiva* (*a posteriori* ou *repressiva*). Portanto, inadmitindo, diante da jurisprudência do STF, a fiscalização abstrata preventiva como outros países, a provocação da jurisdição concentrada, entre nós, ocorrerá após a *promulgação e publicação* do texto normativo combatido<sup>69</sup>. A fiscalização pressupõe a ‘existência formal da lei ou do ato normativo. A *vigência* da lei não parece constituir requisito de admissibilidade, afigurando-se suficiente a *promulgação e publicação definitiva*’.”<sup>70</sup>

Quanto às propostas de emenda à Constituição atentatórias das cláusulas pétreas, admitiu o STF, em fiscalização *concreta*, a possibilidade de sobre elas exercitar um controle *preventivo*<sup>71</sup>. No que faz ao controle *abstrato*, não admitiu, *nem mesmo nessa hipótese excepcional*, sua utilização preventiva:

“O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou — como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite — o sistema jurisdicional preventivo de constitucionalidade, *em abstrato*. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização *abstrata preventiva* da legitimidade constitucional de meras **proposições normativas** pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos *in fieri*, ainda *em fase de formação*, com *tramitação procedimental não concluída*, não ensejam e não dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe — ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante — a **existência** de espécies normativas *definitivas, perfeitas e acabadas*. Ao contrário do *ato normativo* — que *existe* e que pode dispor de eficácia jurídica, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva —, a **mera proposição normativa** nada mais encerra do que simples *proposta* de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que,

<sup>69</sup> O douto autor incide, porém, em leve contradição. Endossa a idéia de que no direito brasileiro a *vigência* da lei não é requisito para o controle jurisdicional *sucessivo* que aqui se opera, bastando-lhe haja sido promulgada e *publicada* (2000, pp. 184-185), mas à página 73 da mesma obra havia posto a *vigência* (e não a *publicação*) como marco definidor da existência ou não de controle *preventivo*: “*fiscalização preventiva* (*ou a priori*), ocorre em momento anterior ao *início de vigência* do ato normativo [...]” (Grifos nossos e do autor.) A indefinição, nada obstante, grassa generalizadamente entre os autores.

<sup>70</sup> *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 184-185. (Grifou-se.)

<sup>71</sup> MS 20.257-DF. In: RTJ, 99/1040.

de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional — e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão — que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais e estaduais, já *PROMULGADOS, EDITADOS E PUBLICADOS*.<sup>72</sup>

A questão merece examinada mais de fito. Consabido é que o processo legislativo compreende uma seqüência de atos visantes à *feitura* (= criação) de leis. São eles, numa perspectiva rigorosa, consoante JOSÉ AFONSO DA SILVA: (a) emenda; (b) votação; (c) sanção; (d) veto. No que toca à iniciativa (ato exordial deflagrador do processo legislativo, pressuposto indispensável à existência dos demais), afirma o autor não ser ela, em si, ato integrante do processo legislativo<sup>73</sup>. A promulgação e a publicação, atos necessariamente posteriores à sanção (ou veto, se for o caso), igualmente não configuram, a rigor, atos do processo legislativo, porquanto ante-supõem a *existência* da lei.

Mister é, pois, de divisar a terminologia. Sanção e veto são atos legislativos de competência exclusiva do Chefe do Executivo concernentes a *projetos de lei*. Pontifica JOSÉ AFONSO:

“É errôneo dizer, p. ex., que o Presidente sancionou ou vetou uma *lei*. Por outro lado só são sancionáveis ou vetáveis *projetos* que disponham sobre as matérias indicadas no art. 48. A *lei nasce* com a sanção, que é pressuposto de sua *existência*, a menos que seja vetada e o veto rejeitado. [...] Em tal hipótese, o projeto se transforma em *lei (sem sanção, como se vê)*, que deverá ser *promulgada*”<sup>74</sup>.

No que diz à promulgação e à publicação, averba o mesmo autor:

“Não configuram atos de natureza legislativa. Rigorosamente, não integram o processo legislativo. Promulga-se e publica-se *lei, que já existe desde a sanção ou veto rejeitado*. É errado falar em promulgação de *projeto de lei* [porquanto já não é *projeto*, mas *lei*].

A *promulgação* não passa de mera comunicação, aos destinatários da lei de que esta foi criada com determinado conteúdo. Nesse sentido, pode-se dizer que é o meio de *constatar a existência* da lei; esta é *perfeita* antes de ser *promulgada*; a *promulgação não faz a lei*, mas os *efeitos* dela somente se produzem depois daquela. O ato de promulgação tem, assim,

<sup>72</sup> RDA 183/158. (Grifou-se.)

<sup>73</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 523.

<sup>74</sup> *Curso...*, pp. 525 e 526. (Grifou-se.)

como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória. [...] A lei só se torna *eficaz* (isto é, em condição de produzir seus efeitos) com a *promulgação publicada*. A promulgação é obrigatória. Cabe ao Presidente da República<sup>75</sup>, mesmo das leis decorrentes de veto rejeitado (art. 66, § 5º). Se ele não o fizer dentro de quarenta e oito horas, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º).

A *publicação* da lei constitui instrumento pelo qual se *transmite a promulgação* (que concebemos como comunicação da feitura da lei e de seu conteúdo) aos destinatários da lei. A *publicação é condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz*. Realiza-se pela inserção da lei promulgada no jornal oficial. Quem a promulga deve determinar sua publicação.”<sup>76</sup>

Em termos simílimos manifestam-se OLIVIER DUHAMEL e YVES-

MÉNY:

“Par un acte de *promulgation*, le chef de l’Etat:

— ATTESTE L’EXISTENCE DE LA LOI, c’est-à-dire les votes concordants (ou non selon les textes constitutionnels) des assemblées parlementaires;

— en *ordonne la publication* et le respect par les autorités publiques [...]. Elle précède la publication dont elle est alors distincte *matériellement et juridiquement*. [...]

La *publication* est la *divulgation* d’un acte réglementaire. [...]

La *sanction* est l’acte par lequel le chef d’Etat marque son adhésion à la volonté exprimée par une ou deux chambres législatives et **PARFAIT AINSI L’ŒUVRE DE CONFECTION DE LA LOI**. [...]

La sanction se distingue de la promulgation qui est l’acte par lequel le même chef d’Etat atteste de l’existence officielle de la loi, constate qu’elle a été régulièrement adoptée par le corps législatif, prescrit de pourvoir à sa mise en œuvre et donne aux *agents de l’autorité publique* l’ordre de veiller à son exécution et, au besoin, d’y prêter main-forte. [...]

La sanction devient un acte de *co-législation*.”<sup>77</sup>

Um reparo, não obstante, merece a Constituição Federal de 1988 no que entende com o tema ora versado, mais especificamente no que toca à rejeição do veto. Apartando-se, como algumas de suas predecessoras, da redação emprestada à matéria pela Constituição de 1891 a vigente *Lex Major* incidiu em grave inexactidão terminológica na elocução do § 5º do art. 66, que dispõe:

<sup>75</sup> O autor reporta-se obviamente ao processo legislativo na órbita *federal*. Aplica-se, porém, o dito acima, *mutatis mutandis et servatis servandis*, às esferas *estadual e municipal*.

<sup>76</sup> *Curso...*, pp. 526-527. (Grifos nossos e do autor.)

<sup>77</sup> DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 836; 841; 945. (Grifou-se.)

“**Art. 66.** [...] § 5º. Se o veto não for mantido, será o *projeto* enviado, para **promulgação**, ao Presidente da República.” (Grifou-se.)

E no § 7º já fala a Constituição em *lei*, e não mais em *projeto de lei*. (“Se a *lei* não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará [...]”).

Ao incauto exegeta poderia afigurar-se-lhe que o Presidente da República em tal caso promulgará o *projeto de lei* (por ele vetado, mas cujo veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional), demudando-o em *lei*, com o que se teria hipótese em que a promulgação faria parte da fase *constitutiva* da lei, e não da fase integrativa de sua *eficácia*. Nada mais inveraz. Eis a tecnicamente perfeita (e mal copiada) dicção da Constituição de 1891 a este respeito:

“**Art. 37.** [...] § 3º. Devolvido o *projeto* à Câmara iniciadora, aí se sujeitará a uma discussão e à votação nominal, considerando-se *aprovado*, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o *projeto* será remetido à outra Câmara que, *se o aprovar* pelos mesmos trâmites e pela mesma maioria, o enviará **como lei** ao Poder Executivo para a *formalidade* da promulgação.” (Grifou-se.)

Esse “*como lei*” foi aí posto pela mão de RUI BARBOSA, em emenda ao projeto original. Essa redação permite se visualize nitidamente que é a *aprovação congressional*<sup>78</sup> que transmuda o *projeto de lei* em *lei*, visto que após esta já segue *na qualidade de lei* para ser promulgada pelo Presidente. Neste particular, não houve alteração na Constituição de 1988; o que se envia, portanto, para a promulgação do Presidente é a *lei* já aprovada pelo Congresso, que derrubou o veto presidencial, e não um *mero projeto de lei*, como está no § 5º do art. 66, que, nesse tocante, conflita com o § 7º do mesmo preceptivo constitucional.

Sendo, por conseguinte, *lei* desde a *sanção* do Chefe do Executivo ou, se esta não se efetuar, desde a *rejeição do veto* pelo Poder Legislativo, torna-se possível a fiscalização *abstrata* de sua constitucionalidade, mediante ADIn ou ADC, a partir da ocorrência desses atos (*sanção* ou *rejeição do veto*, conforme o caso).

Quanto à *conveniência* da existência de um tal controle, é ela indisputável, pois precatá os jurisdicionados de todo o País contra a aplicação de uma

---

<sup>78</sup> Consoante à Constituição vigente, o veto será apreciado em sessão *conjunta*, em escrutínio *secreto*, só podendo ser rejeitado por *maioria absoluta* (art. 66, § 4º).

lei inconstitucional<sup>79</sup>, fazendo que ela seja, com respeito a eles, *absolutamente ineficaz* (*ex radice*), obstando ao ajuizamento de inumeráveis ações reparatorias dos efeitos nefastos da lei, reduzindo sensivelmente o número de litígios em toda a Nação.

### 1.6. Similitudes e dissimilitudes entre o controle abstrato e o concreto

No controle por via principal (abstrato), a questão constitucional constitui a questão *principal*: o *pedido mediato* da ação direta é a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e o *pedido imediato* é a prolação de *acórdão* declaratório da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, capaz de eliminar o estado de incerteza e insegurança jurídica a este propósito. Por conseguinte, do *dispositivo* do acórdão deverá constar a procedência ou a improcedência do pedido, com a consequente declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma e a produção de coisa julgada material *erga omnes* a este respeito.

Já no controle incidental (concreto), a constitucionalidade ou não da norma constitui autêntica **questão prejudicial** (*questio praejudicialis*), *no sentido técnico-processual da expressão*, ou seja, constitui *questão prévia* cuja solução ***influencia***, mas ***não impede*** a análise das questões seguintes.

Assim, diferencia-se a *questão prejudicial* da *questão preliminar*. Conquanto sejam ambas espécies do gênero *questões prévias*, a solução da questão preliminar *tem o poder de impedir* a análise das questões seguintes, ao passo que a solução da questão prejudicial *nunca* tem esse poder de *obstar*, de *impedir* a análise das questões subseguintes, mas apenas o de *influenciar* a solução das questões seguintes.

Exemplificando: a questão sobre a legitimidade ativa é uma *questão preliminar* porque a solução que se lhe der *poderá impedir* a análise da questão seguinte: se for *acolhida* a alegação de ilegitimidade ativa, já não se poderá *sequer analisar* as questões seguintes — meramente processuais ou de mérito.

Já a questão sobre a paternidade numa ação de alimentos é uma *questão prejudicial* porque a solução que se lhe der *já não poderá impedir a análise* das questões seguintes, podendo tão-somente *influenciar* essa análise: se for *acolhida* a alegação do réu de que não é pai do autor da ação, nem por isso ficará impedido o

---

<sup>79</sup> Ou contra a não-aplicação da lei constitucional pelos juízes sob o argumento de inconstitucionalidade.



exame da questão seguinte, isto é, a questão de saber se são devidos ou não os alimentos postulados; ao revés, deverá ser *examinada e decidida* essa questão à luz da solução dada à questão prejudicial: o pedido de alimentos será julgado *improcedente* pela ausência da relação de paternidade (CPC, art. 269, I); o processo nunca poderia ser extinto *sem resolução do mérito do pedido de alimentos* em razão da ausência da relação de paternidade.

Nisso, portanto, se estremam as questões preliminares das prejudiciais, e não na circunstância de constituírem questões meramente processuais ou de mérito. De fato, tanto as questões preliminares como as prejudiciais podem ser questões *meramente processuais* ou questões *de mérito*. A questão sobre a ocorrência ou não de prescrição, *v.g.*, é uma *questão preliminar de mérito*, pois se for acolhida a alegação de prescrição, não será possível a *análise* da questão principal deduzida em juízo, devendo-se extinguir o processo com resolução de mérito com esteio no art. 269, IV, do CPC (porquanto prescrição é matéria de mérito no regime do CPC). Configura, portanto, a questão sobre a prescrição uma *preliminar de mérito*, e nunca uma questão *prejudicial*.

Nos processos subjetivos, a questão de constitucionalidade é uma *autêntica questão prejudicial* (e não uma questão preliminar) porque *influencia*, mas não *impede*, o exame e a decisão das questões subseqüentes, especialmente a questão principal. Dessarte, após a resolução da questão prejudicial de inconstitucionalidade, qualquer que seja a solução adotada (*i.e.*, quer se considere constitucional, quer se repute inconstitucional a norma), a questão principal deduzida em juízo deverá<sup>80</sup> ser *analisada e decidida em consonância* com a decisão sobre a prejudicial.

Essa é a *regra*, que comporta *exceções*. Com efeito, a questão constitucional nem sempre constitui questão *prejudicial*: pode, *excepcionalmente*, ser questão *preliminar*, tanto (a) no controle *concreto*, como (b) no controle *abstrato*.

Na primeira hipótese (a), a questão constitucional poderá configurar questão preliminar (e não prejudicial) se for capaz de impedir a análise da questão subsequente, o que pode ocorrer, *e.g.*, quando a questão constitucional concernir à *competência do juízo* ou ao *próprio processo subjetivo*. Exemplo: se, no bojo de uma ação de repetição de indébito proposta perante o Juizado Especial Federal, for argüida a incompetência absoluta do juízo com base na alegação de inconstitucionalidade da

---

<sup>80</sup> É óbvio, todavia, que outra questão que deva logicamente ser analisada e decidida antes da questão principal pode impedir o julgamento desta.

norma atributiva de competência, tal questão constitucional consistirá numa *preliminar* (e não numa *prejudicial*), porque, se acolhida, impedirá o exame das questões seguintes. Pode até ocorrer a *cumulação* de questões constitucionais preliminares e prejudiciais na mesma ação: no exemplo dado, além da *preliminar* de inconstitucionalidade alusiva à incompetência do juízo, poderia ser deduzida uma questão *prejudicial* de inconstitucionalidade referente à norma que determinara o pagamento alegadamente indevido. Mas em casos que tais não se cura de uma mesma questão constitucional, mas de questões constitucionais distintas.

Na segunda hipótese (b), poderá haver uma questão constitucional *preliminar* ou *prejudicial* à questão constitucional principal (objeto da ADIn ou da ADC). Tais questões constitucionais preliminares ou prejudiciais são normalmente decididas, na praxe do STF, como “questões de ordem”.

Foi o que sucedeu no julgamento na ADC nº 1, em que foi suscitada pelo Relator, como questão constitucional *prejudicial*<sup>81</sup>, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3-93, que introduziu a ADC no ordenamento jurídico pátrio. Assim, como “questão de ordem”, o STF decidiu a questão constitucional pertinente à própria validade da ADC, exercendo assim um controle *concreto* sobre a constitucionalidade da própria ADC.

Portanto, à luz do que se passou no julgamento da ADC nº 1<sup>82</sup>, pode-se afirmar que é perfeitamente possível o exercício de controle *concreto* (incidental) *dentro* de processo de controle *abstrato*<sup>83</sup>. Além da ADC nº 1, impende

---

<sup>81</sup> No seu relatório, o Min. MOREIRA ALVES transcreveu despacho em que assim se exprimira: “Tendo em vista a controvérsia já existente quanto à constitucionalidade, ou não, da Emenda Constitucional nº 3-93, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade — e disso dá notícia a ADIn nº 913 (cujos autos estão anexos a esta ação) que não foi conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam* —, levanto, *incidentemente*, para exame, a prejudicial de inconstitucionalidade, e determino que, a respeito dela, seja aberta vista à Procuradoria-Geral da república para manifestar-se.” (In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade...*, p. 183.) Todavia, quer-nos parecer que não se tratava de questão constitucional **prejudicial**, mas sim de **autêntica** questão constitucional **PRELIMINAR**, porquanto, se acolhida a preliminar de inconstitucionalidade da própria ADC, *não seria possível o julgamento de nenhuma outra questão seguinte*, uma vez que a ação não seria sequer *conhecida*, por incabível.

<sup>82</sup> A questão constitucional **principal** na ADC nº 1 era a constitucionalidade ou não da Lei Complementar nº 70-91, que instituiu contribuição para o financiamento da Seguridade Social. No entanto, para resolvê-la, era indispensável decidir sobre a questão prévia da constitucionalidade ou não da ADC.

<sup>83</sup> Sem embargo disso, de forma incisiva, mas sem maiores aprofundamentos, no julgamento da ADIn nº 91 o STF asseverou que não seria possível a declaração incidental de inconstitucionalidade (controle concreto) no bojo de uma ação direta (controle abstrato): “5. Por outro lado, o **Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia ‘inter partes’**, sujeita, ainda, à deliberação do

lembrar que no julgamento de várias ADIns o STF tem decidido *incidentalmente* questões constitucionais referentes à validade de dispositivos da Lei nº 9.868-99.

Para além disso, ao julgar as *representações de inconstitucionalidade*, os Tribunais de Justiça devem analisar, ainda que sem proferir decisão expressa (*i.e.*, quando não há necessidade de decisão expressa, por não haver sido argüida por algum interveniente no processo de representação), *como questão constitucional prévia*, a própria constitucionalidade, em face da Constituição Federal de 1988, dos dispositivos da Constituição Estadual apontados como violados na representação. Se o Tribunal de Justiça não fizer esse exame *incidental*, correrá o risco de declarar a inconstitucionalidade de uma norma com base na suposta ofensa a um dispositivo constitucional estadual inválido (parâmetro inválido de aferição de constitucionalidade). Por conseguinte, é de mister que o Tribunal de Justiça<sup>84</sup>, antes de adentrar no exame do mérito propriamente dito da representação, proceda ao controle *incidental* da constitucionalidade da norma *paramétrica* estadual, que é *hierarquicamente sujeita* ao parâmetro federal (Constituição Federal de 1988)<sup>85</sup>.

Justamente por se cuidar de controle *incidental*, a decisão do STF (e a do TJ na representação de inconstitucionalidade) sobre a questão constitucional *preliminar* ou *prejudicial* à questão constitucional *principal* objeto da ADIn ou da ADC (ou da representação perante o TJ) *não produz coisa julgada*, mas autoriza a comunicação ao Senado para a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da CF-88.

Em suma: *excepcionalmente*, a questão constitucional poderá ter a natureza de questão *preliminar* nos processos *subjetivos* e *objetivos*<sup>86</sup>, bem como poderá assumir a natureza de questão *prejudicial* nos processos *objetivos*.

Senado no sentido [*sic*] suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia 'erga omnes'." (ADIn 91. Pleno. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. DJU: 23.03.2001, p. 83.) No mesmo sentido do texto: Rcl nº 526. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 04.04.1997, p. 10524. Na doutrina: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato...*, p. 414.

<sup>84</sup> Reconhecendo a competência do Tribunal de Justiça para esse exame *incidental* e ressaltando a possibilidade de reexame dessa decisão do TJ pelo STF *por meio de Recurso Extraordinário*, confirma-se o decidido na Rcl nº 526. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 04.04.1997, p. 10524.

<sup>85</sup> Nesse sentido: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade...*, pp. 414-415.

<sup>86</sup> Alguns exemplos em que a questão constitucional possui a natureza jurídica de *preliminar* (e não de *prejudicial*): quando a inconstitucionalidade for o fundamento da alegação de *ausência de condições da ação* (subjetiva ou objetiva), de *pressupostos processuais* (seja nos processos subjetivos, seja nos processos objetivos), bem como da alegação de litispendência, perempção ou coisa julgada (assim nos processos subjetivos, como nos processos objetivos) e de incompetência absoluta do juízo (quer nos processos subjetivos, quer nos objetivos), haja vista que nesses casos a questão sobre a inconstitucionalidade da norma poderá, se acolhida, **obstar** ao exame das questões seguintes, e não

Por outro lado, a questão prejudicial de inconstitucionalidade pode ser suscitada *tanto pelo autor* na petição inicial, *quanto pelo réu* na resposta.

Pode ainda ser conhecida *ex officio* pelo juiz, por ser matéria de ordem pública (a nulidade absoluta, conseqüência do vício de inconstitucionalidade, pode ser declarada de ofício pelo juiz), sem que com isso perca a natureza de *questão* prejudicial, já que, no regime do CPC, constituem *questões* não apenas os *pontos controvertidos pelas partes*, mas também os pontos não-controvertidos pelas partes cognoscíveis *ex officio* pelo juiz<sup>87</sup>.

Exatamente por não constar do *pedido*, mas apenas da *causa petendi*, a decisão sobre a questão prejudicial de inconstitucionalidade deve constar apenas da *fundamentação* e não do *dispositivo* da sentença ou do acórdão, não fazendo, portanto, coisa julgada<sup>88</sup> (CPC, art. 469, III), salvo se for proposta *ação declaratória*

apenas **influenciar** no julgamento destas. Cfr. arts. 301 e 267 do CPC. Sobre a fluidez do conceito de pressupostos processuais, cfr., *infra*, item 1.6.3.

<sup>87</sup> Em sentido contrário ao do texto: “*Questão* é todo *ponto controvertido sobre o qual as partes divergem no processo*. Em outras palavras, trata-se de uma *discordância das partes* quanto a determinada matéria de fato ou de direito debatida no processo.

Ora, controvérsia só aparece na relação processual com a apresentação da resposta do réu. Antes desse momento, não há que se falar, ainda, em discordância da parte demandada, eis que ainda não teve a oportunidade de se manifestar nos autos. Assim sendo, *uma questão só adquire esta qualidade após o decurso do prazo para a defesa*.

No caso da fiscalização difusa da constitucionalidade das leis, alguém vai a Juízo alegando na petição inicial a invalidade de determinada norma jurídica, cuja aplicação se postula que seja afastada pelo órgão jurisdicional. Nesse instante não se pode afirmar que existe uma *questão* constitucional, porque ao réu não terá sido dada ainda a oportunidade de se pronunciar no processo. Logo, com a peça vestibular, o que existe é um *ponto* que versa sobre a inconstitucionalidade. *Questão* constitucional só aparecerá com a resposta do réu, se este divergir da invalidade da norma jurídica.

Deste modo, o que sempre existirá em sede de controle difuso é um *ponto prejudicial*, de cuja solução dependerá o desate da lide. *Questão* só aparecerá se o réu não concordar com a alegação da inconstitucionalidade da norma impugnada. Caso o acionado, por exemplo, reconheça a procedência do pedido, o processo será solucionado sem que a festejada ‘questão constitucional’ tenha aparecido no processo.” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Aspectos procedimentais do controle difuso de constitucionalidade. *RDDP*, São Paulo, v. 3, pp. 98-106, 2003, p. 100.)

<sup>88</sup> É por essa razão que o STF tem admitido o controle incidental de constitucionalidade em ações civis públicas: “**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, *desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.* Precedentes. Doutrina.” (Rcl nº 1733. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 01.12.2000, Informativo nº 212, “transcrições”.) Mais recentemente, em decisão de grande repercussão, entendeu da mesma forma o STF: “Concluído o julgamento de medida cautelar em reclamação, em que se sustentava que o deferimento de liminares em ações civis públicas, cujo objeto seria a declaração de inconstitucionalidade de normas do Estado do Rio de Janeiro que disciplinam o funcionamento dos bingos, teria usurpado a competência originária do STF para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade - v. Informativo 333. O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão que suspendera o curso das mencionadas ações, bem como os efeitos das liminares ali concedidas, mas, à vista da singularidade do caso concreto - decorrente do fato de as ações

*incidental*, nos termos dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC, quando então fará coisa julgada *inter partes*, pois o *pedido* da ação declaratória incidental será o de declarar a inconstitucionalidade da norma entre as partes, ou, mais precisamente, o de declarar a *inexistência de qualquer relação obrigacional válida decorrente da norma tachada de inconstitucional oponível ao autor da ação*<sup>89</sup>.

### 1.6.1. Normas passíveis de controle abstrato de constitucionalidade

Enquanto no controle difuso são sindicáveis todas as espécies normativas (exceto as normas constitucionais originárias e as normas regimentais internas do Poder Legislativo), no controle abstrato apenas algumas espécies normativas

---

civis públicas terem adotado, como causa de pedir, a inconstitucionalidade de decreto também impugnado em ação direta pendente de julgamento nesta Corte -, determinou a suspensão, com efeitos *ex nunc*, das mencionadas ações civis públicas, ficando mantida, assim, a eficácia das tutelas nelas deferidas, pelas quais se determinou a interrupção do funcionamento de bingos no Estado do Rio de Janeiro. *Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorre não da sustentada usurpação da competência, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta.* O Tribunal, *reconhecendo, portanto, a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade pela via difusa, afastou a alegada usurpação da competência do STF, uma vez que, no caso concreto, a controvérsia posta nas ações civis públicas, acerca da inconstitucionalidade de decreto do Estado do Rio de Janeiro, não constitui objeto único do pedido, mas causa de pedir, caracterizando-se como questão prejudicial à resolução do litígio principal.* Saliou-se, ainda, o fato de que o pedido de suspensão de funcionamento dos bingos formulado nas ações civis públicas, consubstancia **pedido de efeitos concretos, insusceptível de ser obtido em sede de ação direta.** Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que referendava o ato pelo qual suspendera o curso dos processos mencionados, bem como os efeitos das liminares ali concedidas.” (Rcl nº 2460 MC/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, 10.3.2004. Informativo nº 339.) O acórdão ficou com a seguinte ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA VERSUS AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RECLAMAÇÃO - LIMINAR. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual continuo guardando reservas, não surge relevante a articulação em torno da usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a partir da premissa de o acolhimento do pedido formulado em ação civil pública pressupor, necessariamente e em primeiro lugar, a conclusão sobre o conflito de certo ato normativo abstrato com a Constituição Federal.” (DJU: 06.08.2004.)

<sup>89</sup> Em princípio, admitido que o STF pode conhecer de questão constitucional **prejudicial** nos processos de controle abstrato (ADIn e ADC), poder-se-ia cogitar da possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental (ADI) no bojo de uma ADIn ou ADC a fim de que a decisão sobre a **prejudicial** de inconstitucionalidade fizesse **coisa julgada erga omnes**, dispensando assim o ajuizamento de nova ADIn ou ADC sobre a norma para obter essa eficácia de coisa julgada *erga omnes*, com evidente economia processual. Obviamente, a aplicação subsidiária dos dispositivos do CPC que regem a ação declaratória incidental (ADI) não prescindiria de restrições e adaptações necessárias. Com efeito, se admitida essa possibilidade, não poderia o STF conhecer de ADI em que se pede a declaração de (in)constitucionalidade de norma que não pudesse ser objeto da respectiva ação direta (ADIn ou ADC) em cujo seio fosse proposta a ADI, sob pena de indevido alargamento, por via oblíqua, do **objeto** do controle abstrato de constitucionalidade delineado na CF-88, nem de ADI proposta por autoridade ou ente que não seja legitimado ativo para propor a respectiva ADIn ou ADC, sob pena de indevida ampliação, por via oblíqua, do **rol de legitimados ativos** do controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja: seria indispensável que o autor da ADI pudesse ajuizar ADIn ou ADC com conteúdo idêntico ao da ADI proposta no bojo da respectiva ADIn ou ADC.

são sindicáveis: mediante ADIn, as leis e atos normativos *federais* e *estaduais*, e, por meio de ADC, as leis e atos normativos *federais* (art. 102, I, *a*, da CF-88).

Quanto aos *projetos de normas*, não admite o STF, em hipótese alguma, o exercício de controle *abstrato* sobre eles, mas admite o exercício de controle *difuso* a seu respeito. Assim, o STF tem reiteradamente concedido segurança para evitar que parlamentares sejam obrigados a participar da elaboração de projetos de lei com vícios de *inconstitucionalidade* na sua tramitação, sustentando que os parlamentares têm o *direito subjetivo público (líquido e certo)* de não participarem da elaboração desses projetos viciados por *inconstitucionalidade* formal<sup>90</sup>.

Todavia, não tem conhecido de mandados de segurança em que se alega a existência de ofensa aos dispositivos *regimentais* do Senado ou da Câmara, por considerá-los atos *interna corporis*<sup>91</sup>, “imunes à crítica judiciária”. Nesse caso, se houver inconstitucionalidade, será ela meramente *reflexa*.

O STF também não tem conhecido de mandados de segurança impetrados por terceiros, alheios ao processo de elaboração da norma, por entender que só os parlamentares têm legitimidade para impetrar o *mandamus*<sup>92</sup>, porquanto não há direito subjetivo público dos potenciais futuros destinatários da norma (ainda inexistente) amparável por mandado de segurança<sup>93</sup>.

Por fim, insta exarar que o STF tem considerado que a *conversão do projeto de lei ou emenda constitucional*, argüido de inconstitucional pelo parlamentar por vício na sua tramitação, *em lei ou emenda constitucional*, torna prejudicado o julgamento do mandado de segurança por *superveniente ilegitimidade ativa do*

---

<sup>90</sup> “O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle *incidental* ou *difuso* pelo Poder Judiciário, *sempre que*, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, *a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional*, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar - que dispõe do *direito público subjetivo* à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo - assiste legitimidade ativa 'ad causam' para provocar a fiscalização jurisdicional. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de recusar, a terceiros que não ostentem a condição de parlamentar, qualquer legitimidade que lhes atribua a prerrogativa de questionar, 'incidenter tantum', em sede mandamental, a validade jurídico-constitucional de proposta de emenda à Constituição, ainda em tramitação no Congresso Nacional” (MS nº 24645. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. Informativo do STF nº 320, “transcrições”).

<sup>91</sup> “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO *INTERNA CORPORIS*: MATÉRIA REGIMENTAL. I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, *imune ao controle judicial*, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo. II. - Mandado de Segurança não conhecido.” (MS 24356. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. Pleno. DJU: 12.09.2003, p. 29.)

<sup>92</sup> RTJ 136/25-26, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

<sup>93</sup> Entendendo que o reconhecimento de legitimidade ativa a terceiros transmudaria o mandado de segurança em inaceitável sucedâneo da ADIn: RTJ 132/1136, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

*parlamentar*, sob pena de inadmissível *transformação do mandado de segurança (preventivo) em ação direta de inconstitucionalidade*<sup>94</sup> (ADIn), pois estar-se-ia a discutir a validade em tese de lei ou emenda constitucional *já existente*.

#### 1.6.2. Ofensa direta e ofensa indireta à Constituição

Como já foi mencionado (item 1.2.), em consonância com a jurisprudência do STF, a ofensa *meramente indireta* à Constituição (inconstitucionalidade indireta) não é passível de controle *abstrato* de constitucionalidade, nem de controle *difuso na via do Recurso Extraordinário*, mas só e unicamente a ofensa *direta* à Constituição (inconstitucionalidade direta).

Quanto a este aspecto, portanto, não há diferença entre o controle abstrato e o controle difuso. A diferença reside em que a ofensa *indireta* pode render ensejo ao controle *difuso* de constitucionalidade *nas instâncias ordinárias*: embora o STF não exerça controle *difuso* sobre a ofensa indireta à Constituição (*na via do Recurso Extraordinário*), os juízes e tribunais podem exercê-lo ao julgarem causas em que houver uma prejudicial de inconstitucionalidade (mesmo indireta). O que se veda é o conhecimento da questão de inconstitucionalidade indireta pelo STF em sede de Recurso Extraordinário.

Cumpre, ademais, registrar que mesmo nas hipóteses de *invasão das faixas de competência delimitadas expressamente na Constituição*, como sucede com a repartição de competências entre os entes federativos feita nos arts. 23 e 24 da CF-88, o STF não conheceu de algumas ADIns e alguns RREE sob o argumento de que a inconstitucionalidade nesses casos *também* seria *meramente reflexa*, por ser necessária a

---

<sup>94</sup> “PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA POR PARLAMENTARES. POSSIBILIDADE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À CORRETA FORMAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA PELO CONGRESSO NACIONAL. HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE PERDA SUPERVENIENTE DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - embora reconheça, ao membro do Congresso Nacional, qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa - nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para *prosseguir* no processo mandamental, quando, em decorrência de fato superveniente, *a proposição normativa*, em tramitação na esfera parlamentar, *vem a transformar-se em lei ou a converter-se em emenda à Constituição*. A superveniência da aprovação parlamentar do projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição implica a perda da legitimidade ativa dos membros do Congresso Nacional para o prosseguimento da *ação mandamental, que não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade*.” (MS nº 22487. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. Informativo do STF nº 239.) No mesmo sentido: RTJ 165/540, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO.

prévia análise do confronto entre as leis emanadas dos entes federativos para aferir se há inconstitucionalidade:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.056, de 02.08.89, do Estado do Paraná, e Decreto nº 6.710/90 que a regulamentou. - *O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIn 1540, decidiu que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para se examinar a ocorrência, ou não, de **invasão de competência entre a união federal e os estados-membros**, porquanto, nesse caso, para a análise da inconstitucionalidade argüida, há necessidade do confronto entre leis infraconstitucionais.* No caso, tendo em vista o maior âmbito de competência concorrente e comum que os artigos 23 e 24 da atual Constituição deram aos Estados-membros no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição, às normas sobre produção e consumo, bem como à proteção e defesa da saúde, *para se verificar se a lei estadual em causa é, ou não, inconstitucional por invasão de competência da legislação federal, é mister que se faça o confronto entre as legislações infraconstitucionais.* Ação direta de inconstitucionalidade nº 252 não conhecida, julgando-se, em consequência prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 384, na parte concernente à mesma lei estadual, e não conhecida na parte referente ao decreto que a regulamentou.” (ADIn 252. Pleno. Relator: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 21-02-2003, p. 26. Cf. Inf. nº 93.)

Contudo, esse entendimento do STF talvez não consiga manter-se<sup>95</sup>, tanto pela sua fragilidade (pois, em regra, não é necessário analisar o conteúdo da norma

---

<sup>95</sup> Em acórdão mais recente, decidiu o Plenário do STF: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, CAPUT, II E IV; 1º; 18 E 5º CAPUT, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, *verifica-se que* ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, *o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).* A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. *A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello.* Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul.” (ADIn 2396. Pleno. Relatora: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 01.08.2003, p. 100.)



federal para dessumir que a norma estadual exorbitou da sua competência constitucional), como em virtude da nova composição da Suprema Corte<sup>96</sup>.

### 1.6.3. Condições da ação e pressupostos processuais

O processo objetivo que caracteriza o controle abstrato de constitucionalidade também se sujeita às condições da ação e aos pressupostos processuais, *no que não contrariarem a natureza objetiva do processo*. O processo objetivo não pode prescindir dessas categorias processuais, concebidas e desenvolvidas há mais de um século pela ciência processual. Todavia, uma vez que foram criadas e desenvolvidas para os processos subjetivos, não podem ser transplantadas para os processos objetivos *sem as adaptações e podas necessárias*.

Constitui tarefa da doutrina e da jurisprudência definir quais são essas adaptações e podas necessárias, bem como quais os pressupostos processuais e condições da ação *específicos* dos processos objetivos.

Essa tarefa é árdua, porque ainda hoje, no âmbito dos processos subjetivos, apesar de sua consagração legislativa (nomeadamente no CPC), existem controvérsias sobre quais são os pressupostos processuais e quais são as condições da ação, bem como sobre a cientificidade e a utilidade prática dessas categorias processuais.

Com efeito, mesmo nos processos *subjetivos* não há consenso sobre quais são, de fato, os pressupostos processuais. Parece que o CPC/73 adota um conceito algo diferente do da doutrina.

Na doutrina, costumam ser apontados, dentre outros, como pressupostos processuais: a imparcialidade do juiz, a inexistência de incompetência absoluta e relativa, de perempção, de litispendência, de coisa julgada e de convenção de arbitragem.

No sistema do CPC/73, os pressupostos processuais (tanto os de constituição, como os de desenvolvimento válido e regular do processo) são definidos como (1) causas de extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, IV) que (2) são cognoscíveis de ofício (art. 267, § 3º, *in principio*), (3) em “qualquer tempo e grau de

---

<sup>96</sup> No julgamento da ADIn nº 225, ficaram vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO, SEPÚLVEDA PERTENCE, NÉRI DA SILVEIRA e CARLOS VELLOSO, que rejeitavam a preliminar de conhecimento da ação por entenderem que o exame sobre se o Estado-membro, em dispondo sobre a matéria, invadiu ou não a competência concorrente da União Federal, consubstancia ofensa direta à CF-88.

jurisdição” (art. 267, § 3º, *in medio*), permitindo (4) que o **réu** as alegue também a qualquer tempo, respondendo pelas custas do retardamento (art. 267, § 3º, *in fine*).

Separa claramente ainda o CPC/73 os “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (CPC, art. 267, **IV**) da “perempção, da litispendência, e da coisa julgada” (CPC, art. 267, **V**), colocando-os em incisos diferentes do art. 267 do CPC, e tratando-os como causas distintas e autônomas de extinção do processo. Assim, seguindo a técnica do CPC/73, ao acolher a alegação de perempção, de litispendência ou de coisa julgada, o juiz deve extinguir o processo com esteio no art. 267, **V**, ao passo que ao verificar a ausência de algum dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, o juiz deve extinguir o processo com esteio no art. 267, **IV**.<sup>97</sup>

Diante da clara opção do legislador processual, como admitir, por exemplo, que o nosso direito positivo permita enquadrar a “**imparcialidade do juiz**” (= **ausência de impedimento e suspeição**) como pressuposto processual, se o **impedimento** e a **suspeição não** são matérias cognoscíveis *ex officio* pelo juiz (salvo pelo próprio juiz suspeito ou impedido, e não por outro juiz ou pelo Tribunal), mas sim *sujeitas à preclusão*? Se *não são causas de extinção do processo*, mas sim de mera remessa dos autos ao juiz substituto responsável?

E a **incompetência absoluta**, que também **não é capaz** de ensejar a extinção do feito sem resolução do mérito, mas sua mera remessa, mediante **decisão interlocutória**, ao juízo competente?

E a **incompetência relativa**, que além de não ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito, não é matéria cognoscível *ex officio* pelo juiz, nem é alegável a qualquer tempo pelo interessado, estando sujeita a preclusão?

---

<sup>97</sup> Reza o art. 267 do CPC:

“**Art. 267.** Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005.)  
[...]

**IV** - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

**V** - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

**VI** - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

**VII** - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996.)

[...]

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. **IV, V e VI**; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

E a **convenção de arbitragem**, que **não é cognoscível *ex officio*** pelo juiz, mas depende de alegação da parte (CPC, art. 301, § 4º), e é sujeita à preclusão?

E a **perempção**, a **litispendência**, e a **coisa julgada**, que, embora preencham os requisitos do art. 267, § 3º, são nitidamente apartadas dos pressupostos processuais nos incisos do mesmo art. 267? Aliás, no julgamento do AI-AgR nº 95837 (DJU: 08.06.1984, p. 9259), BUZAID confirmou a distinção<sup>98</sup>.

Para não alongar o âmbito deste trabalho, vamos analisar apenas os pressupostos processuais e condições da ação que têm despertado mais interesse na jurisprudência do STF e na doutrina sobre o processo objetivo.

### 1.6.3.1. Legitimados à propositura de ADIn e ADC

De acordo com o art. 103 da CF-88, com a redação dada pela EC nº 45-2004, são legitimados à propositura de ADIn e ADC<sup>99</sup>:

**“Art. 103. [...]**  
 I - o Presidente da República;  
 II - a Mesa do Senado Federal;  
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
 VI - o Procurador-Geral da República;  
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”<sup>100</sup>

Essa legitimação ativa para a ADIn e para a ADC é *concorrente* (cada legitimado pode ajuizar a ação sem necessidade de litisconsórcio com os demais).

<sup>98</sup> No STJ também há acórdãos que fazem o discrimen: REsp 170129, SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU: 01.03.1999, p. 331; REsp 5735/PR, WALDEMAR ZVEITER, DJU: 04.02.1991, p. 576; REsp 243969, ASFOR ROCHA, DJU: 04.09.2000, p. 162; REsp 538791, ASFOR ROCHA, DJU: 29.03.2004, p. 248.

<sup>99</sup> Antes da EC nº 45-2004, que revogou o § 4º do art. 103 e alterou o texto do *caput* e dos incisos IV e V do art. 103 da CF-88, eram legitimados ativos à propositura de ADC apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

<sup>100</sup> Como já referido, o STF, interpretando sistemática e teleologicamente esse artigo antes mesmo da alteração operada pela EC nº 45-2004, incluíra no seu rol o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa distrital. Corroborando a jurisprudência do STF, o art. 2º da Lei nº 9.868-99 e a EC nº 45-2004 aludem expressamente a estes.

Por “entidade de classe *de âmbito nacional*” o STF tem entendido, mediante analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096-95, art. 7º, § 1º), apenas a entidade de classe que tenha atuação em, pelo menos, 9 (nove) Estados-membros (número mínimo para que os partidos políticos sejam considerados como de âmbito nacional).

Exige também o STF que as entidades de classe sejam compostas por pessoas (físicas ou jurídicas) que integrem *uma mesma e única categoria profissional ou econômica*. Anteriormente, exigia ainda que essa categoria fosse *homogênea*, não reconhecendo legitimidade ativa às “associações de associações”. Todavia, no julgamento da ADIn-AgR nº 3153, revisou sua jurisprudência, passando, desde então, a reconhecer legitimidade ativa às entidades de classe de segundo grau (“associações de associações”), dès que haja objetivo institucional uno<sup>101</sup>.

No que respeita às confederações, o STF não reconhece legitimidade ativa às simples federações, nem aos sindicatos nacionais. As confederações sindicais são compostas por, pelo menos, 3 (três) federações, com atuação em, no mínimo, 3 (três) Estados-membros (CLT, art. 535)<sup>102</sup>.

O STF tem identificado, em inúmeras decisões, a legitimidade à propositura de ADIn e ADC com a legitimidade ativa *ad causam*, que é uma das condições (genéricas) da ação.

---

<sup>101</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’: compreensão da ‘associação de associações’ de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.” (ADIn-AgR nº 3153. Rel. p/ acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Data do julgamento: 12.08.2004. DJU: 09.09.2005, p. 34.) No mesmo sentido, cf. ainda: ADIn-MC nº 3472. Rel.: SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 24.06.2005, p. 5. ADIn-MC 2797. Rel.: SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 19.12.2006, p. 37.

<sup>102</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade ativa. - Esta Corte já firmou orientação (assim, a título exemplificativo, nas ADINs 488, 505, 689, 772, 868, 935, 1343 e 1508) de que das entidades sindicais apenas as Confederações que estão organizadas nos moldes exigidos pela Consolidação das Leis do Trabalho é que têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tendo, portanto, as Federações ou os Sindicatos ainda que nacionais por não serem entidades sindicais de grau máximo. No caso, tratando-se a requerente de entidade sindical que se caracteriza como Federação Nacional, não tem ela legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o exame do pedido de liminar.” (ADIn-MC 1795. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 30.04.1998, p. 7.)

Sucedem que essa identificação é inadequada, visto que o próprio conceito de legitimidade *ad causam* evidencia sua incompatibilidade com a natureza *objetiva* do processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Com efeito, diz-se que há legitimidade ativa *ad causam* quando a *titularidade do direito invocado* na ação pertence ao autor. Dessarte, legitimado ativo *ad causam* é o *titular do direito alegado* na inicial.

Mas essa noção é *intransplantável* para o processo objetivo, porquanto neste *não há um direito (subjetivo) passível de ser titularizado pelo autor da ação abstrata*. O legitimado à propositura de ADIn e ADC não defende nenhum *direito próprio*, nenhum *direito material de que seja titular* no processo objetivo.

A legitimação à propositura de ADIn e ADC não pode, portanto, ser confundida com a condição da ação denominada legitimidade ativa *ad causam*.

Resta identificá-la com a *capacidade processual (capacidade de ser parte no processo objetivo)* ou com a *substituição processual*<sup>103</sup>, ou ainda considerá-la como espécie autônoma, *sui generis*, isto é, como uma *legitimação autônoma para a condução do processo* (como faz parte da doutrina alemã)<sup>104</sup>.

#### 1.6.3.1.1. Pertinência temática ou objetiva

O requisito da pertinência temática ou objetiva consiste na necessidade de o objeto da ação ser *pertinente* às atribuições do autor da ação. Se o objeto da ação não for *concernente* às atribuições do legitimado ativo que ajuizou a ação, esta não poderá ser conhecida, devendo ser extinta sem resolução de mérito *por ilegitimidade ativa para aquela espécie de ação*.

São considerados pelo STF como *legitimados universais, plenos ou incondicionados* (podem propor a ação independentemente de seu objeto guardar pertinência com as suas atribuições): o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o

<sup>103</sup> Nesse sentido: “O direito de propositura da ação direta é um exemplo típico de substituição processual: os órgãos legitimados atuam em nome próprio, mas no interesse da sociedade como um todo.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 150.)

<sup>104</sup> NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY compartilham desse entendimento: “Trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*) e não de substituição processual, porque não há nenhum interesse individual derivado de direito subjetivo em jogo.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 216.)

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

São considerados pelo STF como *legitimados não-universais, restritos ou condicionados* (só podem propor a ação se o seu objeto guardar pertinência com as suas atribuições): o Governador de Estado e do Distrito Federal<sup>105</sup>, a Mesa de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do DF, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Destarte, a ação ajuizada por estes *legitimados não-universais* só será conhecida se implementado o requisito da *pertinência temática ou objetiva*.

Apesar de largamente utilizado pelo STF, o requisito da pertinência temática ou objetiva — por conter implicitamente a idéia de que os legitimados só podem pleitear interesse das categorias ou órgãos que representam —, é nitidamente impossível com a natureza *objetiva* do processo, no qual é vedada a defesa de interesses *subjetivos, concretos*. Ademais, constitui *criação jurisprudencial* do STF, que não foi acolhida pela Lei nº 9.868-99, que não estabelece a exigência de pertinência temática.

#### 1.6.3.2. Representação processual e capacidade postulatória

O STF entende que os legitimados ativos têm *capacidade postulatória* para ajuizar a ação direta *extraída diretamente da legitimação deferida pelo art. 103 da CF-88*, razão pela qual não precisam de advogado para representá-los em nenhum dos atos do processo objetivo, podendo assinar isoladamente a petição inicial da ADIn<sup>106</sup>, entendimento extensível à ADC.

---

<sup>105</sup> O STF reconhece legitimidade ao Governador para ajuizar ADIn contra lei ou ato normativo *de outro Estado-membro, desde que alegue prejuízo para o seu Estado*. (ADIn nº 2656. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 01.08.2003.) Reconhece-lhe ainda legitimidade para ajuizar ação contra lei que haja sancionado, porque, embora não tenha vetado o projeto de lei por inconstitucionalidade, não pode ser obrigado a aplicar lei que, depois, venha a considerar inconstitucional.

<sup>106</sup> Os *órgãos requeridos*, todavia, não detêm capacidade postulatória extraída da Constituição, devendo fazer-se representar processualmente por advogado. O só fato de *prestarem informações* não lhes confere capacidade postulatória, da mesma forma que no mandado de segurança a autoridade impetrada não goza de capacidade postulatória pelo simples fato de prestar informações: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DOS ÓRGÃOS REQUERIDOS. *Capacidade que, nas ações da espécie, é diretamente reconhecida aos legitimados ativos arrolados no art. 103 da Constituição Federal e não aos órgãos requeridos, que, apesar de prestarem informações, não podem recorrer sem a regular representação processual*. Circunstância inviabilizadora da pretensão do agravante, Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, que manifestou embargos de declaração e agravo regimental por meio de petições firmadas por sua Juíza Presidente. Agravo regimental não conhecido.” (ADIn nº 2098-ED-AgR. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. DJU: 19.04.2002, p. 50.)

Mas admite, por outro lado, que os legitimados ativos possam outorgar procuração a advogado para representá-los processualmente, desde que a procuração seja concedida com poderes específicos para ajuizar ADIn (ou ADC) e haja referência expressa ao diploma normativo impugnado.

Todavia, não é necessária a menção expressa na procuração aos *dispositivos* da lei ou do ato normativo impugnado, mesmo que só alguns dispositivos sejam impugnados<sup>107</sup>.

Saliente-se, por fim, que tanto a *legitimidade ativa*, quanto a *capacidade postulatória* extraída diretamente da legitimação deferida pelo art. 103 pertencem *exclusivamente* aos respectivos legitimados ativos ali indicados, e não aos *órgãos ou às pessoas jurídicas a que estejam vinculados*. Assim, por exemplo, só o Governador de Estado tem *legitimidade ativa e capacidade postulatória* para ajuizar a ADIn: o Estado-membro do qual é Governador não possui nem *legitimidade*, nem, por conseguinte, *capacidade postulatória* para propor a ADIn<sup>108</sup>.

### 1.6.3.3. Impedimento e suspeição

À vista da natureza objetiva do processo de controle abstrato, não admite o STF, salvo em casos excepcionalíssimos<sup>109</sup>, o *cabimento* de arguição de

<sup>107</sup> Nesse sentido, confira-se o recente acórdão UNÂNIME do Pleno STF, que reflete a sua **atual** jurisprudência sobre este tema: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES. [...] 1. Atende as exigências legais procuração que outorga **poderes específicos** ao advogado para impugnar, pela via do controle concentrado, determinado ato normativo, **SENDO DESNECESSÁRIA A INDIVIDUALIZAÇÃO DOS DISPOSITIVOS.**” (ADIn nº 2728. Rel.: MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 20.02.2004, p. 16.) Entendeu-se que a exigência da individualização na procuração dos dispositivos legais impugnáveis na ação direta seria *irrazoável*, sendo bastante a referência genérica na procuração à lei ou ao ato normativo que o outorgante quer impugnar.

<sup>108</sup> Cfr.: ADIn nº 2098-ED-AgR. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. DJU: 19.04.2002, p. 50.

<sup>109</sup> No julgamento da ADIn nº 55, entendeu o STF que o Min. PERTENCE estava *impedido* de apreciá-la por ter emitido parecer contrário ao mérito da pretensão (declaração de inconstitucionalidade). Diferentemente, entendeu-se que o Min. BROSSARD não estava impedido de apreciar a ADIn, apesar de haver *referendado* a lei impugnada, assinando-a *na condição de Ministro de Estado* junto com o Presidente da República. Considerou-se ainda que, embora o referendo ministerial e a sanção presidencial contenham um juízo implícito de constitucionalidade da lei, a referenda é um ato de natureza política, motivado muitas vezes pela solidariedade e lealdade do Ministro de Estado para com o Presidente, enquanto o parecer do Procurador-Geral da República é formulado com total independência e em bases estritamente jurídicas. Eis o teor do acórdão no ponto: “O Tribunal decidiu, por unanimidade, que nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não está impedido o Ministro que na condição de Ministro de Estado, haja referendado a lei ou o ato normativo objeto da ação. Também por unanimidade o Tribunal decidiu que está impedido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade o Ministro que, na condição de Procurador-Geral da República, haja recusado representação para ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade.” (ADIn nº 55. Rel.: Min. OCTAVIO GALLOTTI. DJU: 16.03.1990, p. 1868. In: RTJ 146/3.) Foi aventado, nos votos proferidos no julgamento da ADIn nº 55, que o Procurador-Geral da República que ajuíza a ADIn fica impedido de julgá-la posteriormente como Ministro do STF.

impedimento ou de suspeição. Formulada a exceção de impedimento ou de suspeição fora desses casos singularíssimos<sup>110</sup>, o STF dela *não conhece*<sup>111</sup>.

Contudo, não se pode levar ao extremo a tese de que não é possível a existência de impedimento ou suspeição nos processos de controle abstrato em virtude da sua natureza objetiva. É que o só fato de ser *inadmissível a discussão sobre interesses subjetivos concretos*, individuais, no processo objetivo não quer dizer que eles *não existam* e que *não possam influenciar*, consciente ou inconscientemente, a decisão do Ministro votante<sup>112</sup>.

Inteiramente pertinentes as reflexões de GUSTAVO BINENBOJM a este respeito:

“Como se vê, o conceito de que a ação direta de inconstitucionalidade instaura um processo *objetivo* deve ser entendido em seus devidos termos. Do ponto de vista da teoria processual, é correta

<sup>110</sup> No julgamento da ADIn nº 267 (relator: Min. CELSO DE MELLO; DJU 19.05.1995, p. 13390), entendeu-se que o Min. GALLOTTI estava *impedido* de apreciá-la por ter prestado as informações na qualidade de Presidente em exercício do TSE (órgão requerido). Na ADIn nº 4, considerou o STF que a participação do Min. CELSO DE MELLO nas discussões administrativas que ensejaram a elaboração do ato normativo impugnado não era causa gerante de impedimento, mas que a emissão de parecer, mesmo oral, do Min. PERTENCE como Procurador-Geral da República, sobre o ato normativo questionado, constituía motivo de impedimento: “1. Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIn, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como Membro da Corte, do julgamento final da ação. 2. Ministro que participou, como membro do Poder Executivo, da discussão de questões, que levaram à elaboração do ato impugnado na ADIn, não está, só por isso, impedido de participar do julgamento.” (ADIn nº 4. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. DJU: 25.06.1993, p. 12637). No voto proferido nessa ADIn, afirmou o Min. MOREIRA ALVES: “Em processo objetivo, como é a ação direta de inconstitucionalidade, não há possibilidade de haver *suspeição*. E em matéria de *impedimento*, sempre entendi que só ocorre quando o Ministro figura nos autos como *autor, réu ou representante do Ministério Público Federal*”.

<sup>111</sup> Foi o que aconteceu na ADIn nº 1354, em que se argüiu a suspeição do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, então Presidente do STF, por “ter se manifestado reiteradamente e em várias oportunidades, contra existência dos pequenos partidos”. Confira-se o teor da ementa a este respeito: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **SUSPEIÇÃO DE MINISTRO DA CORTE: DESCABIMENTO.** [...] 1. Manifestação de Ministro desta Corte, *de lege ferenda*, acerca de aperfeiçoamento do processo eleitoral, não enseja declaração de suspeição. **Descabimento de sua argüição em sede de controle concentrado. Não conhecimento.**” (ADIn nº 1354. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 25.05.2001, p. 9.)

<sup>112</sup> O próprio Min. MOREIRA ALVES, defensor intransigente da impossibilidade de suspeição ou impedimento no âmbito dos processos objetivos, ao votar na ADIn-QO nº 2187, referiu situação paradigmática em que o Ministro ALDIR PASSARINHO não se considerou com a necessária isenção para julgar uma representação de inconstitucionalidade “em que havia um interesse de um de seus familiares” e se viu obrigado a lançar mão de um artifício (pedir licença do Tribunal), para não transgredir esse entendimento firmado a respeito dos processos objetivos. Observem-se as palavras literais do Min. MOREIRA ALVES, que admite a existência de um interesse de um dos familiares do Min. ALDIR PASSARINHO no julgamento da representação de inconstitucionalidade: “O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Ministro, o Sr. Ministro Aldir Passarinho, *como Relator de uma representação de inconstitucionalidade, em que havia um interesse de um dos seus familiares*, foi obrigado, para deixar de ser relator, a pedir licença do Tribunal por uma semana, *porque não podia declarar-se impedido*. Há alguma lei que diga que não há impedimento nesses casos? *Não existe nenhuma, mas ele decorre da natureza mesma da ação direta.*” (ADIn-QO nº 2187. Rel.: Min. OCTAVIO GALLOTTI. DJU: 12.12.2003, p. 62.)



a classificação, eis que não há contendores litigando em defesa de direitos subjetivos concretos, que deverão ser assegurados pela prestação jurisdicional. O que não se pode admitir é que a decantada *objetividade* seja invocada para sustentar a falsa idéia de que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se perfaça, através de um processo *asséptico*, meramente formal, *desprovido da essência da idéia de lide que é o conflito de interesses*. Bem ao contrário, nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo dos fatores reais de poder.”<sup>113</sup>

#### 1.6.3.4. Carência originária e superveniente do direito de ação

Se no momento do ajuizamento da ação faltar uma das suas condições, diz-se que há carência *originária* do direito de ação. Se no instante do ajuizamento da ação não faltava a condição, mas no curso da ação vem a faltar, afirma-se que há carência *superveniente* do direito de ação. Quais as conseqüências desses dois fenômenos processuais nos processos *subjetivos* e *objetivos* de controle de constitucionalidade?

A carência *originária* do direito de ação quando ainda persistir a ausência da condição da ação no momento em que se proferir a decisão, tanto nos processos subjetivos, como nos objetivos, importa na extinção do processo sem resolução de mérito. Todavia, a controvérsia surge quando a carência originária do direito de ação só é percebida no curso do processo, após o implemento da condição que faltava à época do ajuizamento da ação. Seria possível o saneamento da carência originária do direito de ação?

Segundo a teoria de LIEBMAN, esse saneamento seria possível, mas segundo já decidiu o STF (RE 100.397-9, em 27.09.85, Rel. p/ o acórdão Min. OSCAR CORREA, DJU: 17.03.86, p. 2841), a carência *originária* não admite *convalescimento*.

Não há razão aparente que justifique tratamento diverso para os processos *objetivos*: se se entender que a carência originária não pode convalescer nos processos subjetivos, deve-se, por identidade de razão, admitir que o mesmo se passe nos processos subjetivos, dada a inexistência de especificidade dos processos objetivos capaz de impor tratamento diferenciado.

---

<sup>113</sup> *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 147-148.

Todavia, o STF, no recente julgamento da ADIn nº 3367, sobre a constitucionalidade da EC nº 45-2004, no ponto em que instituiu o CNJ, entendeu que a carência originária do direito de ação pode *convalescer* até o momento da sentença:

“Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. **Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença.**”<sup>114</sup> (ADIn 3.367. Rel.: Min. PELUSO. DJU: 17.03.06, p. 4.)

No atinente à hipótese de carência *superveniente* do direito de ação, entende-se que esta, tanto que verificada, enseja a extinção do processo sem resolução do mérito nos processos *subjetivos*, porquanto a partir do instante em que vem a faltar qualquer das condições da ação, qualquer decisão sobre o mérito da ação seria viciada.

Todavia, nessa hipótese há uma razão justificativa de tratamento diverso para os processos objetivos: o *princípio da indisponibilidade da ação objetiva* (Lei nº 9.868-99, arts. 5º e 16).

Ora bem, se o autor não pode desistir da ação objetiva, prosseguindo o processo até o seu final mesmo contra a vontade do autor, se este é um mero deflagrador do processo abstrato, que se desenvolverá oficiosamente até os seus ulteriores termos, não há por que exigir do autor que mantenha a *sua legitimidade ativa* ou o *seu interesse objetivo* até o término da ação.

Assim, a perda, no curso da ação, da representação no Congresso que o partido político detinha à época do ajuizamento da ação direta não acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito por carência superveniente do direito de ação (ilegitimidade ativa superveniente), pois é no momento do *ajuizamento* da ação objetiva que a condição deve existir.

---

<sup>114</sup> O STF admitiu o convalidamento da carência originária do direito de ação na referida ADIn nº 3.367 com esteio na instrumentalidade do processo e nos princípios da celeridade e da economia processual, argumentando, basicamente, que seria um formalismo contraproducente extinguir sem resolução de mérito a ADIn já ajuizada para que, logo em seguida, fosse ajuizada nova ADIn, de conteúdo idêntico. Portanto, a argumentação do STF não se fulcrou nas peculiaridades do processo objetivo, mas na reinterpretação do art. 267, VI, do CPC, importando, dessarte, apesar de não reconhecida explicitamente, em revisão de sua jurisprudência anteriormente firmada no RE 100.397-9, de 27.09.85 (DJU: 17.03.86, p. 2841).

Nesse sentido, alterando sua jurisprudência anterior sobre o tema, veio a decidir recentemente o STF:

“O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto contra decisão do Min. Carlos Velloso, relator, que, por ilegitimidade ativa *ad causam*, negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal - PSL contra as expressões ‘conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e’, constantes do art. 7º da Emenda Constitucional 19/98, que incluía o inciso XV no art. 48 da CF, dispondo sobre a iniciativa legislativa para a fixação do subsídio dos Ministros do STF. Entendeu-se que a aferição da **legitimidade** deve ser feita **no momento da propositura da ação** e que a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional **não o desqualifica como legitimado ativo** para a ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos o Min. Carlos Velloso, relator, e Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da *capacidade postulatória*. [...]. ADI 2159 AgR/DF, rel. originário Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 12.8.2004.(ADI-2159).”<sup>115</sup>

No entanto, é óbvio que se a condição da ação supervenientemente ausente não disser respeito à pessoa do legitimado ativo, como a impossibilidade jurídica do pedido, o processo objetivo poderá ser extinto sem resolução do mérito pela superveniente impossibilidade jurídica do pedido. É o caso, *e.g.*, da revogação da norma impugnada no curso da ação, que, segundo a atual jurisprudência majoritária no STF, ocasiona a impossibilidade jurídica do pedido<sup>116</sup>.

#### 1.6.4. O pedido na ADIn e na ADC

Como precedentemente enfatizado, o pedido na ADIn consiste na declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de nulidade absoluta da norma (eficácia *declaratória*). Não consiste na *revogação* da norma nem em sua *anulação* (eficácia *desconstitutiva*). Portanto, da parte dispositiva do acórdão definitivo deverá constar que se julgou *procedente* o **pedido** da ação para declarar a inconstitucionalidade da norma ou **improcedente** o **pedido** da ação, declarando-se constitucional a norma impugnada.

<sup>115</sup> Informativo do STF nº 356.

<sup>116</sup> É de ressaltar que nesse caso a ausência do *interesse processual objetivo decorre* exatamente da impossibilidade jurídica do pedido, a qual, consoante já assentou o próprio STF, deve ser logicamente analisada *antes* das demais condições da ação, como o interesse processual objetivo. Assim, embora os acórdãos aludam à *perda do objeto da ação* pela revogação da norma impugnada no curso da ação direta, em verdade, de superveniente *impossibilidade jurídica do pedido* é que se trata, e apenas indiretamente, por via de consequência, de sobreveniente ausência de interesse processual objetivo.

O pedido da ADC consiste na declaração da constitucionalidade da norma (eficácia *declaratória*). Julgado procedente o *pedido* da ADC, da parte dispositiva do acórdão definitivo deverá constar a declaração de constitucionalidade da norma; julgado improcedente o *pedido* da ADC, deverá constar que a norma foi declarada *inconstitucional*.

Tal como sucede com os processos subjetivos, o que se julga procedente ou improcedente não é a *ação*, mas sim o *pedido* nela deduzido. Tecnicamente, nunca se pode afirmar que a ação é procedente ou improcedente, porquanto só se verifica se ela pode ser *legitimamente exercida* ou não (= se há carência de ação ou não).

Dessarte, ressentem-se de impropriedade técnica (a) a Lei nº 9.868-99, quando, no seu art. 24<sup>117</sup>, determina que o STF julgue procedente ou improcedente a *ação*, conforme der pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, e (b) vários dos acórdãos do STF, em cuja parte dispositiva consta que o Tribunal julgou procedente ou improcedente a *ação*, em vez do *pedido* da ação.

#### 1.6.4.1. O pedido de medida cautelar na ADIn e na ADC

O pedido de medida cautelar na ADIn e na ADC não é o de uma declaração do STF de que a norma objeto de controle é *provisoriamente inconstitucional* ou *provisoriamente constitucional*, respectivamente, mas sim o de concessão de alguma medida *capaz de garantir a eficácia do provimento final* do STF.

Nos processos *subjetivos*, a medida cautelar destina-se mais a garantir a eficácia do provimento final do que a garantir o direito material da parte (cuja existência não é certa). É mais um instrumento de salvaguarda da *jurisdição*, que é *diretamente* tutelada, do que de *eventuais direitos subjetivos*, que só são *reflexamente* tutelados pela medida cautelar.

Nos processos *objetivos*, essa diferença acentua-se ainda mais, considerada a *impossibilidade de discussão acerca de direitos subjetivos* no seu âmbito.

Todavia, isso não implica dizer que ao apreciar pedido de medida cautelar o STF abstraia completamente da consideração dos eventuais direitos

---

<sup>117</sup> “Art. 24. 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 eventual ação declaratória.”

subjetivos concretos que podem ser prejudicados pela concessão ou pela denegação da medida cautelar. Mas essa não é a sua preocupação principal nesse momento, que recai sobre a *garantia da eficácia jurídica e social do provimento final*.

Essa medida cautelar, capaz de garantir a eficácia do provimento final, não é única, mas variável de processo a processo, podendo consistir na suspensão *do andamento dos processos subjetivos* (judiciais e/ou administrativos) em que se discuta a constitucionalidade da norma, na suspensão *da prolação de decisões* (judiciais e/ou administrativas) que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma<sup>118</sup>, ou em qualquer outra medida cabível que o STF considere adequada à situação em vista da norma objeto de controle.

Já quanto à suspensão da *vigência* da norma, prática que o STF vem paulatinamente abandonando, não a reputamos, em princípio, juridicamente possível, porquanto incompatível com a natureza *judicial* (não-legislativa) da decisão do STF, o qual pode declarar a *nulidade absoluta* de uma norma, mas não pode *revogá-la* ou *suspender sua vigência*, ainda que temporariamente, sem ofensa ao princípio da separação de Poderes. Para que pudesse fazê-lo, seria indispensável norma expressa na CF-88. Mas em nenhum dispositivo a CF-88 outorgou ao STF o poder de revogar ou suspender a vigência de lei: o que lhe reconheceu, na linha da tradição do nosso Direito, foi a possibilidade de declarar a *nulidade absoluta* da norma em abstrato (juízo jurídico sobre a sua *validade*), e não a de *revogá-la* ou de *suspender-lhe a vigência* (juízo político sobre a sua eficácia normativa).

---

<sup>118</sup> Assim vem fazendo o STF desde o julgamento da ADC nº 4. A Lei 9.868-99, corroborando a jurisprudência do STF, contemplou expressamente essa possibilidade. No entanto, só se referiu à suspensão do *julgamento* dos processos, sem, no entanto, *vedar* a suspensão *apenas das decisões* ou do próprio *andamento* do processo, podendo o STF, no exercício do seu poder cautelar geral, conceder a cautelar também para esses (ou outros) fins.

## 2. CONSEQÜÊNCIAS DA INCONSTITUCIONALIDADE E DE SUA DECLARAÇÃO JUDICIAL

### 2.1. Inexistência, nulidade e anulabilidade

A inexistência pode ser *material* ou *jurídica*. No primeiro caso, não há ato (jurídico ou não), fisicamente falando: é o “não-ato”. No segundo caso, o ato pode até existir no mundo fenomênico, no mundo dos fatos, mas não se qualifica como *ato jurídico*, como ato reconhecido pelo Direito, relevante para o Direito, dotado de *juridicidade* e, por conseguinte, de alguma eficácia jurídica. Ato juridicamente inexistente é aquele ato material que não reúne os elementos mínimos exigidos pelo próprio Direito para ingressar no mundo jurídico.

Assim, um ato materialmente existente, mas juridicamente inexistente, que se pretenda passar por ato jurídico, sendo um ato apenas *aparentemente* jurídico, não deve gerar absolutamente nenhum efeito jurídico válido, pode ser declarado tal por quem quer que seja, em juízo ou fora dele, independentemente de qualquer formalidade<sup>119</sup>, não convalesce, não prescreve, nem decai jamais.

A *invalidade*, por outro lado, consiste na desconformidade do ato com o sistema positivo em questão<sup>120</sup>, incompatibilidade esta incapaz de descaracterizar o ato como *jurídico*, mas capaz de afetar-lhe a regularidade jurídica e, em regra, a produção de seus efeitos jurídicos válidos.

Embora seja uma missão quase impossível a formulação de uma *teoria geral das nulidades*, em virtude das inúmeras variações a que está sujeito o regime das nulidades nos ordenamentos jurídicos vigentes, há alguns traços que parecem comuns.

---

<sup>119</sup> A inexistência jurídica decorrente de inconstitucionalidade pode ser declarada sem a necessidade de submissão da questão ao Pleno ou à Corte Especial dos tribunais, pois a ela não se aplica a cláusula da reserva de plenário (CF-88, art. 97). De fato, o art. 97 refere-se a “lei ou ato normativo do Poder Público”; ora, se *juridicamente não existe* lei ou ato normativo imputável ao Poder Público, ausente se encontraria o pressuposto de aplicabilidade do art. 97 da CF-88. (nesse sentido: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade...*, pp. 327-328.) Em princípio, assim é. Todavia, se a inexistência for meramente jurídica (e não material) e derivar de uma inconstitucionalidade (ausência ou inobservância dos elementos constitucionais mínimos de existência jurídica), a declaração dessa inexistência conterà, como *prius* lógico, uma declaração de inconstitucionalidade. Se, além disso, houver *dúvida objetiva* sobre a inexistência jurídica da norma, como no caso da anistia penal previdenciária já referido no item 1.2., parece recomendável a submissão da questão ao Pleno ou à Corte Especial do tribunal, em obediência à cláusula de reserva de plenário, por motivos de ordem pragmática (uniformização do entendimento no tribunal).

<sup>120</sup> Frise-se: *desconformidade que não diga respeito aos elementos de existência jurídica*. Até porque, se assim não fosse, a inexistência jurídica seria reduzida a uma mera espécie de invalidade grave, em vez de se situarem em planos distintos, como de fato se situam.

A nulidade e a anulabilidade constituem *sanções* aplicadas pelos sistemas positivos à invalidade. Assim, a nulidade e a anulabilidade são *penalidades* aplicadas à invalidade. Portanto, a nulidade e a invalidade, longe de constituírem *graus de invalidade* ou *espécies de invalidade*, configuram *penas* aplicadas à invalidade pelo ordenamento jurídico. Em linguagem parabólica, poder-se-ia dizer que a invalidade é o crime e a nulidade e a anulabilidade são as penas a ele cominadas, segundo a sua gravidade.

De fato, se se conceitua a invalidade como a desconformidade ao Direito positivo (que não diga respeito aos elementos de existência jurídica), não se pode confundi-la com a *punição* que lhe é cominada pelo ordenamento jurídico (nulidade/anulabilidade).

Sobreleva esclarecer ainda que a nulidade e anulabilidade, embora sejam sanções à *invalidade*, atuam no plano da *eficácia*, ou seja, configuram ***sanções de natureza eficaz à invalidade***. Assim, o ato inválido é punido no plano da eficácia: o ordenamento jurídico atribui a sanção de nulidade ou de anulabilidade ao ato inválido (conforme o grau da invalidade) ***para recusar-lhe eficácia***. **As sanções de nulidade e de anulabilidade retiram eficácia do ato inválido.**

Dessarte, a nulidade e a anulabilidade constituem ***sanções eficaciais*** aplicadas aos atos inválidos. Em regra, quanto maior a invalidade, maior a sanção e, conseqüentemente, maior a ineficácia do ato.

Mas nem todo ato inválido é sancionado com nulidade ou anulabilidade: apenas os atos inválidos *portadores de vícios* é que o são. Assim, a entrada em vigor de uma lei contrária a uma lei anterior torna esta inválida, mas a conseqüência jurídica dessa invalidade (desconformidade com o Direito) não é a nulidade nem a anulabilidade da lei, mas a sua *revogação*, que elimina a antinomia, já que não podem coexistir duas leis contraditórias válidas em vigor no mesmo âmbito territorial<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Da mesma forma, se um ordenamento jurídico positivo não atribuir à invalidade, ainda que derivante de um vício, nenhuma *sanção eficaz expressa ou tácita*, o ato não será nulo nem anulável, mas meramente “irregular”. Não obstante a diversidade de regime nos vários ordenamentos jurídicos positivos, o próprio conceito de nulidade e de anulabilidade exige a *possibilidade de alguma privação de eficácia* do ato nulo ou anulável, sob pena de descaracterização completa dessas categorias sancionatórias.

Destarte, a existência de um vício torna o ato inválido e, por conseguinte, nulo ou anulável<sup>122</sup>. Releva sublinhar que não se deve confundir a nulidade e a anulabilidade (sanções) com a sua causa (vício). Só num sentido vulgar ou por figura de linguagem é que se pode confundir nulidade/anulabilidade com **causa de nulidade/anulabilidade**. Quando se diz, *v.g.*, que um contrato está “cheio de nulidades”, em verdade o que se quer significar é que o contrato está prenhe de *vícios causadores de nulidade*, de *defeitos que acarretam nulidade*.

À luz do exposto, enquanto a inexistência jurídica simplesmente *pré-exclui* a possibilidade de exame do ato nos planos da validade e da eficácia, a nulidade e a anulabilidade só podem ser concretamente aplicadas após o exame do ato nos planos da existência e da validade e se exaurem na recusa **de eficácia** aos atos inválidos (sanções eficaciais).

Sem embargo da lógica e da coerência formal dessas concepções teóricas, os fatos de quando em vez se revoltam contra a rigidez adamantina das construções jurídicas.

Assim, há atos *apenas aparentemente jurídicos* (atos materialmente existentes, mas juridicamente inexistentes) que produzem *efeitos jurídicos* que merecem ser preservados pelo Direito. O ato *materialmente* inexistente não pode gerar nenhum efeito: “o nada nada causa”. Mas um ato apenas juridicamente inexistente que aparente juridicidade pode induzir seus destinatários a erro e causar efeitos jurídicos *permanentes*. Dessarte, um tal ato deve ser tratado, **na medida do possível**, como inábil a produzir qualquer efeito jurídico. O limite fático, e às vezes jurídico, representado pela idéia de *reserva do possível* não pode ser negligenciado pelo Direito, que não pode

---

<sup>122</sup> Assim, para que o ato seja nulo ou anulável não basta que seja inválido (= desconforme ao Direito): é preciso que a invalidade do ato seja decorrente de um *vício*, de um *defeito* que o inquene. A nulidade e anulabilidade são causadas por um *vício*, um *defeito invalidante*. Portanto, ato nulo ou anulável é o ato portador de um vício invalidante, isto é, de um defeito que o torna inválido. Mas constituindo *sanções* à invalidade, a nulidade e a anulabilidade têm de punir o ato inválido de alguma forma. Como? Retirando *eficácia* dos atos inválidos. Por conseguinte, ato nulo ou anulável é o ato portador de um vício invalidante que o torna *ineficaz*, total ou parcialmente, de acordo com o regime sancionatório aplicável especificamente ao ato pelo ordenamento jurídico positivo em questão. Dessarte, quando se diz que um ato é nulo ou anulável, está-se afirmando que se cuida de um ato portador de um vício gerante de invalidade, a qual, por sua vez, gera, em alguma medida, a *ineficácia* do ato. Não faria sentido algum tachar um ato de nulo ou anulável e não lhe recusar *efeito* nenhum: a sanção seria de todo inútil. Mesmo os atos nulos dotados eficácia excepcional (paraeficácia), como o casamento putativo, deixam de produzir efeitos após a decisão judicial declaratória de nulidade. Por isso, a nulidade e a anulabilidade constituem *sanções eficaciais*.



alterar a natureza das coisas, porque o discurso não tem o condão de transformar, por si mesmo, a realidade. Como o Direito poderia reverter o faticamente irreversível?<sup>123</sup>

CARLOS BLANCO DE MORAIS fornece dois exemplos ilustrativos no direito luso:

“Se uma pseudo-lei não promulgada tiver determinado a outorga de pensões extraordinárias de ‘preço de sangue’ a um conjunto de antigos combatentes e o mesmo acto aparente vier a ser declarado inconstitucional, ele terá produzido efeitos insusceptíveis de desconstrução pela declaração de inconstitucionalidade em relação a beneficiários que tenham falecido até á data desta última decisão.

Se um pseudo-decreto-lei que determinou a construção de uma ponte for julgado inexistente e a mesma obra tiver sido entretanto construída, existem conseqüências fácticas e mesmo jurídicas do acto aparente que se consolidarão em razão da *natureza das coisas*, pois seria absurdo que a ponte fosse dinamitada, tendo em vista assegurar a garantia do critério académico-dogmático da improdutividade total do acto inexistente.”<sup>124</sup>

Desmistificada a idéia de que o ato juridicamente inexistente não pode produzir nenhum efeito jurídico<sup>125</sup>, cumpre desmistificar outrossim a idéia de que a anulação judicial de um ato anulável só produz efeitos *ex nunc*.

Em verdade, a atribuição de eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* à desconstituição de atos anuláveis depende da disciplina adotada em cada sistema jurídico positivo<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Se, por hipótese, o Presidente da República editasse uma medida provisória autorizando a aplicação sumária de pena de morte no Brasil aos narcotraficantes e algum deles viesse a ser executado, por mais que o Direito procurasse restabelecer o *statu quo ante*, em razão da *inexistência jurídica da pretensa norma*, seria *fisicamente impossível*, pois a ciência atual ainda não logrou ressuscitar defuntos...

<sup>124</sup> *Justiça constitucional...*, p. 207. Assevera ainda o Professor lisbonense: “Pelo exposto, o valor negativo da *inexistência* reconduz-se, fundamentalmente, à sanção traduzida no *imperativo* de eliminação rigorosa de todos os efeitos que facticamente o acto aparente tenha gerado, o qual implica que, dentro da *reserva do possível*, se proceda a uma reconstituição completa da situação existente ao momento anterior à prática do mesmo.” (*Justiça...*, p. 206.) (Grifos do original.)

<sup>125</sup> Reconhecendo que atos juridicamente inexistentes podem produzir efeitos jurídicos, assevera RUGGIERO: “O fenômeno da **retroatividade** implica o de uma **ficção**. Mas a **ficção** é um processo técnico de alcance maior, e sob o aspecto que consideramos deve pôr-se em evidência que com a ficção se derroga o princípio referido, na parte em que **também de fatos jurídicos inexistentes pode o ordenamento fazer derivar efeitos ou pode atribuir a determinado fato efeitos diversos do que ele, por si, seria capaz de produzir.**” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. da 6<sup>a</sup> ed. ital. São Paulo: Saraiva, 1971, v. I, p. 214.)

<sup>126</sup> Doutrinando sobre os efeitos *ex tunc* da ação de anulação, e comparando o sistema jurídico italiano com outros sistemas, pontifica RUGGIERO: “Ao passo que o direito romano previa em casos análogos aos citados com o intuito da *restitutio in integrum*, e o antigo direito francês com as *lettres de rescision*, **o direito moderno opera diretamente com a ação de anulação (art. 1.441 do C.C.) que tem, ao mesmo tempo, eficácia destruidora do ato e restituidora**. Por intermédio dessa ação decreta-se a **ineficácia do ato desde o momento em que se realizou**, de modo que **se considera como se nunca tivesse produzido seus os efeitos**; opera-se assim **retroativamente**, destruindo-se qualquer aquisição anterior, mesmo para com terceiros, e obrigando-se a parte que recebeu a restituir o que he foi dado.” (*Instituições...*, p. 274.)

No direito positivo brasileiro, ao menos no direito privado (CC/2002, art. 182<sup>127</sup>; CC/1916, art. 158<sup>128</sup>), a desconstituição de atos *anuláveis* opera efeitos **retroativos** (*ex tunc*), **mas que só se produzem após a decisão judicial anulatória**<sup>129</sup>. Assim, a diferença fundamental entre a nulidade e a anulabilidade, no nosso direito positivo, não reside na retrospectividade ou prospectividade da eficácia da decisão judicial, mas sim na necessidade (ato anulável) ou desnecessidade (ato nulo) de decisão judicial para que se lhes possa negar eficácia.

Todavia, nada impede que em determinado ramo do direito pátrio a solução seja diversa, emprestando-se efeitos **meramente prospectivos** à desconstituição do ato anulável. Sem embargo disso, não há, *de lege lata*, nenhum preceito constitucional ou legal que o autorize no que respeita aos atos inconstitucionais<sup>130</sup>.

Por fim, o que se pode afirmar é que o *rigor sancionatório* é decrescente: a inexistência jurídica reclama uma ampla reconstituição do *statu quo ante* — limitada apenas pela reserva do possível<sup>131</sup> —, a nulidade exige uma reconstituição menor (permitindo a permanência de efeitos residuais válidos —

<sup>127</sup> “**Art. 182. Anulado** o negócio jurídico, **restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam**, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

<sup>128</sup> “**Art. 158. Anulado** o ato, **restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam**, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

<sup>129</sup> Discorrendo sobre os atos *anuláveis*, preleciona MARCOS BERNARDES DE MELLO: “Diferentemente do ato nulo, o ato jurídico anulável gera, desde logo, toda a sua eficácia jurídica, perdurando até que seja desconstituído por sentença, ou tornando-se definitiva se decorrido o prazo prescricional sem que a ação de anulação seja proposta, ou por outro meio judicial seja a anulabilidade argüida. Pontes de Miranda a denomina eficácia *interimística*. **Desconstituído o ato, desconstituem-se os efeitos que produziu. A desconstituição do ato tem efeitos ex tunc, quanto à sua eficácia própria. Por esse motivo as partes são restituídas ao estado anterior ao ato, e não sendo possível serão indenizadas pelo equivalente (Código Civil, art. 158).**” (*Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 185-186.) E mais adiante, ainda a respeito dos atos *anuláveis*: “A sentença anulatória tem eficácia *ex tunc*: desconstitui o ato e seus efeitos desde o momento de sua prática.” (*Id., ib.*, p. 207.)

<sup>130</sup> Essa *possibilidade* de atribuição de efeitos retrospectivos ou meramente prospectivos à decisão desconstitutiva de atos anuláveis (anulação com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*) não passou despercebida ao Min. CELSO DE MELLO: “CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAESTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (RE-AgR 395902. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 25.08.2006, p. 65.)

<sup>131</sup> “Trata-se [...] da modalidade de desvalor mais grave prevista no ordenamento, dado que pressupõe, também em razão da maior seriedade do vício, uma improdutividade absoluta de efeitos, **sendo o acto inexistente tratado em termos sancionatórios (dentro da reserva do possível), como se nunca houvera sido praticado.**” (MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça...*, p. 205.)

paraeficácia do ato nulo, como se verá de seguida) e a anulabilidade se satisfaz com uma reconstituição ainda menos radical, de certa forma moldável pela vontade das partes (que podem ratificar o ato anulável no todo ou em parte), bem como sujeita à convalidação pelo decurso do tempo<sup>132</sup>.

## 2.2. Da sanção de nulidade absoluta

### 2.2.1. Dos efeitos pretéritos residuais do ato nulo: teoria da paraeficácia do ato nulo

Apesar de largamente difundida, a malfadada, e de notórios ressaibos retóricos, idéia de que a lei inconstitucional *não é lei* (“*is not a law at all*”), disseminada a partir da celeberrima decisão do *Chief-Justice JOHN MARSHALL* no caso *MARBURY vs. MADISON*, em 1803, tem, felizmente, cedido passo à idéia de que ela, em lugar de *inexistente*, é *nula de pleno direito*. Com efeito, admitir que a lei inconstitucional *não é lei*, e, por conseguinte, que a decisão sobre ela prolatada seria “declaratória de inexistência jurídica da lei”, implica conceber que dela *absolutamente nenhum efeito* possa ter sido gerado, antes ou depois da declaração. Tal consequência ingênita à noção de *inexistência jurídica* não foi coerentemente aplicada nem mesmo pela *Supreme Court* estadunidense, que logo teve de defrontar-se com os problemas do “funcionário de fato”, dos direitos adquiridos, da boa-fé, etc., na resolução dos quais não hesitou em contraditar a premissa, estrondosa e entusiasticamente formulada, de que a lei inconstitucional, sendo *inexistente*, não poderia gerar nenhum efeito.

De fato, confundiam-se os conceitos de *invalidade* e *inexistência*. Uma lei, para ser *inválida*, precisa *existir*. A existência é *pressuposto* da invalidade. Mas a *eficácia* não é *totalmente determinada* pela *validade*, embora seja por ela *influenciável*. *In exemplis*: uma lei pode ser *inválida* e *eficaz* (como no caso de leis inconstitucionais), como também pode ser *válida* e *ineficaz* (como as leis *revogadas*,

---

<sup>132</sup> A *reserva do possível* constitui limite intransponível não apenas à reconstituição do *statu quo ante* em decorrência da declaração de inexistência jurídica, mas também da declaração de *nulidade* e da *anulação*. “É possível atribuir ao fato jurídico apenas eficácia para o futuro, ou imputar-lhe efeitos que atuam no passado. No exercício dessa liberdade, porém, em especial na de fazer a eficácia atuar retroativamente, há **limite lógico**, que consiste na **natureza das coisas**, de modo que é sempre necessário que sejam levadas em conta circunstâncias de que resultam **fatos irremovíveis**, sob pena de fazer-se **inconsistente** a norma jurídica que a preveja. **A impossibilidade física**, por exemplo, **constitui limite intransponível à retroeficácia**. A rescisão do contrato de locação de serviços somente pode ter sua eficácia projetada para o futuro (*ex nunc*), porque os serviços prestados durante sua vigência constituem circunstância fáctica irreversível, em face da impossibilidade de serem restaurados. [...] **A indenização pela consumição do bem constitui reposição pela perda, não retroeficácia.**” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 53-54.)

que podem ser compatíveis com a Constituição — válidas em face desta —, mas que, por razões de conveniência, o Legislativo houve por bem retirar-lhes a *eficácia*). Mas para ser *eficaz*, a lei precisa *existir*. A validade da lei é sua compatibilidade com o parâmetro escolhido (no caso, a Constituição), enquanto a *eficácia* é sua aptidão para produzir efeitos jurídicos válidos. De um ato jurídico *inválido* podem, pois, surgir efeitos jurídicos *válidos*. Como saber se o ato jurídico *inválido* produziu efeitos *válidos*? Analisando o que a respeito do ato e de seus efeitos dispõe o próprio ordenamento jurídico.

Assim, se uma lei inconstitucional só foi declarada como tal após cinco anos e nesse entretanto foi judicialmente aplicada a um caso concreto, fazendo a decisão coisa julgada, deverá ela ser respeitada, pois determina-o a própria Constituição (art. 5º, XXXVI). Sempre que algum dispositivo legal específico ou princípio jurídico explícita ou implicitamente acolhido pela Constituição o determinar, será tido por *válido* o *efeito* do ato, em si mesmo, *inválido*<sup>133</sup>.

O ato nulo, em regra, é *parcialmente ineficaz* (*até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade*). Raramente poderá ser *totalmente eficaz* (*até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade*), ou seja, com *eficácia* equiparada à de ato plenamente válido (como o casamento nulo contraído, porém, de boa-fé pelos cônjuges, dito em razão disso “putativo” — CC/2002, art. 1.561), e raramente será *totalmente ineficaz*.

Essa *eficácia parcial* (que implica uma *ineficácia parcial*, segundo se considere) do ato absolutamente nulo foi cunhada, pela doutrina *civilista*, que no particular está sobremodo mais adiantada que a constitucional, com a denominação de “*paraeficácia do ato nulo*”, ou, simplesmente, de “*paraeficácia do nulo*”<sup>134</sup>. Essa teoria calha à perfeição à lei inconstitucional.

Por essa teoria, agasalhada na prática pelo ordenamento brasileiro (o art. 1.561 do CC/2002<sup>135</sup> — correspondente ao art. 221 do CC/1916 —, como muitos

<sup>133</sup> Exemplo: o negócio jurídico simulado é *inválido* e *absolutamente nulo* por expressa disposição legal (CC/2002, art. 167, *caput*), mas o próprio Código Civil/2002 (art. 167, § 2º) mantém e resguarda, *como válidos*, os direitos de terceiros de boa-fé em relação aos contraentes do negócio jurídico simulado: “**Art. 167. [...] § 2º.** Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

<sup>134</sup> ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO usa a expressão “*eficácia do nulo*” (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 59 e seguintes) e MARCOS BERNARDES DE MELLO “*eficácia excepcional do nulo*” (*Teoria do fato jurídico*: plano da validade..., pp. 182 *et passim*) ou “*eficácia putativa do ato nulo*” (*Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia..., pp. 56, 59 *et passim*).

<sup>135</sup> “**Art. 1.561.** Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, *produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.*”

outros<sup>136</sup>, é exemplo disso), que é ou já foi aplicada, provavelmente inadvertidamente, por inúmeros órgãos judicativos, o ato absolutamente nulo *gera efeitos*, não **todos os efeitos próprios e permanentes** a que visava o ato, mas alguns **efeitos reflexos, secundários, nem sempre visados diretamente** com a celebração do ato, mas que merecem ser mantidos<sup>137-138</sup>. Subministremos um exemplo com supedâneo na própria Constituição.

O art. 37, II, da CF-88 exige prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para que o indivíduo possa ser investido (definitivamente) em cargo ou emprego público, salvante os cargos em comissão. Sua inobservância é sancionada pelo § 2º do art. 37 da Constituição mesma: *nulidade do ato* e punição da autoridade responsável. Ora, o vínculo formado irregularmente (= nulo de pleno direito) com a Administração Pública **não** poderá permitir a **investidura definitiva** do indivíduo no cargo (**efeito próprio, direto, principal** do ato válido), mas permitirá que o “**funcionário de fato**” faça jus à percepção de um **ressarcimento pecuniário** (**efeito reflexo, secundário, indireto** reconhecido ao ato absolutamente nulo) pelo dispêndio de energia e tempo, pois do contrário haveria **enriquecimento ilícito da parte do Estado**, o que é implicitamente vedado pela Constituição. O funcionário de fato poderá ainda especar seu pedido de ressarcimento nos princípios da legalidade e da moralidade da Administração (CF-88, art. 37, *caput*), e/ou nos arts. 186 e 927 do CC/2002 (correspondentes ao art. 159 do CC/1916), em virtude dos quais o

---

<sup>136</sup> O art. 1563 do CC/2002 (sem correspondente no CC/1916) ressalva expressamente os direitos de terceiros de boa-fé e a coisa julgada; o art. 1617 do CC/2002 (art. 367 do CC/1916) determina que a filiação paterna ou materna pode resultar de casamento **já declarado nulo por sentença (ex.: filho que nasce após a sentença declaratória de nulidade)**; o art. 27 da Lei nº 9.868-99 permite expressamente a produção de efeitos válidos do ato **já declarado nulo pelo STF** até a data prefixada no acórdão; e assim por diante. Para outros exemplos, cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico...*, pp. 59-61.

<sup>137</sup> Vide, entre outros, a este propósito: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. IV, § 380, nº 1, e § 358, nº 1. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico...*, pp. 59 *et seqq.*; pp. 74-75. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, pp. 444-445. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 418. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. da 6ª ed. ital. São Paulo: Saraiva, 1971, v. I, p. 269. SANTOS, Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 255.

<sup>138</sup> Essa **manutenção** dos efeitos **residuais** do ato nulo é *definitiva e irreversível*. Nesse diapasão: “É preciso deixar claro que a eficácia produzida pelo ato putativo é sempre definitiva e irreversível. A desconstituição do ato nulo importa a cessação da produção dos efeitos a partir do momento em que transita em julgado a sentença, mas não afeta nem desfaz os efeitos [residuais] já produzidos.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade...*, p. 184.) “Quando a lei atribui eficácia ao ato nulo (casamento putativo, por exemplo), os efeitos produzidos são definitivos. Não há como desconstituí-los. O ato deixa de produzir os seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença que decreta a nulidade, mas os que já ocorreram permanecem.” (*Id., ib.*, p. 205.)

causador do dano deve *indenizar* a vítima<sup>139</sup>. Ademais, os efeitos dos atos praticados pelo “funcionário de fato”, pela sua *aparência de legalidade*, são *válidos*, não podendo *prejudicar terceiros de boa-fé*<sup>140</sup>.

O ato *anulável* é um ato *viciado*, mas ainda *não nulo*. É um ato que, se for convalidado ou ratificado pelas partes, torna-se **plenamente válido**. Se não o for, e seu vício for alegado judicialmente dentro no prazo, *transformar-se-á em nulo de pleno direito*. Eis a justificativa de sua denominação: “*anulável*” = *transformável* em *nulo*; “*anular*” (= a + nulo + ar) = *transformar em nulo, tornar nulo*.

Enquanto não for transformado em nulo, é *plenamente eficaz*<sup>141</sup>, justamente porque só é *nulo* a partir da declaração judicial. Não o era antes dela. Era apenas um ato viciado *passível* de ser transformado em nulo. É ele, portanto, um ato jurídico *sob condição resolutiva*, com termo prefixo para o implemento da condição, convalidável pelo decurso do tempo ou por avença entre as partes. Uma vez verificada a condição resolutiva (= sentença de anulamento), extingue-se totalmente, a partir de então, mas *retroativamente (ex tunc)*, a eficácia do ato, que, desde esse momento, passará a ser *nulo de pleno direito*.

Portanto, a lei inconstitucional é, em regra, nula de pleno direito, com a necessária ressalva da validade dos seus efeitos reflexos, feita implicitamente pela própria Constituição.

<sup>139</sup> Nesse sentido é a jurisprudência de longa data do STF: “Juizes Substitutos na organização da Justiça do Trabalho. Extinção dos cargos. Convocação e exercício de fato de função pública. **Conceituação do funcionário de fato. Direito à remuneração.** [...]” (RMS nº 9757. Pleno. Rel.: Min. PEDRO CHAVES. DJU: 14.06.63, p. 1729.) Neste acórdão do STF se estrema o “funcionário de fato”, que apresenta algum título de investidura, embora nulo, emitido pela Administração, do “usurpador de função pública”, que não possui nenhum título, ainda que nulo, de investidura emitido pela Administração. Os atos do funcionário de fato são reputados válidos, mas os do usurpador, inválidos. Cfr. ainda, mais recentemente, o inteiro teor do acórdão no **MS nº 24268**, no Informativo nº 343 (“transcrições”).

<sup>140</sup> “OFICIAIS DE JUSTIÇA - EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR AGENTES DO EXECUTIVO. I. Mesmo declarada a inconstitucionalidade da lei que colocou agentes do Executivo à disposição dos juizes, para exercício das funções de Oficiais de Justiça, esses serventários não são usurpadores, mas funcionários do Estado com defeito de competência. II. **SE O DIREITO RECONHECE A VALIDADE DOS ATOS ATÉ DE FUNCIONÁRIOS DE FATO, ESTRANHOS AOS QUADROS DO PESSOAL PÚBLICO**, com maior razão há de reconhecê-la se praticados por agentes do Estado no exercício daquelas atribuições por força de lei, **que veio a ser declarada inconstitucional**. III. **É válida a penhora feita por agentes do Executivo**, sob as ordens dos juizes, nos termos da lei estadual de São Paulo, s/n, de 03.12.1971, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o executado.” (RE nº 79628. 1ª Turma. Rel.: Min. ALIOMAR BALEEIRO. DJU: 13.12.1974.) No mesmo sentido: RE nº 78594. Rel.: Min. BILAC PINTO. 2ª Turma. DJU: 04.11.1974. RE nº 78209. DJU: 11.10.1974. Cfr. ainda: RR.EE 78533 e 78596.

<sup>141</sup> Apesar de *inválido*. Essa eficácia plena do ato anulável enquanto não desfeito, convalidado, ou ratificado recebeu de PONTES DE MIRANDA e seus discípulos a alcunha de “*eficácia intermística*”. (Cf., por todos, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* (1ª parte). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 48 *et passim*.)

Além do recurso às normas específicas do ordenamento jurídico que reconheçam validade aos efeitos pretéritos residuais dos atos, pode o juiz valer-se dos ***princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*** para determinar *quais os efeitos pretéritos residuais do ato nulo que devem ser mantidos*, que devem ser *havidos como válidos*. Essa aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para determinar quais os efeitos pretéritos residuais do ato nulo pode ser feita tanto no controle *abstrato* pelo STF, como no controle *concreto* por qualquer juiz ou Tribunal<sup>142</sup>.

É conforme essa perspectiva que deve ser interpretado o art. 27 da Lei nº 9.868-99:

“**Art. 27.** 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 que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.**”<sup>143</sup>

De modo que será sopesando os interesses e valores *em abstrato*, ***por meio do princípio da proporcionalidade***, que o STF deverá avaliar se há razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem uma ***restrição*** nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de nulidade absoluta da norma.

É à luz do princípio da proporcionalidade que o STF deverá decidir, no plano abstrato, se se verificam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poderosas o bastante para autorizarem a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e nulidade da norma.

<sup>142</sup> De fato, como os princípios também têm, cada qual, um peso *abstrato* específico, uma norma pode ser inconstitucional por vulnerar o princípio da proporcionalidade (e o da razoabilidade) se o princípio nela consagrado não atender aos *subprincípios* componentes do princípio da proporcionalidade.

<sup>143</sup> Esse artigo foi claramente inspirado no art. 282 da Constituição de Portugal e no art. 140 da Constituição da Áustria. Observe-se que o art. 27 da Lei nº 9.868-99, *assim como o art. 282 da Constituição lusitana*, não autoriza a *ampliação* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas a tão-somente a sua *restrição*. Senão, vejamos:

“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. [...]

**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.”

*Fora do princípio da proporcionalidade, a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF é, em si mesma, inconstitucional.*

É de notar, para além disso, que, ao permitir a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF e, sobretudo, ao permitir o diferimento de seus efeitos para depois do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado pelo STF, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não tornou a norma inconstitucional numa norma *meramente anulável*, em vez de *absolutamente nula*, como é da tradição de nosso Direito Constitucional.

É que pela (a) própria *excepcionalidade dessa medida* (evidente na exigência de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e de um *quorum* qualificado de dois terços dos membros do STF, *i.e.*, 8 (oito) Ministros), pela (b) possibilidade de manutenção de efeitos residuais válidos decorrentes do ato nulo (paraeficácia do ato nulo), pela (c) eficácia meramente declaratória (não-desconstitutiva) da decisão (indicada na locução “ao declarar a inconstitucionalidade...” no princípio do art. 27), pela (d) inexistência de prazo decadencial para a declaração de inconstitucionalidade da norma, e pela (e) expressa alusão à mera restrição dos *efeitos* da declaração (“restringir *os efeitos daquela declaração* ou decidir que ela só tenha *eficácia* a partir de [...]”), tratando a questão no plano da *eficácia* e não no da *validade*, não se pode afirmar que o art. 27 da Lei nº 9.868-99 tenha tornado as normas inconstitucionais em normas *meramente anuláveis*. Tal artigo introduziu apenas mais uma *hipótese legal de mitigação* da ineficácia dos atos absolutamente nulos a par das já existentes, sem descaracterizar os atos inconstitucionais como atos *absolutamente nulos*.

Destarte, a norma declarada inconstitucional pelo STF, cuja declaração de inconstitucionalidade tenha seus efeitos protraídos para momento posterior à data da decisão do STF em virtude de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, não é uma norma *meramente anulável*, mas sim *absolutamente nula, desde seu nascimento*: a decisão do STF não torna uma norma *nula* em uma norma *anulável*. Se qualquer juiz ou Tribunal podia declarar a *nulidade absoluta* da norma *incidenter tantum* em casos concretos sob sua apreciação *antes* da decisão do STF, seria um contra-senso admitir que *depois* da decisão do STF não pudessem mais fazê-lo enquanto não chegasse o dia prefixado na decisão do STF para o início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Dessa forma, a fixação de um momento a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade do STF passaria a produzir efeitos *não impede* que qualquer juiz



ou Tribunal declare incidentalmente a inconstitucionalidade da norma antes ou durante o intervalo de tempo que vai da decisão do STF até a data prefixa para a produção de seus efeitos, justamente porque a norma inconstitucional é *absolutamente nula*, de pleno direito<sup>144</sup>.

Para ALEXANDRE DE MORAES, esse termo prefixo não pode ser posterior à publicação da decisão do STF:

“Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem *limites lógicos*. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a *edição da norma* e a *publicação oficial da decisão*. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, *uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.*”<sup>145</sup>

Na Áustria, esse termo pode ser posterior à publicação da decisão, mas não pode ser superior a um ano e meio. Contudo, o sistema austríaco é de todo diferente, porquanto à Corte Constitucional se concede um poder de autêntico *legislador negativo*. Mas mesmo no sistema austríaco se permite a anulação judicial (que mais se apropínqua de uma revogação) com diferimento na produção dos efeitos da anulação. De sorte que lá, em verdade, a anulação equivale a um ato com *eficácia sujeita a termo*: a anulação ocorre desde logo, mas só produz efeito a partir da ocorrência do termo (CC/2002, art. 131). Semelha, também, a uma lei revogatória com prazo prefixado para principiar a produzir efeitos (*vacatio legis*).

---

<sup>144</sup> Com efeito, o que o art. 27 da Lei nº 9.868-99 autoriza é a restrição dos efeitos da DECLARAÇÃO do STF sobre a inconstitucionalidade da norma, e não a restrição dos efeitos DA INCONSTITUCIONALIDADE MESMA. Portanto, essa restrição eficaz não incide sobre a norma em si, que pode continuar sendo objeto de controle concreto pelos juízes. Assim, a decisão do STF de restringir os efeitos de sua própria decisão não prorroga a vigência da norma, nem a imuniza contra o controle concreto, no qual, aliás, poderão ser mantidos (ou não...) os efeitos concretos até então produzidos pela norma inconstitucional. A essa luz, a finalidade da restrição eficaz autorizada pelo art. 27 da Lei 9.868-99 seria a de evitar que, em razão da retroatividade da decisão do STF declaratória da nulidade em abstrato, se apagassem todos os efeitos já produzidos pela norma inconstitucional, bem como a de  *sinalizar fortemente* no sentido de que devem ser mantidos os efeitos concretos já produzidos até a data prefixa na decisão do STF. Portanto, conquanto  *não vincule os juízes no controle concreto*, a restrição efetuada pelo STF nos efeitos de sua própria decisão com base no art. 27 da Lei 9.868-99 indica que,  *se não houver nenhuma razão específica no caso concreto que contra-indique a manutenção dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF*, o juiz deverá resguardar como válidos tais efeitos. Assim,  *ao que se deduz da própria literalidade do art. 27 da Lei 9.868-99*, a decisão restritiva do STF opera diretamente apenas no plano abstrato, e não no plano concreto.

<sup>145</sup>  *Direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 648.

Portanto, em princípio, não há impossibilidade *lógica* ou *jurídica* de fixação de um termo *posterior* à publicação e ao trânsito em julgado da decisão do STF para o início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma.

## 2.3. Da revogação da norma

### 2.3.1. Conceitos de vigência, eficácia, revogação, recepção e repristinação

*Vigência* (ou *vigor*) é a *aptidão*, o *poder*, a *capacidade* da norma para produzir efeitos jurídicos válidos.

*Eficácia* pode significar (a) o mesmo que *vigência* (o *poder* de produzir efeitos) e (b) a produção *concreta* de efeitos (“*eficácia social*” ou “*efetividade*”).

*Revogação* é (a) a *retirada de vigência* da norma *por outra norma* em virtude de *incompatibilidade* entre ambas ou (b) o *impedimento à entrada em vigor* da norma *por outra norma* em razão de *incompatibilidade* entre si. Dá-se este último caso quando a norma é revogada *antes de entrar em vigor*, no período de *vacância* (*vacatio legis* ou *constitutionis*), o que a *impede* de entrar em vigor.

*Recepção* é a *acolhida*, o *recebimento* da norma vigente sob a Constituição anterior pela nova ordem constitucional. Pressupõe a compatibilidade *material* da norma com a nova Constituição, mas não a compatibilidade *formal* com a nova Constituição: para que seja recepcionada pela nova Constituição, é mister que não haja inconstitucionalidade material (de *conteúdo*) em face desta, mas é desimportante a inconstitucionalidade *formal* em face da nova Constituição. Pressupõe, portanto, a inexistência de *revogação* por qualquer outra norma (incluindo a nova Constituição).

*Repristinação* (ou *revigoreamento*) é a atribuição de *vigência* a uma norma que já não a tem *por outra norma*. Pode ser *tácita* ou *expressa*. No Direito brasileiro, só se admite a repristinação *expressa* (LICC, art. 2º, § 3º: “*Salvo disposição em contrário*, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”).

#### 2.3.1.2. Os equívocos conceituais e suas conseqüências

A exatidão conceitual é indispensável à correta formulação do raciocínio jurídico. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm, algumas vezes,

cometido equívocos conceituais ao referir aos fenômenos acima identificados, com graves prejuízos para a teoria e para a práxis do controle de constitucionalidade.

É o caso, *e.g.*, do conceito de *revogação*: ao identificar revogação com perda de *existência*, e não com perda de *eficácia (vigência)*, suprime-se indevidamente a possibilidade de *controle abstrato de constitucionalidade da lei revogada* (pela Constituição ou por outra lei).

Sobremodo expressivo do equívoco que empreendemos desfazer, *rogata maxima venia*, é o voto do eminente Min. MOREIRA ALVES na Rp. nº 971-RJ, que, em virtude de seu poder suasório, infelizmente fez escola, influenciando doutrinadores e julgadores:

“A meu ver, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade existe para tutelar a ordem jurídica objetiva, por isso nela se julga a inconstitucionalidade da lei em tese. Ela tutela a ordem jurídica *vigente*, e não a passada, a ordem jurídica *histórica*. Os efeitos concretos que dela nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo, o *princípio da hierarquia das leis*. *A não ser assim, e poderão ser intentadas ações diretas de declaração de inconstitucionalidade da lei em tese somente porque há efeitos remanescentes decorrentes da aplicação da lei revogada, o que aberraria do fim próprio a que visa a representação.*

O interesse de agir, em se tratando de ação direta de declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, só existe se a lei **ESTÁ EM VIGOR**. Declarar-se, em tese, a inconstitucionalidade de lei que **NÃO MAIS EXISTE**<sup>146</sup>, é transformar o meio processual de ataque direto à lei em abstrato em meio processual indireto de desconstituição de situações jurídicas pessoais e concretas. *É, em última análise, desvirtuar a representação.*” (Rp. nº 971-RJ. Rel.: Min. DJACI FALCÃO. In: RTJ, 87/765-6.) (Grifou-se.)

Mister é, porém, pôr em relevo que a revogação de uma lei implica tão-só a **retirada** de sua *eficácia* (entendida esta na acepção de *vigência*, ou seja, como *potência*, como *aptidão*, como *capacidade* para produzir efeitos jurídicos válidos) ou, em hipóteses excepcionais, o **impedimento** à *adquirição de eficácia*. De qualidade que a *lei revogada* não é uma *lei inexistente*<sup>147</sup>. Não deixa de ser *lei* com a revogação, como a

<sup>146</sup> Afirmou ainda, *data venia* sem razão, o eminente Ministro: “Se a lei não **existe mais**, não há interesse em julgá-la, em tese, no **plano da validade**, que é subsequente ao da **existência** e dele dependente.” (Grifou-se.) De jeito que para o erudito Ministro, a lei revogada não pode ser *inválida*, porquanto já nem sequer *existe*.

<sup>147</sup> Inúmeras vezes foram as expressões “ato jurídico inexistente”, “lei inexistente”, “negócio jurídico inexistente” e outras similitudinárias tachadas de contraditórias em si mesmas, pois encerrariam *contradictio in terminis*. Tal, contudo, não procede. É que a *existência* admite manifestações sob variegadas formas. Ou seja: pode um ato *inexistir como* ato jurídico e, ao mesmo tempo, *existir como* ato

própria locução o está a indicar: *lei* revogada. Continua a integrar o ordenamento jurídico do Estado, mas não seu ordenamento jurídico *vigente*. Tanto é verdade que não deixou de existir que ainda rege as situações ocorridas durante a sua vigência, segundo a regra *tempus regit actum*. Sua *ultra-atividade* confirma sua existência mesmo após a revogação, pois não se poderia aplicar *hoje* uma lei *hoje inexistente* aos fatos ocorridos durante sua vigência. Como aplicar uma lei que não mais existe? Tanto é verdade que não deixou de existir, perdendo apenas (de forma total, porém) sua eficácia que pode ser *repristinada* a qualquer momento, contanto que a lei *revigoradora* o faça expressamente (LICC, art. 2º, § 3º). A repristinação é a *atribuição de eficácia* a uma lei que já não a tem por outra norma. Pressupõe a *existência* da lei: não se pode repristinar uma *lei inexistente*, um mero *projeto* de lei (o retromencionado dispositivo da LICC fala de *lei*).

O próprio vocábulo *revigorar* (= re + vigorar) patenteia cristalinamente a real natureza do fenômeno: a lei *revigoradora* empresta *novamente vigor, vigência*, à lei que a perdeu por força da revogação. Trata-se de *nova* atribuição de *vigor*, de *vigência*, e não de *existência simples*, que a lei revogada já possui. Não fora assim, como conceber que a lei revigorante atribuisse eficácia (= vigência) a algo que *nem sequer existe*? Impossível. O máximo que, com verdade, se pode dizer é que com a revogação cessa a *existência eficaz* da lei, mas nunca sua *existência pura e simples*. A lei revogada *existe ineficazmente*, mas, ainda assim, *existe*.

O *discrímen* é relevantíssimo, mas, infelizmente, quase nunca observado, já pela doutrina<sup>148</sup>, já pela jurisprudência<sup>149</sup>, assim nacional, como alienígena.

Observaram-no, porém, autores de tomo, como, *v.gr.*, EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (embora nem sempre com absoluto rigor terminológico), bem como ADOLFO RAVÀ, citado pelos primeiros:

“Da mesma forma que a lei começa *a ter vigor* em determinado momento, assim também acaba de *tê-lo* em outro momento. *A cessação de*

---

físico. O homem *existe como* animal racional, mas *inexiste como* animal imortal. Não é, pois, a existência, *nesse sentido*, um dado *absoluto*, porém *sim relativo*.

<sup>148</sup> PONTES DE MIRANDA, cuidadoso como era no que respeita às categorias, aos institutos, aos planos jurídicos, não se isentou de confundir *revogação* com *perda de existência* da lei. (*Comentários à Constituição de 1967*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III, p. 598.) Em termos similares, LUÍS ROBERTO BARROSO: “De outra parte, se se encara a matéria em termos de revogação, a ação direta será descabida, *porque não se pode cogitar de declarar inconstitucional o que já não existe no mundo jurídico*.” (*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 74.) (Grifou-se.)

<sup>149</sup> ADIn 709. Rel.: Min. PAULO BROSSARD. In: RDA, 197/180-8.

*eficácia* da lei pode verificar-se de dois modos, segundo tem ela, já em si, um elemento pelo qual a sua *eficácia* se extingue em certo ponto, naturalmente, [cessação de eficácia por causas intrínsecas] ou, ao contrário, é destinada duração indeterminada, devendo interferir um fato novo para *fazê-la cessar* [cessação de eficácia por revogação].”<sup>150</sup>

Asseveram os precitados autores, que dedicam vários subtítulos da citada obra à “cessação de *vigência* das leis” ou “cessação de autoridade das leis”:

“A lei, uma vez publicada e decorrido o prazo da *vacatio legis*, exerce toda a sua autoridade em relação ao povo a que se destina, compreendendo os cidadãos em geral, os funcionários de todas as categorias e os próprios órgãos da soberania nacional, até que a sua *força coativa* venha a cessar pelos meios de direito.” (*Opere citato*, p. 56-63 *et passim*.)

A própria LICC é elucidativa a este respeito. Determina, em seu art. 2º, *caput*: “Não se destinando à *vigência* temporária, a lei **terá vigor** até que outra a *modifique* [= derogue] ou *revogue* [= ab-rogue].” Destinando-se à *vigência* temporária, *vigerá* até que cessem as causas determinantes da temporariedade de sua *vigência*. Caso contrário, *vigorar*á até que outra a *revogue*, total ou parcialmente. Sobrevindo a *revogação*, total ou parcial, *deixará de viger*<sup>151</sup>.

Afirmar, portanto, que uma lei foi *abolida* (ou *extinta*, ou termo translático equivalente) não pode significar outra coisa senão que perdeu sua *eficácia*, sua *vigência*, sua *aptidão* para produzir efeitos jurídicos válidos.

Destarte, se a *lei revogada* ainda é uma *lei existente*, não há impossibilidade lógico-jurídica para o exercício de um controle *abstrato* sobre sua constitucionalidade. No entanto, há outros argumentos utilizados contra a possibilidade desse controle, os quais serão analisados em seguida.

<sup>150</sup> *Apud* ESPÍNOLA FILHO, Eduardo; ESPÍNOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Atual.: Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. I, p. 57.

<sup>151</sup> O Tribunal Constitucional espanhol também respeitou o *discrime* na primeira das célebres sentenças consagradoras da tese da revogação por inconstitucionalidade (2-2-1981). Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición (reimpresión). Madrid: Civitas, 1988, pp. 88-89.

## 2.4. A questão do controle abstrato da legislação pré-constitucional

### 2.4.1. O *status quaestionis* no direito comparado

No direito europeu continental, à exceção da Áustria<sup>152</sup>, admite-se o controle abstrato da constitucionalidade da legislação pré-constitucional.

A Constituição de Portugal é expressa ao prescrever que compete ao Tribunal Constitucional declarar, “com força obrigatória geral”, a “inconstitucionalidade de *quaisquer normas*” (art. 281º, **1, a**) e ao prever a existência de uma “inconstitucionalidade superveniente” passível de declaração pelo Tribunal Constitucional:

#### “Artigo 281.º

##### (Fiscalização *abstracta* da constitucionalidade e da legalidade)

**1.** O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

**a)** A inconstitucionalidade de *quaisquer normas*;" [...]

#### “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 infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.*”

É digno de nota o trato da questão no *direito germânico* (*diametralmente oposto* ao tratamento dado pelo STF à questão): a legislação *pré-constitucional* é considerada como mais merecedora de ser objeto de controle *abstrato* do que a legislação pós-constitucional, pelo maior grau de ofensa que é capaz de causar à Constituição, sendo possível o exame da constitucionalidade da legislação *pós-constitucional* no controle *difuso*.

Dessarte, no direito tedesco, podem ser objeto de controle *abstrato* tanto a legislação pré-constitucional, quanto a pós-constitucional, ao passo que no

---

<sup>152</sup> Assevera GILMAR MENDES: “É certo, pois, que, com a exceção da Corte Constitucional austríaca, procuram os modernos Tribunais Constitucionais assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente.” (*Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 124.)

controle *concreto* só se examina a constitucionalidade da legislação pós-constitucional<sup>153</sup>.

Na Espanha também se admite o controle abstrato da legislação pré-constitucional<sup>154</sup>, mas com limitações temporais. Sucede que na Espanha o controle abstrato sobre a legislação pós-constitucional também padece de limitações temporais (art. 3º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).

Na Itália, não existe controle abstrato de constitucionalidade, mas a *Corte costituzionale* reconheceu desde o princípio (desde a sua primeira sentença em 1956) sua competência para o controle concreto da legislação pré-constitucional, por considerar que, para fins de controle, a questão da compatibilidade entre a legislação pré-constitucional e a Constituição também é uma questão “*di legittimità costituzionale*”<sup>155</sup> (nos precisos termos do art. 134 da Constituição italiana<sup>156</sup>), e não uma mera questão de *direito intertemporal*.

#### 2.4.2. O *status quaestionis* no STF

É firme a *atual* jurisprudência do STF no sentido da impossibilidade de controle *abstrato* da constitucionalidade da legislação pré-constitucional<sup>157</sup>.

Contudo, nem sempre foi assim: no início, a jurisprudência pacífica no STF era em sentido inverso.

Sustenta, em suma, o STF que: (a) o problema da incompatibilidade da legislação pré-constitucional com a Constituição *não é uma questão de inconstitucionalidade*, mas sim, *unicamente*, uma *questão de direito intertemporal*, ou seja, uma questão de *mera revogação* da legislação pré-constitucional pela nova Constituição (*lex posterior derogat priori*); e (b) não mais *existindo* a lei por ter sido

<sup>153</sup> Cfr. o escólio de GILMAR MENDES a este respeito em: *Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 122.

<sup>154</sup> Cfr.: ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución...*, p. 90. GORDO, Alfonso Pérez. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: BOSCH, 1982, p. 142-3 *et passim*. SEGADO, F. Fernandez. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: [s.n.], 1984, p. 104-6 *et passim*. MAURA, Andrés Ribas. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Universitat de les Illes Balears (UIB) — Civitas, 1991, p. 91-6.

<sup>155</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale...*, pp. 141 *et seqq.*

<sup>156</sup> “Art. 134. La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla *legittimità costituzionale* delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni [...]”.

<sup>157</sup> Cfr.: ADIn 3. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 191/182-8. ADIn 77. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. In: RTJ, 147/372-6. ADIn 129. Rel. Min.: FRANCISCO REZEK. In: RDA, 191/214-20. ADIn 221. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 194/242-3. ADIn 381. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RTJ, 144/69-97. ADIn 611. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. In: RDA, 191/221-6. ADIn 709. Rel.: Min. PAULO BROSSARD. In: RDA, 197/180-8. ADIn 221. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 195/79-80.

*revogada* pela Constituição, falta o interesse objetivo de agir, não se podendo transformar o processo abstrato de constitucionalidade “em meio processual indireto de desconstituição de situações jurídicas pessoais e concretas”.

Essa posição, contrária à do direito comparado e motivada mais pela plethora de ações que assoberbam o STF do que por razões estritamente jurídicas, não resiste a uma análise científica mais rigorosa.

Cumpre, porém, aos demais Poderes prover o STF dos *meios necessários* ao pleno cumprimento de sua magna função constitucional de “guardião da Constituição”, seja aumentando o número de Ministros, seja reduzindo sua competência, seja incrementando o quadro de servidores do STF, seja adotando qualquer outra medida que viabilize o pleno funcionamento da Suprema Corte.

### 2.4.3. Crítica à posição do STF

#### 2.4.3.1. Da revogação por inconstitucionalidade

Como enfatizado linhas atrás, o Supremo Tribunal Federal perfilhou de início o entendimento conforme ao qual era possível examinar, no controle abstrato, o problema da revogação de normas pré-constitucionais pela nova Constituição<sup>158</sup>. Tal orientação foi, infelizmente, de seguida abandonada<sup>159</sup>, não sem iteradas opugnativas da parte de alguns Ministros, como SEPÚLVEDA PERTENCE, que a este propósito lavrou voto-vista na ADIn nº 2, reproduzido em vários outros acórdãos ulteriores, que, em substância, sintetiza a real fenomenologia da inconstitucionalidade sobrevenida à entrada em vigor (1) de uma nova *Lex Legum* ou (2) de uma Emenda Constitucional.

Quando a norma constitucional é *posterior* à norma infraconstitucional que lhe é contrária, há o *concurso* de dois fenômenos: ***há tanto inconstitucionalidade superveniente como revogação***. Mas não ocorrem, no plano lógico, simultaneamente, a um só tempo. *A revogação é consequência da inconstitucionalidade superveniente*<sup>160</sup>. Por outra forma: a inconstitucionalidade

<sup>158</sup> Cfr. Rp. 946. Rel.: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. In: RTJ, 82/44; Rp. 969. Rel.: Min. ANTONIO NEDER. In: RTJ, 99/544.

<sup>159</sup> Vide: ADIn 3. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 191/182-8. ADIn 77. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. In: RTJ, 147/372-6. ADIn 129. Rel. Min.: FRANCISCO REZEK. In: RDA, 191/214-20. ADIn 221. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 194/242-3. ADIn 381. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RTJ, 144/69-97. ADIn 611. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. In: RDA, 191/221-6. ADIn 709. Rel.: Min. PAULO BROSSARD. In: RDA, 197/180-8. ADIn 221. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. In: RDA, 195/79-80.

<sup>160</sup> LÚCIO BITTENCOURT, dissentindo, com razão, de CASTRO NUNES, que insistia “em considerar a revogação e a inconstitucionalidade como duas situações jurídicas irreconciliáveis”, registou: “O



superveniente é, em casos que tais, *pressuposto, premissa* da revogação. A norma infraconstitucional preexistente à norma constitucional torna-se, com a entrada em vigor da Constituição ou de uma Emenda, inconstitucional, *i.e.*, incompatível com a Constituição, e, *conseqüentemente*, por injunção de *princípio lógico-jurídico*<sup>161</sup>, positivado na LICC, art. 2º, § 1º, é revogada. Sendo, portanto, uma norma revogada por inconstitucionalidade, não pode ser *recepçionada, recebida, acolhida* pela norma constitucional. A *sucessão fenomenológica* é, portanto, a subseguinte: (1) constitucionalidade; (2) inconstitucionalidade superveniente; (3) revogação; e (4) não-recepção.

---

equívoco do Mestre consiste, a nosso ver, em considerar *paralelas* as duas citações [*sic*, deve ser “situações”], excludente uma da outra, quando, de fato, a inconstitucionalidade é um *estado* — estado de conflito entre uma lei e a Constituição — e a revogação é o *efeito* desse estado. O tribunal declara a *inconstitucionalidade* e, em conseqüência desta, reconhece a revogação da lei.”

Mas nisso não ficou o ilustre monografista: “Havendo, no caso, como fatalmente deverá haver, a *declaração de inconstitucionalidade*, não há por que subtrair essa situação jurídica, em que se apura a validade de uma lei anterior à Constituição, às normas e princípios que regem *in genere* a matéria. Esse, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, limpidamente expresso pelo ministro OROZIMBO NONATO: ‘o tratamento de uma lei inconstitucional, isto é, coetânea da Constituição e que se manifeste contra ela — e o de uma lei incompatível com uma nova ordem constitucional — é o mesmo problema e que, por ser substancialmente idêntico, reclama o mesmo remate ou desentrelcho’ ” (voto no MS 767, de 18-6-1947) (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 132-3.) (Grifos do autor.)

<sup>161</sup> Não se reza, pois, *petita maxima venia*, como pensa o eminente Min. MARCO AURÉLIO, que, aliás, não aceita a tese da mera revogação, aderindo, porém, à da mera inconstitucionalidade, de matéria “infraconstitucional, ficando obstaculizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal [...]” (RDA, 191/187). Com efeito, a LICC, por razão de veicular normas de sobredireito, de ser uma lei sobre leis, de determinar qual a lei aplicável, de determinar os modos pelos quais se revogam ou não as leis, sejam quais forem (de fora parte, obviamente, a Constituição e suas emendas), foi alçada, a nosso viso, à condição de **lei complementar** por injunção do parágrafo único do art. 59 da *Lex Legum, dispositivo inexistente nas Constituições anteriores*. Prescreve ele: “**Parágrafo único.** Lei complementar disporá sobre *elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*” Regulamentando este dispositivo constitucional, foi editada a LC nº 95/98. No entanto, tal Lei tratou apenas de *técnica* legislativa. A nosso viso, o art. 59, par. único, da CF-88 não quis aludir *apenas* à técnica legislativa. Se assim fosse, o preceito constitucional deveria ter sido redigido (em boa técnica legislativa...) destarte: “Lei complementar disporá sobre *a técnica de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*” Mas não o fez o legislador, e nisso se houve bem. Ainda que esta haja sido a *intentio* do legislador (*mens legislatoris*), não é isso o que aparece objetivamente querido na lei (*mens legis*). Configuraria um dos casos roborizadores da máxima segundo a qual a lei sói ser mais arguta que o legislador, pois muito há que a doutrina tem ressaltado a natureza de “normas de sobredireito” de muitas das normas albergadas na LICC. A lei complementar editada *sobre técnica legislativa*, por outra parte, é *atécnica*, porquanto ela mesma trata de contradizer os preceitos de técnica legislativa que encerra: no art. 12, III, “*d*”, contravém claramente ao que acabara de dispor no art. 11, II, “*e*”... Assim, enquanto não for editada uma lei complementar que disponha sobre a matéria “de sobredireito” versada na LICC, remanescerá esta com a eficácia de lei complementar, por assim ter sido recepçionada pela CF-88, art. 59, parágrafo único.

Havendo sido, portanto, desde a CF-88, recepçionada como lei complementar, tal estatura hierárquica *infraconstitucional* não lhe permite arrostar a *Lex Major*. O preceito, porém, de que “a lei posterior revoga a anterior [...] quando seja com ela incompatível” é de muito maior transcendência. Mesmo que ali não estivesse exarado, impor-se-ia como **universal princípio lógico-jurídico** que é, reconhecido inexplicitamente pela Constituição mesma. A LICC tão-somente o *explicita*.

Não há, pois, em hipóteses que tais, nem *mera* inconstitucionalidade superveniente, nem *mera* revogação, nem *mera* não-recepção. Um fenômeno acarreta o outro, nessa seqüência, nessa ordem.

Tais fenômenos ocorrem de pleno direito (*pleno iure*), independentemente de intervenção judicial ou legislatória. A intervenção judicial, se houver, limitar-se-á a *reconhecer* a ocorrência da sucessão de fenômenos jurídicos acima descritos, a *declarar-lhe* a existência. Não é ela, porém, inútil, desnecessária, já que, além de exercer uma função clarificativa, reveste a autoridade vinculativa concreta conatural às decisões judiciais.

Dessa lógica não há fugir, nem de seus resultados, malgrado alcançados por sendas diversas, tem discrepado, em linha de princípio, o direito comparado<sup>162</sup>.

Se o que se dá é *revogação por inconstitucionalidade*, passível é a norma que se averba de revogada de ser objeto de controle *concentrado* de constitucionalidade. Isso porque para declarar se a norma foi revogada ou não o STF tem, necessariamente, de verificar, em primeiro lugar, a *compatibilidade com a Constituição* (= constitucionalidade) da norma de cuja revogação se duvida e sobre a qual se controverte<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> O Tribunal Constitucional espanhol, em famigerada e laudabilíssima decisão, prescreveu: “Hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, *la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación*. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente *el juicio de contraste entre las dos normas*, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.” (*Apud*: ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición (reimpresión). Madrid: Civitas, 1988, p. 90.) (Grifou-se.) *Vide* ainda: GORDO, Alfonso Pérez. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: BOSCH, 1982, p. 142-3 *et passim*. SEGADO, F. Fernandez. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: [s.n.], 1984, p. 104-6 *et passim*. MAURA, Andrés Ribas. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Universitat de les Illes Balears (UIB) — Civitas, 1991, pp. 91-96.

<sup>163</sup> HUGO DE BRITO MACHADO bem apreendeu o problema: “Sabido que nos termos do art. 97 da Constituição Federal, ‘somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público,’ tal decisão suscita interessantes questões, entre as quais desde logo podem ser destacadas as de saber: (a) se é possível deixar de aplicar uma lei sem declará-la inconstitucional; e (b) sendo, como no caso, a lei anterior à Constituição, à decisão que afirma não haver sido aquela recepcionada aplica-se a exigência do art. 97 da Constituição.

Se a decisão desconsidera o conteúdo da lei, a pretexto de interpretá-la em face de princípios da Constituição, *contém implícita uma declaração de inconstitucionalidade*, ou viola literal disposição de lei. Admitido o primeiro entendimento, *tem-se que a decisão somente será válida se adotada com observância do art. 97 da Constituição Federal*, e se não o observa é rescindível por violação daquela

A revogação tem por *premissa irremovível* a inconstitucionalidade. Só se pode afirmar se houve ou não revogação após decidir-se se houve inconstitucionalidade ou não. Como se pode asseverar que a Constituição *revogou* a norma infraconstitucional *por contrariedade a ela* sem *antes* afirmar a existência dessa mesma *contrariedade* (= inconstitucionalidade)?

Assim, não pode o STF, sob pena de incorrer em iniludível **prejulgamento** da ação, declarar, liminarmente, que *não conhece* da ADIn por haver a norma sido *revogada*, acarretando-lhe *falta de objeto*. A essa conclusão só pode o STF chegar **(a)** por *maioria absoluta* de seus membros (CF-88, art. 97) (seis), presentes ao menos 8 (oito) Ministros, e **(b)** *ao cabo da ação*, quando decidir o seu *mérito*. A declaração de que a norma foi revogada pela Constituição contém *implícita*, como premissa irremovível, uma declaração de inconstitucionalidade, que só pode ser pronunciada ao fim da ação, quando for do exame de seu mérito. Não tem o STF, nem qualquer outro Tribunal ou juiz monocrático, competência constitucional que lhe permita pronunciar expressamente um juízo definitivo de inconstitucionalidade antes de decidido o mérito da ação. Permite-lhe a Constituição, antes de definitivamente examinado o mérito da ação, conceder *medida cautelar* (em regra, *ex nunc*) (art. 102, I, *p*), mediante um juízo *provisório e precário* sobre a constitucionalidade ou não da norma impugnada, mas não lhe outorga competência para emitir juízos *definitivos* de inconstitucionalidade antes do termo da ação.

Ora, se não pode fazê-lo *diretamente*, não pode, igualmente, fazê-lo *por via transversa, indiretamente*, sob pena de burla à Constituição. A declaração de que a norma foi revogada por incompatibilidade com a Constituição não é matéria de “*pressuposto de admissibilidade*”, de “*condição de procedibilidade*”, de *condição da ação*, mas, isto sim, questão de *mérito*, por conter *implícita*, mas *necessariamente* uma declaração de inconstitucionalidade. Não há, pois, alegar “impossibilidade jurídica do pedido” ou “ausência de interesse objetivo de agir” por “falta de objeto”, objeções alusivas às *condições da ação objetiva*: a ação há de ser *conhecida* e, quando do julgamento do mérito, decidir-se-á se houve inconstitucionalidade ou não, e, conseqüencialmente, se ocorreu revogação ou não.

---

norma constitucional. Admitido o segundo entendimento, tem-se que a decisão é rescindível, por violação da disposição legal que desconsiderou.” (Local de ocorrência do fato gerador do ISS. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 1/96, pp. 14-16, 1ª quinzena de janeiro de 1996.) (Grifou-se.)

#### 2.4.3.2. Inconstitucionalidade sem nulidade

Quando ocorre inconstitucionalidade superveniente de uma norma pela entrada em vigor de (1) uma nova Constituição ou de (2) Emenda Constitucional, hipóteses em que a Constituição, como *Lex posterior*, **revoga** a norma anterior, **não ocorre em tais circunstâncias a atribuição de nulidade absoluta**<sup>164</sup> obrigatoriamente levada a efeito pelo ordenamento jurídico nos casos de inconstitucionalidade *originária* (e de “*constitucionalidade* superveniente”, como se verá abaixo). Ou seja: a norma eivada de inconstitucionalidade superveniente por conflito com Constituição (Emendas inclusive) ulterior, apesar de *inconstitucional*, *não é nula*.

Isso se dá porque o ordenamento jurídico, ao cominar a *sanção* ao *supremo vício* de inconstitucionalidade, escolhe, dentre as possíveis, **a que melhor preserve a supremacia da Constituição**, finalidade mesma do controle de constitucionalidade<sup>165</sup>. Trata-se de um desdobramento do princípio-mor da supremacia da Constituição. Poderíamos denominá-lo, sem a pretensão de cunhar um princípio novo, de “*princípio da máxima preservação da supremacia constitucional*”. Ora, a sanção de nulidade absoluta, que opera, de sua natureza mesma, *ex tunc*, projetando-se no passado, **no geral dos casos** é sanção mais grave que a de *revogação*, que, *de regra*, não retroopera (*ex nunc*), projetando-se no futuro (*pro futuro*). Mas hipóteses há em que a revogação é *sanção mais grave* que a nulidade.

<sup>164</sup> Configura assim, uma vez levada a juízo (controle abstrato ou incidental), uma hipótese, perfeitamente admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade*, diferente daquela a que se têm referido o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) e o principal divulgador de sua jurisprudência no Brasil, GILMAR FERREIRA MENDES, da qual deriva o dever de legislar, inexistente no caso *sub examine*. (Cfr., do autor: A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, nº 4, pp. 8-30, jul./set. 1993. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania — necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, nº 3, pp. 21-43, abr./jun. 1993. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 202-220. *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 165 *et passim*.)

<sup>165</sup> Como bem o disse BURDEAU, “le contrôle est le corollaire de la *suprématie* de la Constitution” (*Traité...*, p. 367). Na mesma esteira, FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO: “*En el recurso de inconstitucionalidad*, el Tribunal Constitucional garantiza la *supremacía de la Constitución*” *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 1084.) (Grifos nossos e do autor.) ANDRÉS RIBAS MAURA também não dissona: “La concepción de la Constitución como norma suprema tiene como consecuencia el establecimiento de una serie de garantías o mecanismos de defensa frente a posibles infracciones o agresiones. La existencia de sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes es una expresión concreta de estos mecanismos de defensa y su *objetivo* es *garantizar la primacía o superioridad* de la Norma constitucional sobre el *resto del ordenamiento jurídico*.” (*La cuestión...*, p. 21.) (Grifou-se.)

É o que se passa na espécie. Senão, vejamos. Rezando-se, como se reza, de norma que só se torna inconstitucional no exato instante da entrada em vigor da norma constitucional posterior, sendo, pois, perfeitamente constitucional e, portanto, válida até esse mesmo instante, a sanção de *nulidade* cominada pelo ordenamento só seria eficaz a partir dessa mesma data. Não haveria situações anteriores a essa data sobre as quais ela pudesse incidir. Nesse particular, a sanção de nulidade equivaleria à sanção de revogação. Seriam, neste pouco, isto é, quanto aos efeitos pretéritos, absolutamente equípolentes.

Mas a *sanção de nulidade* permite a preservação de efeitos *secundários, reflexos, mediatos* que o ato nulo porventura gere **entre a data em que incide a sanção levada a cabo pelo ordenamento jurídico e a data em que passa a produzir efeitos o seu reconhecimento judicial**. Cura-se mesmo de imposição constitucional (especialmente, art. 5º, XXXVI, da CF-88), como iremos a ver mais ao diante. Já no que concerne à *revogação*, não há, a partir da data em que a disposição revogatória começa a vigorar, a possibilidade de alegar-se a geração de  *nenhuns efeitos*, mesmo que seu reconhecimento judicial só se dê muito posteriormente. Há apenas o respeito às situações já definitivamente constituídas (direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada) *até a data em que principia a viger*, excluídas, portanto, as situações meramente expectativas (*spes iuris*).

Dito de outra forma: o ato *nulo*, tal como há entendido a doutrina mais abalizada<sup>166</sup> e tal qual deflui da inteligência da Constituição, nomeadamente, mas não exclusivamente, de seu art. 5º, XXXVI, pode produzir efeitos secundários, reflexos, durante o lapso de tempo que medeia entre a data da incidência da sanção de nulidade e a data de início da produção de efeitos do reconhecimento judicial (= da declaração judicial de nulidade<sup>167</sup>), o que não sucede com a *revogação*: o ato revogado (por ter

<sup>166</sup> Vide, entre outros, a este propósito: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. IV, § 380, nº 1, e § 358, nº 1. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 59 *et seq.*; p. 74-5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 444-5. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 418. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. da 6ª ed. ital. São Paulo: Saraiva, 1971, v. I, p. 269. SANTOS, Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 255.

<sup>167</sup> *Excepcionalissimamente*, o ato nulo pode gerar efeitos jurídicos válidos *mesmo após o início a produção de efeitos da declaração judicial de nulidade absoluta*. Exemplos: (a) o art. 1617 do CC/2002 (art. 367 do CC/1916) determina que a filiação paterna ou materna pode resultar de casamento **já declarado nulo por sentença; assim, o filho que nasce após o trânsito em julgado da sentença declaratória de nulidade é reconhecido juridicamente como filho do casal, a despeito de declaração judicial de nulidade do casamento já ter começado a produzir efeitos**; (b) o art. 27 da Lei nº 9.868-99

perdido totalmente sua aptidão para incidir, sua vigência, sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, cessando assim de produzir todo e qualquer efeito a contar da data de incidência do dispositivo revogatório), este sim, *não produz nenhum efeito*.

Em síntese, na hipótese de inconstitucionalidade superveniente resultante da entrada em vigor de (1) uma nova Constituição ou de (2) uma Emenda Constitucional, a sanção a ser aplicada deve ser a de *revogação* da norma, e não a de nulidade absoluta, por força do *princípio da máxima preservação da supremacia constitucional*. Isso porque embora no geral dos casos a sanção de nulidade absoluta seja mais grave que a de revogação, no caso específico da inconstitucionalidade superveniente por alteração formal da Constituição, a revogação constitui *sanção mais grave* que a de nulidade absoluta, visto que a revogação não admite a permanência de efeitos pretéritos residuais (efeitos reflexos, secundários) como a sanção de nulidade admite *no período que vai do início da existência da nulidade até ao seu reconhecimento judicial*<sup>168</sup>. Assim, a norma será *inconstitucional*, mas não será *nula*: será *revogada* por causa dessa mesma inconstitucionalidade (superveniente).

#### 2.4.3.3. Vigência da norma e atualidade da ofensa à Constituição

O controle de constitucionalidade, *in abstracto* ou *in concreto*, destina-se *especificamente, diretamente*, a garantir o *princípio da supremacia constitucional*, e, *per viam consequentiæ*, a garantir a própria *Constituição*, e, também por via de consequência, destina-se a garantir *indiretamente, reflexamente, obliquamente*, toda a ordem jurídica sobre-restante nela fundada.

Como, porém, a *conjugação* das duas modalidades de controle indiscutivelmente presta-se melhormente a garantir o *princípio da supremacia constitucional* do que cada qual isoladamente, houve por bem o legislador constituinte instituí-los um ao lado do outro.

---

permite expressamente a produção de efeitos válidos do ato **já declarado nulo pelo STF** até a data prefixada no acórdão; (c) o art. 183, XIV, do CC/1916 proíbe a mulher de casar-se novamente no prazo de 10 (dez) meses depois da dissolução da sociedade conjugal em virtude da declaração judicial de nulidade do casamento anterior. Assim, malgrado já dissolvida a sociedade conjugal pelo trânsito em julgado da sentença declaratória de nulidade do casamento, o casamento absolutamente nulo (contraído de boa ou má-fé) continuaria a produzir o efeito juridicamente válido de **impedir** (era causa **impeditiva**) um novo casamento antes de decorrido esse prazo de 10 meses. Quanto a este último exemplo, cf.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico...*, p. 60.

<sup>168</sup> E, excepcionalissimamente, mesmo após o início da produção dos efeitos da declaração judicial, como já enfatizado.

Mas garantir o princípio da supremacia *de qual Constituição?* Da de 1967/69? Da de 1946? Obviamente, não estava na cogitação do legislador constituinte garantir a supremacia das Constituições anteriores. Queria ele proteger a *sua obra*, a *sua criatura*: a Constituição *vigente*. Ocorre que a *vigente* Constituição exige de todos (até do legislador ordinário), em vários dispositivos, em cláusulas pétreas inclusive, o respeito à *supremacia* das anteriores, *no que concerne aos atos praticados durante a vigência de cada qual*, consoante a regra *tempus regit actum*. Exemplo disso é o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição *vigente*, que determina sejam respeitados, até mesmo por *lei*, os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, *dentre os quais necessariamente se inscrevem os direitos adquiridos (e demais situações definitivamente constituídas) na vigência das Constituições anteriores* a que a própria Constituição *vigente* não se oponha (e só a ela é dado opor-se a tais situações definitivamente constituídas, isto para quem considere não haver direito adquirido *contra* a Constituição *vigente*).

Assim, por via oblíqua, a Constituição *vigente* garante a supremacia de cada uma das anteriores *no tocante aos atos praticados durante a vigência de cada qual Constituição anterior*. Uma lei (ou ato judicial, privado, etc.), ainda que editada sob a vigência da Constituição de 1988, que malfira a supremacia da Constituição anterior no que concerne aos atos praticados em sua vigência, vulnera, outrossim, a *supremacia* da Constituição *vigente*, que não permite que nenhuma lei lhe contradiga. Assim, a afirmativa de que o controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, protege *apenas* a Constituição *vigente*<sup>169</sup> deve ser *relativizada*, pois a própria Constituição *vigente*<sup>170</sup> determina seja respeitada a supremacia das Constituições anteriores *no atinente aos atos praticados durante os períodos de respectivas vigências*. Isso porque proteger em tais casos a *supremacia* das Constituições *anteriores* é proteger a *supremacia* da própria Constituição *vigente* da ofensa ao seu art. 5º, XXXVI, ofensa

---

<sup>169</sup> Deve, pois, ser vista com reservas a subsecutiva asserção de ZAGREBELSKY: “Altro problema è quello della possibilità che alla Corte costituzionale si riconosca il potere di sindacare la legittimità formale di atti anteriori alla costituzione sulla base delle norme non ora ma allora vigenti. *La risposta negativa è ovvia*, non per il carattere flessibile della costituzione anteriore (i problemi della validità formale, si è visto, prescindono infatti dalla posizione formale delle norme sulle fonti), *ma per la stranezza di vedere la Corte costituzionale, costituita a difesa della vigente carta costituzionale, ergersi a tutela di un'altra costituzione.*” (*La giustizia costituzionale...*, p. 146.) (Grifou-se.)

<sup>170</sup> Não se infirma, portanto, com asseri-lo, a validade da feliz assertiva de CHARLES EISENMANN, conformemente à qual a Constituição (*vigente*) é “le MÈTRE SUPRÊME de la régularité juridique”. (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica — Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 13.) (Grifou-se.)

esta hábil a deflagrar o controle de constitucionalidade para lhe pôr cobro, *in abstracto* ou *in concreto*, a depender da espécie.

Em outras palavras: a Constituição de 1988 não exigiu, para que fosse instaurado o controle de constitucionalidade, tanto *in abstracto*, quanto *in concreto*, que a *lei* (ou ato normativo) fosse *atual* (vigente): exigiu apenas<sup>171</sup> que a *agressão* decorrente da lei (ou ato normativo) à sua supremacia fosse *atual* no caso do controle abstrato, ou que tenha dela tenha ocorrido *prejuízo* à parte no caso do controle concreto, ainda que não mais o produza no momento de ajuizamento da ação na qual a declaração de inconstitucionalidade constitui mero incidente.

Assim, uma lei *inconstitucional* que haja sido *revogada tacitamente* (não necessariamente pela Constituição), mas que, por virtude de sérias dúvidas a respeito da ocorrência dessa mesma revogação, haja sido aplicada, apesar de *inconstitucional*, por vários juízes e Tribunais de todo o país que, além de a considerarem não-revogada, têm-na por constitucional, pode ser objeto de controle *abstrato* de constitucionalidade, visto como sua *generalizada aplicação*, assim como *ela mesma, é inconstitucional*<sup>172</sup>.

Mesmo que a lei inconstitucional houvesse sido revogada por outra lei<sup>173</sup> (e não pela própria Constituição), sua generalizada aplicação inconstitucional potencializaria de tal modo sua inconstitucionalidade, que não se poderia dizer que a ação visante a declará-la inconstitucional seria degenerada em simples “meio processual indireto de desconstituição de situações jurídicas *pessoais e concretas*”. Há, nessa

<sup>171</sup> Obviamente, referimo-nos às exigências *temporais* estatuídas constitucionalmente. De feição que, a título exemplificativo, qualquer lei ou ato normativo inconstitucional pode ensejar fiscalização *incidental* de constitucionalidade, não sucedendo o mesmo com respeito à fiscalização *abstrata*.

<sup>172</sup> Lembre-se de que apesar de *revogada* a lei não deixa *ipso facto* de ser *inconstitucional*, ponderado que a inconstitucionalidade é mera *relação de incompatibilidade entre uma norma e uma Constituição*, aferível, portanto, a qualquer tempo. Trata-se apenas de uma lei inapta a produzir *todos e quaisquer* efeitos jurídicos *válidos* a contar da data da revogação, não gerando nem mesmo os efeitos secundários, reflexos, que o ato nulo pode produzir. Pode ela, porém, produzir, malgrado não mais vigente, efeitos jurídicos *inválidos*, como acima se substantificou exemplificativamente.

<sup>173</sup> Quanto à lei inconstitucional revogada *por outra lei* (e não pela Constituição), o STF no início também admitia o exercício de controle abstrato sobre sua constitucionalidade, *desde que remanescessem efeitos concretos da sua aplicação*. Esse entendimento prevaleceu no STF mesmo após a Constituição de 1988 até que em 1992, a partir do julgamento da ADIn nº 709-QO (Rel.: Min. PAULO BROSSARD, DJU: 20.05.1992, p. 12248), o STF modificou sua jurisprudência para não mais admiti-lo. GILMAR MENDES (*Controle concentrado de constitucionalidade...*, pp. 133-134) sustenta que o primígeno entendimento do STF era mais acertado, pois com ele se obstava que o legislador ordinário subtraísse a lei inconstitucional do controle *abstrato* do STF, permitindo que os *efeitos concretos* da lei inconstitucional se perpetuassem, pois nem sempre é possível o seu controle *concreto*, por pressupor *um interesse jurídico específico*, nem sempre *demonstrável*. No texto, defendemos *solução intermédia*: quando a ofensa à Constituição for *relevante*, entendemos cabível o controle *abstrato* da norma inconstitucional revogada *por outra norma infraconstitucional*.



hipótese específica, um *interesse coletivo*, que transcende claramente a esfera individual ou de grupos determinados, na *declaração* de inconstitucionalidade da lei revogada que não pode ser negligenciado, constituindo assim um *interesse objetivo de agir*.

Por tal arte que a missão constitucional do Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”) é de muito maior alcance do que a que se extrai de sua atual jurisprudência. Não se destina o controle abstrato de constitucionalidade *simplesmente* a “remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política”<sup>174</sup>. Não exerce o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato, *apenas* o papel de “*legislador negativo*”<sup>175</sup>. **Se esta fosse sua única atribuição no controle abstrato, os efeitos da decisão seriam os de mera revogação (normalmente *ex nunc, pro futuro*), e não os de nulidade absoluta (normalmente *ex tunc*), naturalmente retrooperantes, como o próprio STF, com absoluta razão, tem iteradamente admitido.** Inverter-se-iam as conseqüências: o que é *regra* passaria a ser *exceção* e vice-versa.

Ademais disso, uma lei **revogada** pode ser **repristinada**, ao passo que uma lei **declarada inconstitucional pelo STF** não pode sê-lo. Se o STF fosse, *em rigor*, um legislador negativo, e suas decisões *rigorosamente* dotadas de “força de lei”, as leis declaradas inconstitucionais pelo STF poderiam ser repristinadas por outras leis posteriores ou por decisões posteriores do STF no controle abstrato<sup>176</sup>. De mais a mais,

<sup>174</sup> Voto do em. Min. CELSO DE MELLO na ADIn nº 709. Rel.: Min. PAULO BROSSARD. In: RDA, 197/186.

<sup>175</sup> Em real verdade, entendemos que o STF não exerce, *propriamente*, um papel de *legislador negativo*, visto que a eficácia da sua decisão é *meramente declaratória*, e não *desconstitutiva*. Se o STF pudesse de fato *eliminar*, “*remover do ordenamento positivo*” a lei inconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade não seria uma ação *meramente declaratória* de inconstitucionalidade, mas sim uma ação *desconstitutiva* da lei. Mas a ADIn não tem o poder de *revogar*, de *rescindir*, de *eliminar* nenhuma lei: tem *apenas e tão-somente* o poder de *declarar* a inconstitucionalidade e, por conseqüência, a nulidade da lei com eficácia *erga omnes*, isto é, impedindo que se invoque validamente a lei inconstitucional como se constitucional fosse. Nisso se exaure a sua eficácia. Por sua vez, a ADC, quer seja julgada procedente, quer seja julgada improcedente (declarando-se a *inconstitucionalidade* da norma com efeito vinculante e com eficácia de coisa julgada *erga omnes*), também não detém essa virtude até mesmo por impossibilidade lógico-jurídica: na primeira hipótese (procedência do pedido na ADC) porque não há declaração de inconstitucionalidade alguma, e na segunda porque o acórdão de *improcedência* do pedido de uma ação possui sempre *eficácia meramente declaratória*, razão pela qual não poderia jamais *desconstituir* (ou revogar, remover, rescindir, eliminar, etc.) a lei ou o ato normativo objeto da ADC. Ademais, a natureza *judicial* da decisão do STF não parece compatível com a natureza *legislativa* da decisão *política* de um *legislador negativo*.

<sup>176</sup> Ressaltando que a “força obrigatória geral” da declaração de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional lusitano não se confunde com a “força de lei” atribuída pela doutrina germânica às decisões do Tribunal Constitucional alemão, leciona CARLOS BLANCO DE MORAIS: “Contrariamente ao que defende certa doutrina influenciada pela ordem jurídica germânica, a expressão força obrigatória geral não é assimilável ao conceito de ‘força de lei’. Enquanto a decisão tomada com força de lei põe termo à eficácia de um acto normativo (*em regra com efeitos ex-nunc*), mas permite a sua subsistência no ordenamento em termos que permitem a sua ulterior revivescência (nº 4 do art. 7º do Código Civil e nº 1 do art. 281º da CRP), já a decisão de inconstitucionalidade com força obrigatória geral impõe a

as próprias decisões do STF no controle abstrato poderiam ser “revogadas” como se leis fossem<sup>177</sup>, o que é inadmissível.

Para além disso, se o STF fosse um autêntico “legislador negativo”, emitindo decisões “com força de lei” no estrito sentido da expressão, não poderia declarar a *constitucionalidade nem a inconstitucionalidade* de norma alguma, pois tal poder não foi outorgado pela CF-88 ao legislador, encontrando-se sob *reserva constitucional de jurisdição*. O próprio STF já decidiu que o Poder Legislativo não tem competência para declarar, por meio de lei, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de outra lei. De fato, esta competência foi atribuída pela CF-88 *exclusivamente* ao Poder Judiciário. Segundo a jurisprudência do próprio STF, à Chefia do Poder Executivo foi conferido apenas o poder de *negar aplicação* a normas tidas por esta como inconstitucionais (e não o de declarar-lhes a inconstitucionalidade ou constitucionalidade), cabendo ao Poder Judiciário, nestúltima hipótese, exercer o controle sobre essa atividade, sobre a qual detém o *monopólio da última palavra*. Ao Poder Legislativo, no exercício de sua competência legiferante, nem mesmo esse poder limitado lhe foi deferido constitucionalmente<sup>178</sup>. Assim, até mesmo pela necessária diversidade de *objeto (declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade)*, manifesta-se a impossibilidade de equiparação da decisão do STF a um ato “com força de lei” no rigor da expressão.

É certo que o art. 468 do CPC atribui “força de lei” à sentença nos limites da lide das questões decididas nos processos *subjetivos*. Todavia, essa expressão, aplicada às sentenças *judiciais*, deve ser entendida *cum grano salis*, porquanto, a despeito dela, o regime jurídico das sentenças judiciais, ainda que transitadas em

---

*expulsão [do] acto inconstitucional do ordenamento, em princípio com efeitos ex-tunc, e sem possibilidade de revisescência.” (Justiça..., pp. 239-240.) (Grifou-se.)*

<sup>177</sup> “Enquanto um acto com força de lei, embora afecte a eficácia de um acto legal preexistente, pode ser ele próprio afectado por outro acto sucessivo portador da mesma força, uma decisão com força obrigatória geral não é susceptível de ser questionada por decisão posterior, já que tem força plena de caso julgado formal.” (*Id., ib.*, p. 240.)

<sup>178</sup> “Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.” (ADIn-MC nº 221. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. DJU: 22.10.1993. In: RTJ 151/331.) No seu voto vencedor, explicitou ainda o Relator: “Os Poderes Executivos e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei, e quando declaram a nulidade desses atos administrativos ficam sujeitos ao controle do Poder Judiciário, e poderão ser responsabilizados pelos prejuízos advenientes dessa declaração se este entender que inexistente a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade.”

julgado, é bastante diverso do regime jurídico dos demais atos com “força de lei”: basta cotejá-las com as medidas provisórias, editadas pelo Chefe do Poder Executivo com “força de lei” atribuída pela CF-88, que realmente têm tratamento jurídico equiparado, tanto quanto possível, às leis. De mais a mais, seria de discutível constitucionalidade uma disposição *infraconstitucional* (CPC, art. 468) que atribuísse, no sentido estrito da expressão, “força de lei” às sentenças judiciais, em face do princípio da separação de Poderes.

Cabe ainda ao STF no controle abstrato (e configura provavelmente tarefa bem mais complexa do que a de decidir se a lei é inconstitucional ou não) determinar, como ato *nulo de pleno direito* que é a norma inconstitucional, os efeitos *secundários, reflexos*, passíveis de serem por ela gerados, revestindo-os da *certeza e segurança* que só a *res judicata erga omnes* pode propiciar. Exerce o STF, por conseguinte, também um papel *clarificador*, uma vez que a incompatibilidade da norma constitucional com a que lhe é inferior hierarquicamente é normalmente mais difícil de apurar do que a existente entre duas normas do mesmo nível hierárquico, em virtude da inevitável diferença de *densidade normativa* entre a norma constitucional (em geral, mais vaga, abstrata, indeterminada) e a *infraconstitucional* (mais específica, concreta, determinada<sup>179</sup>).

Impende, ao ademais disso, enfatizar que a Constituição determinou (art. 102, I, *a*) competir ao STF julgar a ação direta de inconstitucionalidade “*de lei* ou ato normativo federal ou estadual”, bem como a ação declaratória de constitucionalidade “*de lei* ou ato normativo federal” (art. 102, § 2º, *in medio*).

Que é o que isso implica? Implica a exclusão do controle abstrato dos simples *projetos* de lei, os quais *ipso facto* não são *leis*. Importa, por igual, que a

---

<sup>179</sup> Bem o observou EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA ao versar a revogação por inconstitucionalidade superveniente, expressamente admitida pela Suprema Corte espanhola: “Este problema es de primera importancia, como fácilmente se comprende, para precisar el efecto normativo de la Constitución misma y su lugar real en el sistema, *pero no es, sin embargo, un problema de solución fácil, accesible a cualquiera, como suelen serlo, sin perjuicio de eventuales complejidades técnicas, los problemas ordinarios de la derogación de la Ley antigua por la Ley nueva, y ello por dos razones específicas atinentes ambas a la peculiaridad normativa de la norma constitucional. Primero, porque la norma constitucional, extraordinariamente concentrada en su formulación, y no obstante con pretensión informativa de la totalidad del ordinamiento, utiliza conceptos sumamente abiertos y con frecuencia imprecisos en sus contornos técnicos (por ejemplo, igualdad, art. 14; autonomía de los entes locales, art. 137, etc.; los dos ejemplos han dado ya lugar a sendas Sentencias del Tribunal Constitucional, las dos con efecto anulatorio de otras tantas leyes: la de 2 de julio y la de 2 de febrero de 1981), y, por tanto, imprecisas también en su eficacia normativa directa, de modo que esa eficacia no resulta fácilmente contrastable con las normas ordinarias precedentes, que son regulaciones específicas y detallistas y no una mera enunciación o expresión de principios de análogo carácter.*” (La Constitución..., p. 92-93.) (Grifou-se.) Daí a queixa, tantas vezes repetida, de que o juiz ou órgão administrativo muito mais facilmente aplica a lei específica ou a *portaria* inconstitucionais que a própria *Lex Fundamentalis*.

dicção do referido artigo não exige *vigência*, *eficácia*, da lei ou do ato normativo. Para exigí-la deveria ter dito: “de lei vigente”, ou “de lei não-revogada” ou ainda “de lei eficaz”. A exigência é, pois, tão-somente de *existência* da lei ou ato normativo. A *invalidade* (= inconstitucionalidade) não é *requisito de admissibilidade* da ação direta: pertence-lhe ao *mérito*, visto que sua declaração é o *pedido*, a *finalidade* da ação mesma.

#### 2.4.3.4. *Exceção à regra da revogação por inconstitucionalidade: o caso da inconstitucionalidade superveniente por mutação fática ou da interpretação da norma*

Como já se afirmou precedentemente (item 1.2.), há outras hipóteses de inconstitucionalidade superveniente além das decorrentes da entrada em vigor de (1) uma nova Constituição ou de (2) uma Emenda Constitucional: são as inconstitucionalidades supervenientes derivantes de (3) mutação fática e de (4) evolução na interpretação da Constituição e/ou da norma infraconstitucional.

Estas duas últimas espécies de inconstitucionalidade superveniente, pelas suas especificidades, *não se submetem ao mesmo regime jurídico* das duas primeiras (que é o da *revogação* da norma supervenientemente inconstitucional). Senão, vejamos.

Na hipótese de inconstitucionalidade superveniente derivada de mutação da realidade fática com a qual a norma guarda estreita correlação (“*tatsächlichen Verhältnisse*”, para os alemânicos), a norma constitucional é, em tal caso, anterior à entrada em vigor da norma infraconstitucional, que, por motivo de alteração do quadro fático ao qual ela adere, se torna, a partir dessa mesma alteração, inconstitucional. Por outra: a norma era, quando de sua entrada em vigor, *constitucional*, compatível com a Constituição, mas padeceu processo de *inconstitucionalização* em virtude de transmutações da realidade concreta, transfazendo-se em *inconstitucional*, fato que se dá *supervenientemente* à sua entrada em vigor, daí a terminologia empregada. A *norma em si mesma* não mudou *formalmente*: o que mudou foi a realidade fática.

Nessa hipótese (alteração do quadro fático gerante de inconstitucionalidade), há **inconstitucionalidade superveniente**, mas **não há revogação**, visto que a norma constitucional é *anterior* à norma que a vulnera. Ora, uma

norma *anterior* não pode jamais *revogar* uma norma cronologicamente *posterior*, porquanto a revogação pressupõe necessariamente a *posterioridade cronológica* da norma revogatória em relação à norma revogada.

Portanto, a consequência da inconstitucionalidade superveniente dimanante de alteração fática é a ***nulidade absoluta*** da norma, a partir do momento em que se completar o *processo de inconstitucionalização*, isto é, a partir do instante em que a norma deixar de ser constitucional e passar a ser inconstitucional<sup>180</sup> em razão da mutação fática. Esse exato momento, entretanto, normalmente é difícil de precisar.

Com a inconstitucionalidade superveniente resultante de evolução na interpretação da Constituição e/ou da norma infraconstitucional o fenômeno é similar: a norma em si mesma não mudou *formalmente*; o que variou foi a *sua interpretação* ou a *interpretação da Constituição-parâmetro*, de forma que não se possa mais conciliar a interpretação da norma infraconstitucional objeto de controle com a interpretação da Constituição-parâmetro.

Semelhantemente, a consequência da inconstitucionalidade superveniente decorrente de evolução na interpretação da Constituição ou da norma infraconstitucional objeto de controle ***não é a revogação***, mas sim a ***nulidade absoluta da norma infraconstitucional***, a partir do momento em que se completar o *processo de inconstitucionalização*, ou seja, a partir do instante em que a norma deixar de ser constitucional e passar a ser inconstitucional em razão da evolução da interpretação da Constituição e/ou da norma infraconstitucional objeto de controle. Contudo, esse exato momento normalmente também é difícil de precisar<sup>181</sup>, cabendo a cada juiz ou Tribunal identificá-lo, de acordo com as necessidades do caso concreto, ao declarar incidentemente a inconstitucionalidade superveniente da norma, bem como ao STF, no controle *abstrato*.

Em suma, pela impossibilidade lógico-jurídica de revogação de norma posterior por norma constitucional cronologicamente anterior, a consequência da

---

<sup>180</sup> Refere-se aqui, portanto, ao processo de inconstitucionalização não como processo de *agravamento, de intensificação* da inconstitucionalidade, mas sim como processo de passagem da constitucionalidade para a inconstitucionalidade.

<sup>181</sup> Poder-se-ia talvez adotar como um dos critérios objetivos possíveis para as instâncias ordinárias, a *data do julgamento* de uma ação no STF em que se tenha declarado a inconstitucionalidade (superveniente) da norma, no controle abstrato ou no concreto.

inconstitucionalidade superveniente por alteração da realidade fática e por evolução da interpretação da norma é a *nulidade absoluta* da norma infraconstitucional<sup>182</sup>.

#### 2.4.3.5. Da constitucionalidade superveniente

Sendo, como é, mera relação de incompatibilidade com uma Constituição, *aférivel a qualquer tempo*, pode perfeitamente suceder que em dado instante seja a norma compatível com uma Constituição, e, logo de seguida, mercê, *v.g.*, de uma Emenda à mesma Constituição, se torne inconstitucional. Não quer isso dizer, porém, que essa pecha (de *inconstitucionalidade*) tenha de ser forçosamente carregada *ad infinitum* pela norma que naquele determinado momento revelou-se incompatível com a Constituição em questão. Pode acontecer, *exempli causa*, que a Emenda Constitucional causadora de inconstitucionalidade superveniente seja, ela mesma, emendada (= revogada). A norma sofre agora processo de *constitucionalização*: deixa de ser inconstitucional e passa a ser *constitucional* (= compatível com a aludida Constituição). Reza-se de fenômenos, ainda muito pouco estudados, que, à falta de nomenclatura encontrável na doutrina e na jurisprudência, denominamos, em trabalho anterior<sup>183</sup>, de “*constitucionalidade superveniente*”, para referir ao *estado* de compatibilidade superveniente, e de “*constitucionalização superveniente*”, para aludir ao *processo* mercê e ao cabo do qual se chega à compatibilidade superveniente.

<sup>182</sup> *Mesmo no caso de a norma infraconstitucional ser cronologicamente anterior à Constituição-parâmetro*, se, no momento da entrada em vigor desta, não houver compatibilidade entre ambas, surgindo a inconciliabilidade apenas *em momento posterior*, em razão de (a) mutação fática ou de (b) evolução na interpretação da Constituição e/ou da norma infraconstitucional, não se pode considerar *revogada* norma infraconstitucional pela Constituição que se lhe seguiu, pois *o único momento em que pode ocorrer a revogação de uma norma é o instante em que a nova norma contrastante (revogadora) entra em vigor*. Assim, uma eventual *mutação meramente informal* da norma posterior não tem o condão de *revogar* a norma anterior, assim como o *mero desuso* de uma norma não é capaz de revogá-la. Portanto, uma mera alteração na interpretação jurisprudencial de uma norma constitucional não é hábil a *revogar* a norma infraconstitucional anterior até então compatível com ela, de acordo com a interpretação que se lhe emprestava. Essa nova *interpretação jurisprudencial* da Constituição pode tornar a norma infraconstitucional *inconstitucional a partir de então (inconstitucionalidade superveniente)*, mas não pode *revogá-la, até porque o Poder Judiciário não tem o poder de revogar leis, mas apenas o de interpretá-las e aplicá-las*. De maneira que a norma infraconstitucional poderia *deixar de ser aplicada* a partir de então *por ser tida como inconstitucional*, segundo a nova interpretação da Constituição, mas *não por ser havida como revogada*. O raciocínio ora exposto aplica-se tanto ao caso de o processo de inconstitucionalização começar a ocorrer após o advento da Constituição, quanto ao caso de iniciar-se antes do advento da nova Constituição, pois o que importa é que, no momento da entrada em vigor desta, o referido processo de inconstitucionalização *não se tenha completado*, de modo que *não* se possa afirmar que a norma *já era inconstitucional no momento da entrada em vigor da Constituição*.

<sup>183</sup> *Inconstitucionalidade e constitucionalidade...*, pp. 211-227. Também usam a expressão JULIANO TAVEIRA BERNARDES (*Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 49-58) e CANOTILHO e VITAL MOREIRA (citados pelo primeiro a pp. 52-53).

Mas não se pense que à norma *supervenientemente constitucional* seja aplicável o regime jurídico atinente à norma *supervenientemente inconstitucional*. Sim, porque a *conseqüência* da inconstitucionalidade superveniente é a cominação, *infallível*, visto que derivante do próprio ordenamento jurídico (*ipso iure*), da *sanção de nulidade absoluta*. Ou seja: uma vez tornada inconstitucional, atribui-lhe, *conseqüencialmente*, o ordenamento jurídico mesmo (*pleno iure*) a *sanção* correspondente ao *vício* de incompatibilidade com a Constituição, qual seja, a de nulidade absoluta. Essa pecha de *nulidade*, carregá-la-á a norma *ad infinitum*, ao revés da de *inconstitucionalidade*, que pode ser desfeita assim que a norma volte a ser constitucional.

No que toca à norma que se torna *novamente* constitucional (constitucionalidade sobreveniente), isto é, depois de haver sido inconstitucional (supervenientemente) e anteriormente constitucional, *não deixa ela de ser nula de pleno direito*. Deixa apenas de ser inconstitucional. A sanção (de nulidade absoluta) já foi aplicada pelo ordenamento (*ipso iure*). Não desaparecerá jamais.

Se o STF for chamado a pronunciar-se, em via abstrata, sobre sua constitucionalidade, poderia fazê-lo de forma similar a esta (provavelmente menos analítica): “Declara-se inconstitucional a norma **X no período Y**, com os efeitos que lhe são conaturais, ou seja, *reconhecendo-se* a sanção de nulidade absoluta cominada *ex proprio iure*, que, com o trânsito em julgado desta ação, passa a ser revestida da autoridade de *res iudicata erga omnes*. **No trato de tempo que medeia entre o fim do período Y até o momento do trânsito em julgado desta ação direta**, só podem ser reconhecidos à norma, como *ato nulo de pleno direito* que é (embora não mais inconstitucional *no vertente momento*), os efeitos *reflexos, indiretos, secundários* que a tais atos reconhece o próprio ordenamento jurídico, que, em face da norma argüida inconstitucional ora submetida a julgamento, são os subseguintes: *a, b, c, d, etc.*”

#### 2.4.3.6. Da conveniência do controle abstrato da legislação pré-constitucional

Demais dos argumentos estritamente jurídicos supracolacionados, há ainda *razões de conveniência* a especar a tese da *revogação por inconstitucionalidade*, que possibilita o controle abstrato da legislação pré-constitucional. Reconheceu-as o próprio KELSEN, adepto da tese de *mera revogação*:

“[...] Può essere giuridicamente assai difficile e politicamente assai importante risolvere la questione della compatibilità di queste vecchie legge con la costituzione. Può sembrare un male lasciarne la decisione alle varie autorità incaricate di applicare la legge, le cui vedute su questo punto potrebbero essere molto vacillanti.”<sup>184</sup>

Na mesma ordem de idéias, JORGE MIRANDA:

“As leis ordinárias anteriores à Constituição (ou a qualquer das suas revisões) contrárias às novas normas constitucionais deixaram de vigorar com a entrada em vigor dessas normas. Nem por isso, contudo, a declaração de inconstitucionalidade é inútil: mesmo se não altera o destino das normas de direito anterior, pelo menos, desempenha um importantíssimo papel de clarificação jurídica, de *ascertainment* dentro do sistema e na vida política e social.”<sup>185</sup>

Aduz, de seu turno, GARCÍA DE ENTERRÍA, criticando a tese da mera revogação abraçada, em voto vencido, por RUBIO LLORENTE:

“[...] Creo que la solución extrema propuesta por este voto particular [...] adolece de una *debilidad pragmática visible*, sobre la cual se ha edificado justamente la peculiaridad de la solución italiana. Esa debilidad está en que se consagra una *grave inseguridad jurídica* si se deja a una *multiplicidad de centros de decisión*, la que compone la *totalidad de jueces y Tribunales ordinarios*, resolver el problema del alcance que la promulgación de la Constitución supone efectivamente sobre todo el ordenamiento precedente. [...] El riesgo tanto de que no se compruebe nunca una derogación como de lo contrario, de que pueda verse siempre un contraste entre los principios constitucionales abiertos y una norma específica cualquiera, *es un riesgo notorio si se deja el problema en las manos de cualquier Tribunal*, y un riesgo que afecta a la vez a la *certeza del derecho y a la seguridad jurídica, por una parte, y a la concreción normativa de la propia Constitución, por otra.*”<sup>186</sup>

<sup>184</sup> *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 184.

<sup>185</sup> *Manual...*, p. 426.

<sup>186</sup> *La Constitución...*, p. 92-93. (Grifou-se.)



### 3. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Intensas polêmicas se travaram no passado acerca da real natureza da suspensão de execução, pelo Senado, de *leis* declaradas inconstitucionais, no todo ou em parte, por decisões definitivas de mérito do STF (CF-88, art. 52, X). Desde 1977, o STF entende que ela só é necessária no controle *incidental* efetuado pelo próprio STF, sendo despicienda no controle *abstrato*, o que indubitavelmente procede, visto como a declaração judicial de nulidade *in thesi* gera os *mesmos efeitos* (inclusive os *retroativos*) produzidos pela suspensão da eficácia da lei pelo Senado<sup>187</sup>.

A atuação do Senado, no entanto, não é ainda estreme de dúvidas. Seria tal “suspensão de execução de lei” o mesmo que *revogação*? A resolução constituiria ato legislativo, administrativo ou jurisdicional? Estaria o Senado constrangido a suspender a execução da lei ainda quando a julgasse inconveniente? Seria competência discricionária ou vinculada? Sendo discricionária, sê-lo-ia total ou parcialmente, ou seja, cifrar-se-ia no exame da regularidade *formal* da decisão do STF ou abarcaria outrossim o exame *substancial* (conteudístico) do decisório? Tal suspensão seria retroativa ou apenas *ex nunc*? Tratar-se-ia de ato revogável pelo Senado ou de ato definitivo? Seria necessária a *comunicação* do STF para que o Senado pudesse expedir a resolução?

Analisemo-las a uma e uma.

---

<sup>187</sup> Em verdade, além de gerar os mesmos efeitos da resolução senatorial, a declaração judicial de nulidade da norma *in thesi* pelo STF produz ainda um efeito que aquela não é capaz de gerar: o efeito vinculante. De feito, a resolução senatorial não pode produzir efeito vinculante porquanto a *própria CF-88 (arts. 102, § 2º, e 103-A) só o atribui às decisões do STF em ADIn e ADC e às súmulas aprovadas nos termos do art. 103-A (súmulas vinculantes)*, não havendo nenhum dispositivo constitucional que o estenda às resoluções do Senado (“**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. **Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar **súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, *terá efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”). A EC nº 45-2004 teve ensejo de estender o efeito vinculante à resolução do Senado, mas optou por não o fazer, estendendo-o apenas à ADIn e às súmulas vinculantes. Assim, editada a resolução senatorial a respeito da lei X, **não há, ipso facto**, a obrigação de declarar a inconstitucionalidade de leis **similares** a ela pelos órgãos do Poder Judiciário, nem a de afastar a aplicação destas, por inconstitucionalidade, pela Administração Pública.

### 3.1. Suspensão da execução de lei e revogação

A expressão “suspender a execução de lei” rende ensejo a variadas interpretações. Poder-se-ia aventar que se trata de *paralisação temporária* da eficácia da lei, ou seja, a lei não *perderia* (definitivamente) sua eficácia: esta ficaria apenas *suspensa, obnubilada, impedida momentaneamente* de atuar. Tal exegese implica conceber que, ocorrido um evento futuro que afaste a causa da “paralisação” de sua eficácia, ela tornará a vigor como dantes. Tal evento futuro seria a revogação da resolução suspensiva da eficácia da lei declarada inconstitucional. Não se trataria, portanto, de *revogação* propriamente dita, porquanto só o Congresso Nacional teria esse poder.

Dissidiamos, porém, desse entendimento. A voz “suspender” não indica ao presente, de consonância com os léxicos, maximamente os mais modernos, necessariamente *temporiedade, impermanência, transitoriedade*, nem pressupõe o *desenrolar* de um evento, o *evoluir* de um ato *em curso*. Pode equivaler, pois, nestúltima acepção, a *impedir*: quando se diz, *e.g.*, “suspender o pagamento dos salários”, não se pressupõe *necessariamente* que o pagamento já tenha começado a efetivar-se, por isso que pode perfeitamente significar que estes não chegaram sequer a ser percebidos por nenhum assalariado. Quanto à possibilidade de o vocábulo referir-se a interrupções *permanentes, definitivas*, é expresso, *v.g.*, o “Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa”, da editora Melhoramentos, *sub voce*: “Pôr cobro a; [...] adiar ou impedir, momentânea *ou definitivamente*: *Suspender* o despacho. *Suspender* a partida, a viagem. *Suspender* a execução do sentenciado.”

Relembrem-se ainda as “condições suspensivas” de que trata o Código Civil atual, com a mesma redação que passou pelo crivo abalizadíssimo de RUI BARBOSA ao corrigir a redação do Código Civil de 1916<sup>188</sup>. Enquanto não verificadas, a eficácia do ato fica *suspensa*. Ocorre que, *realizáveis* embora, *podem nunca vir a realizar-se concretamente*, hipótese em que a eficácia do ato ficará *definitivamente (por todo o sempre) suspensa*. Esse exemplo patenteia, com o adinículo do mais bem redigido de nossos Códigos já editados, que a suspensão não é *obrigatoriamente* transiente, passageira, por isso que pode ser *definitiva*.

<sup>188</sup> A redação do art. 125 do CC/2002 é idêntica à do art. 118 do CC/1916, salvo pela substituição da locução “ato jurídico” por “negócio jurídico”.

Ao ademais disso, a LICC (art. 2º, *caput*) dispõe que “a lei *terá vigor até que outra a modifique* [= derogue] *ou revogue* [= ab-rogue]”, desconhecendo, portanto, qualquer sorte de obscurecimento da eficácia das leis que não seja dimanante de *revogação* (= retirada *definitiva* da eficácia — vigência — da lei). Qualquer hipótese, pois, de suspensão *temporária* de lei só será admitida se insculpida na *Constituição* ou em *lei complementar posterior* à LICC, que foi pela CF-88 (art. 59, parágrafo único) recepcionada como lei complementar<sup>189</sup>. Serão, portanto, exceções à regra do art. 2º da LICC, exceções estas que deverão ser *expressas*, porque se não questione da sua efetiva ocorrência.

Ora, o art. 52, X, da CF-88 não foi expresso quanto a este particular, não especificou se a suspensão era *temporária* ou *definitiva*, de sorte que se pode perfeitamente entender, com espeque no art. 2º da LICC, que a suspensão de que fala o texto constitucional é *definitiva*, ou seja, é vera *revogação*.

Não deve causar espécie o fato de o Senado Federal dispor da *faculdade* de revogar leis para a *aprovação* das quais é indispensável o concurso da Câmara dos Deputados. Trata-se, é bem verdade, de *competência excepcional* do Senado, *possível porque querida pelo legislador constituinte originário*. Sua *excepcionalidade* se manifesta ainda pela necessidade de existência de decisão definitiva do STF, em sede de controle incidental, declaratória da inconstitucionalidade da lei. Não pode, portanto, o Senado revogar *toda e qualquer lei*: só pode revogar, de per si só, as leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva pelo STF, na fiscalização concreta. Sua excepcional competência autônoma em face da Câmara se adstringe apenas a esta sorte de leis.

---

<sup>189</sup> Regulamentando este dispositivo constitucional, foi editada a LC nº 95/98. No entanto, tal Lei tratou apenas de técnica legislativa. A nosso visto, o art. 59, par. único, da CF-88 não quis aludir *apenas* à técnica legislativa. Se assim fosse, o preceito constitucional deveria ter sido redigido (em boa técnica legislativa...) destarte: “Lei complementar disporá sobre a *técnica* de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” Mas não o fez o legislador, e nisso se houve bem. Ainda que esta haja sido a *intentio* do legislador (*mens legislatoris*), não é isso o que aparece objetivamente querido na lei (*mens legis*). Configuraríamos um dos casos roborizadores da máxima segundo a qual a lei sói ser mais arguta que o legislador, pois muito há que a doutrina tem ressaltado a natureza de “normas de sobredireito” de muitas das normas albergadas na LICC. Assim, enquanto não for editada uma lei complementar que disponha sobre a matéria “de sobredireito” versada na LICC, remanescerá esta com a eficácia de lei complementar, por assim ter sido recepcionada pela CF-88, art. 59, parágrafo único.

### 3.2. Natureza jurídica da resolução senatorial

O STF, em antigos acórdãos, negou natureza legislativa à resolução senatorial, sem, contudo, indicar qual seria a sua natureza (se jurisdicional ou administrativa), asseverando apenas que seria um ato “complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta” (MS nº 16.512 e MS nº 16.519).

Nem poderia tê-lo feito. Se afirmasse que a resolução senatorial era de natureza jurisdicional, como poderia compatibilizá-lo com a asserção, constante do mesmo acórdão, de que a resolução não poderia adentrar no mérito da decisão do STF, mesmo que só valesse para outros casos? Que ato jurisdicional seria esse que não julgaria nunca o mérito da “causa”? E como compatibilizá-lo com o caráter político da resolução senatorial, já que no mesmo acórdão se assentou que o Senado não estava obrigado a editar a resolução, mas poderia fazer um juízo político de “conveniência e oportunidade” acerca da edição ou não da resolução? Um ato jurisdicional e político a um só tempo é algo difícil de aceitar. Um ato jurisdicional facultativo (o órgão só julga se quiser) viola os mais elementares princípios da ciência jurídica moderna.

Se afirmasse que a resolução senatorial era de natureza *administrativa*, como poderia justificar que um ato *administrativo* do Senado pudesse suspender a eficácia de uma lei? Insta ainda salientar que embora o acórdão no MS nº 16.519 frisasse que não cabe mandado de segurança contra *lei* em tese e só a representação de inconstitucionalidade (equivalente da ADIn no regime constitucional anterior) coubesse contra ela, conheceu-se do MS *como representação de inconstitucionalidade!* Se a resolução não tinha natureza *normativa*, como pôde ser objeto de representação de inconstitucionalidade?

Tais incoerências demonstram a sem-razão da recusa de natureza *legislativa* à resolução senatorial sob comentário. A propósito, a CF-88 insere as *resoluções* entre as *espécies legislativas* (art. 59, VII). Ora, se uma resolução qualquer tem natureza legislativa, *a fortiori* deve tê-la a resolução senatorial em questão, porque capaz, *ope constitutionis*, até mesmo de revogar quaisquer leis (complementares inclusive), dêis que declaradas inconstitucionais pelo STF.

À derradeira, se o próprio acórdão do STF (que é um órgão jurisdicional), quando declara a inconstitucionalidade de lei no controle *abstrato*, *teria eficácia de lei* (porque revogaria a legislação inconstitucional), atuando o STF como

“legislador negativo”<sup>190</sup>, por que a resolução do Senado (que é um órgão legislativo) não teria *natureza legislativa*, se o seu *efeito* é o mesmo (estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todos) do acórdão do STF no controle concentrado?

### 3.3. Competência discricionária e competência vinculada

Sendo, como à verdade é, a resolução do Senado *ato revogatório*, manifestação de sua função legislatória (negativa), não pode ela ser *vinculada*. Não se pode obrigar o Senado a legislar (positiva ou negativamente), pois tal importaria afronta à liberdade pessoal dos integrantes daquela Alta Casa, atento que se cuida, *in casu*, de *obligatio faciendi* (cujo cumprimento *manu militari* não pode nem mesmo ser exigido de *particulares*, quanto mais de indivíduos investidos de elevada função legislativa, revestidos, por isso mesmo, de imunidade parlamentar). Implicaria, portanto, ofensa à independência do Poder Legislativo o fato de um Poder (Judiciário) ordenar que outro cumpra atividade originária, típica sua, de natureza incontendivelmente discricionária, sujeita tão-somente à conformidade com a Constituição, de quem recebe o dito Poder *Constituído* a autorização do Poder *Constituinte* para legiferar.

Entanto, não pode o Senado adentrar no exame do *mérito* da decisão do STF, por força do *princípio da separação dos Poderes* (funções). Já no que faz à regularidade *formal* da decisão do STF (*e.g.*: *quorum*), o Senado tem a faculdade de apreciá-la, *pois não há malferição ao sobredito princípio constitucional*. Demais, como se cura de *pressuposto de validade* da resolução senatorial, dispõe o Senado do **direito** de indigitar as *nulidades absolutas* do julgado (assim como qualquer jurisdicionado), até mesmo para que não seja postulada judicialmente no STF a *nulidade* da própria resolução, contaminada pela nulidade absoluta do *decisum*.

Por outro lado, não há nenhuma *lei* específica (CF-88, art. 5º, II) que o adscrava a editar a resolução. Se não há lei, não pode haver (como de fato não há)

---

<sup>190</sup> Este é um argumento *ad hominem*, porquanto visa a demonstrar que *segundo a jurisprudência do próprio STF* (que lhe reconhece o papel de “legislador negativo”), não teria sentido negar natureza legislativa à resolução senatorial. No entanto, como já salientado, não concordamos com a idéia de que o STF desempenhe no sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade o papel de “legislador negativo”, pois é um órgão *judicial* no exercício de atividade *jurisdicional*, proferindo decisões de *natureza judicial* sobre a validade e a nulidade de normas, e não sobre a sua eficácia (revogação). O STF não *revoga* normas inconstitucionais: *declara-as absolutamente nulas*.

*sanção* alguma ao “descumprimento” ou retardo do Senado em exercitar sua excepcional competência legislatória negativa.

Sua pretendida “obrigação” também não pode advir da coisa julgada produzida pela decisão definitiva do STF, por isso que, tratando-se de controle *concreto*, o Senado não pode ser prejudicado por essa decisão (salvo se for parte a União Federal), pois não era (nem poderia ser...) *parte* naquela *actio*, não sendo, pois, envolto pela autoridade da coisa julgada, que, *in casu*, só poderia ser *inter partes*<sup>191</sup>. *Em qualquer caso* (ainda que seja parte a União), porém, não poderá o Senado ser prejudicado pelo acórdão do STF, pois este *jamais* poderá, sob pena de nulidade absoluta, determinar ao Senado que expeça a resolução *sem estear-se numa lei que o constanja a tal*, lei esta que teria de contar com a aprovação do Senado.

Milita ainda a prol da **discricionariedade absoluta** do Senado **quanto à edição ou não da resolução** uma relevante razão de *conveniência*. Ao Senado não se pode negar o **direito** de aguardar a *reiteração* da jurisprudência do STF em torno à matéria, sabido como é que não poucas vezes o STF modificou entendimentos anteriores, até mesmo já cristalizados em súmulas. Não se pode negar ao Senado o livre julgamento da *conveniência e oportunidade* da medida revogatória; do contrário, supérflua seria a sua atuação. Converter-se-ia, na contundente expressão do preeminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, em simples “porteiro dos auditórios para solenizar a decisão do Supremo Tribunal Federal”<sup>192</sup>. A ser assim, melhor fora que a Constituição houvesse

<sup>191</sup> Não se olvide ainda que no controle incidental a declaração de inconstitucionalidade só faz coisa julgada (*inter partes*) se a parte o requerer por meio de *ação declaratória incidental* (CPC, art. 325), o que mui raro se faz.

Não se deslembre, por igual, de que não há unanimidade entre os doutrinadores acerca da possibilidade de ajuizamento de *ação declaratória incidental* (ADI) para resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade. BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*. 21<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 180), *v.g.*, não a admite, alegando que a ADI só pode versar sobre a declaração de existência ou inexistência de *relação jurídica*, consoante o art. 5<sup>o</sup> do CPC. No entretanto, estúltimo argumento afigura-se-nos, *concessa maxima venia*, improcedente, uma vez que declarar (ao resolver *quæstio præiudicialis* ou *quæstio principalis* em ação direta) a inconstitucionalidade de uma norma é declarar a *existência* ou a *inexistência* de uma **RELAÇÃO JURÍDICA** de *compatibilidade* ou de *incompatibilidade*. A *relação* de constitucionalidade é uma *relação jurídica* de compatibilidade, enquanto a *relação* de inconstitucionalidade é uma *relação jurídica* de incompatibilidade entre uma norma (ou seu processo de elaboração) e a Constituição (= parâmetro de comparação).

No que toca aos demais *pressupostos processuais* e *condições da ação* (interesse de agir, legitimidade, possibilidade jurídica do pedido) declaratória incidental, poder-se-ia argumentar ainda que ela poderia visar a declarar a existência ou inexistência de qualquer *relação jurídica* **OBRIGACIONAL** *válida decorrente da norma* alegadamente inconstitucional ou constitucional. Tal declaração surtiria o **mesmo efeito prático** da declaração incidental (em ADI) da existência ou inexistência de relação jurídica de (in)constitucionalidade da *própria norma*. Ou seja: em *outro processo*, já não poderiam as mesmas partes *discutir* se a norma era constitucional ou inconstitucional *para o fim de dela extrair qualquer direito*, pois isso (existência ou não de tais direitos) já fora decidido com eficácia de *res iudicata*.

<sup>192</sup> O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 97.

estabelecido que as declarações de inconstitucionalidade no controle *incidental* efetuadas pelo STF fariam, qual se admite façam no controle *concentrado*, coisa julgada *erga omnes* (o que, aliás, não deixaria de ser de má técnica). Mas não o fez, e nisso se houve bem.

### 3.4. Eficácia retroativa e eficácia prospectiva

Sendo ato revogatório, a resolução do Senado pode, *eventualmente*, produzir efeitos *ex tunc*, com tal condição que (1) não prejudique ato jurídico perfeito, coisa julgada ou direito adquirido algum, e (2) tal retroeficácia seja manifestamente deduzível de sua literalidade.

Exemplo de resolução senatorial *retroativa*: a resolução que revoga (= suspende a eficácia de) **lei penal incriminadora**. Por ser mais *benéfica* ao acusado/réu do que a norma incriminadora, já que *a revoga (abolitio criminis)*, a *Lex Fundamentalis* impõe a sua **retroação** (art. 5º, XL). Não deve causar espécie, portanto, a **potencial** retroatividade da *resolução* senatorial pelo fato de esta possuir caráter revogatório, assim como não causa estranhez alguma a retroatividade das *leis* penais abolitivas de crime (mais benéficas que as incriminadoras).

O que determinará se a resolução produzirá efeitos retroativos ou apenas *pro futuro* será o **próprio acórdão do STF**. A resolução tem de guardar **simetria** com ele. Se o acórdão do STF operar efeitos *ex tunc*, produzi-los-á por igual a resolução senatorial. Se o acórdão do STF produzir efeitos meramente *ex nunc*, gerá-los-á talqualmente a resolução senatorial. O Senado não tem competência constitucional que lhe permita *restringir* ou *dilargar* a **eficácia temporal** da decisão do STF. A tanto não vai o seu juízo de conveniência e oportunidade.

A possibilidade irrefutável de **retroação** dos efeitos da resolução senatorial alui por terra a tese que intenta provar o caráter *não-revogatório* da resolução, alegando que o *ato revogatório* não pode retroagir, e como a resolução do Senado o pode, não poderia ela ser um *ato revogatório*, mas sim um *ato suspensivo*. Nada mais inveraz.

Com efeito, esta errônea tese parte da *falsa premissa* de que o *ato revogatório* não pode retroagir. Ora, como visto foi, a lei penal que revoga uma lei incriminadora, abolindo um crime (*abolitio criminis*), por ser mais benéfica (*lex mitior*) **retroage** por **imposição** da própria Constituição, que *literalmente* determina: “a lei

penal não *retroagirá, salvo para beneficiar o réu*” (art. 5º, XL). Por aí se infere que não tem cabida a tentativa de esboçar uma distinção entre *ato revogatório* e *ato suspensivo* com fulcro na impossibilidade de retroação do ato revogatório.

Demais disso, como os *pressupostos* para a retroatividade dos *atos normativos* (revogatórios ou não-revogatórios) são os mesmos para a retroatividade dos *atos judiciais* declarativos de nulidade<sup>193</sup>, *é impossível que o acórdão do STF possa retroagir em determinado caso e a resolução do Senado não possa retroagir no mesmo caso, e vice-versa.*

De feito, a vedação contida no art. 5º, XXXVI, da CF-88, segundo o qual “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, tem sido interpretada pelo STF como compreensiva das *decisões judiciais*, por terem “*força de lei* nos limites da lide e das questões decididas” (CPC, art. 468). Destarte, não só as leis, mas, igualmente, as *decisões judiciais* não poderão prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. De maneira que o *regime jurídico* é o mesmo tanto para as leis como para as decisões judiciais: se determinada lei não pode retroagir para alcançar dado ato jurídico perfeito, nenhuma decisão judicial poderá retroagir para alcançá-lo, e vice-versa.

Ocorre que isso não implica que as decisões judiciais declaratórias de nulidade por inconstitucionalidade não possam atingir *nenhum* ato jurídico perfeito e nenhum direito adquirido. Os atos jurídicos perfeitos *inválidos*<sup>194</sup> e os direitos adquiridos *inválidos*<sup>195</sup> podem ser atingidos pelas decisões judiciais declaratórias de nulidade por inconstitucionalidade. Tais são os atos jurídicos perfeitos e os direitos adquiridos formados *em razão da lei declarada nula por inconstitucionalidade*. Um direito adquirido *em virtude da lei declarada inconstitucional*, não é um direito *validamente adquirido*, pois a invalidade da norma inconstitucional contamina os *efeitos* dela decorrentes, que também se tornam *inválidos*. Um ato jurídico perfeito celebrado *com base na lei declarada inconstitucional* não é um ato jurídico *validamente* celebrado.

---

<sup>193</sup> Convém a saber: (a) não prejudicar ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, e (b) manifesta intenção de retroagir.

<sup>194</sup> O adjetivo “perfeito” refere-se aos elementos de *existência* do ato, e não aos elementos de *validade*.

<sup>195</sup> A nosso ver, os atos jurídicos perfeitos e os direitos adquiridos fundados em lei inconstitucional *existem*, mas *invalidamente*. Dissentimos, portanto, dos que entendem que “*não há* direito adquirido contra a Constituição”: direito adquirido *há* (plano da *existência*), mas *inválido* (plano da *validade*). Outra não poderia ser a conclusão, pois, em regra, a *sanção* para a inconstitucionalidade é a *nulidade absoluta*, e não a inexistência (nem mesmo jurídica).



Se assim não fosse, quase nenhuma seria a diferença entre nulidade e anulabilidade. Nisto se estrema primordialmente o ato nulo do ato meramente anulável: a *invalidade dos efeitos* do ato *nulo* principia desde seu nascimento (*ex tunc*), ao passo que a *invalidade dos efeitos* do ato *meramente anulável* só começa após a decisão anulatória do ato (*ex nunc*). De modo que se não se pudessem considerar inválidos os atos praticados com fulcro em norma nula (por inconstitucional), esta não se distinguiria em quase nada de uma norma anulável.

É óbvio que *nem todos* os direitos adquiridos e *nem todos* os atos jurídicos perfeitos *gerados pela lei declarada inconstitucional* serão *inválidos*, porquanto, para salvaguarda de outras normas constitucionais, podem ser *excepcionalmente* reconhecidos como *válidos* alguns efeitos secundários dos atos absolutamente nulos (teoria da paraeficácia do ato nulo).

Diverso é, contudo, o regime da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional. A coisa julgada inconstitucional pode ser rescindida judicialmente, mas *pela sua própria natureza preclusiva*<sup>196</sup>, destinada à garantia da segurança jurídica e da paz social, tal rescisão deve obedecer a um prazo igualmente preclusivo<sup>197</sup>, que presentemente é de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 495).

Eventual insubmissão da possibilidade de desconstituição da coisa julgada a um prazo extintivo malferiria a própria finalidade do instituto da coisa julgada, que é a de resolver os conflitos, de eliminar controvérsias, de promover a segurança jurídica e a paz social, fim último do próprio Direito.

Ora bem, se as ações relativas a questões *ainda não decididas pelo Poder Judiciário*, assujeitam-se, em geral, a prazos prescricionais e decadenciais, em obséquio à promoção da segurança jurídica e da paz social, *com maioria de razão* as ações concernentes a *causas já decididas pelo Poder Judiciário* devem submeter-se a um prazo extintivo, em homenagem a esses mesmos valores jurídicos supremos.

Sucede que, *excepcionalissimamente*, também o princípio da segurança jurídica em que se funda a coisa julgada pode ser *relativizado* em face de outro princípio jurídico (como, *e.g.*, os princípios da Justiça e da moralidade da

---

<sup>196</sup> A coisa julgada é denominada por muitos como a “preclusão máxima”.

<sup>197</sup> O termo é aqui usado em sentido amplo. O prazo da ação rescisória no direito brasileiro é *decadencial*, pois a ação é *constitutiva negativa* (desconstitutiva).

Administração) que assuma *peso concreto maior* na situação concreta, até porque, como já proclamou o STF, *não há direitos absolutos*.

Portanto, o regime da *coisa julgada inconstitucional* é algo diferente do regime dos atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos *inconstitucionais*. Seu regime mais se aproxima do regime dos atos *anuláveis*. Embora possa ser *desconstituída*<sup>198</sup>, essa desconstituição só pode acontecer, em regra, dentro de um prazo decadencial e na via própria (que é a ação rescisória), findo o qual pode, *excepcionalissimamente*, ocorrer, fora da via da ação rescisória, se presentes os pressupostos indispensáveis à sua relativização.

Todavia, poder-se-ia pensar: pode o Senado desconstituir a coisa julgada inconstitucional *mediante simples resolução* (que tem natureza legislativa) *sem ofender o princípio da separação dos Poderes*, que não pode ser vulnerado *nem mesmo por Emenda Constitucional* (CF-88, art. 60, § 4º)? O Poder Judiciário pode desconstituir decisões *judiciais* transitadas em julgado sem contrair ao princípio da separação dos Poderes, mas poderia o Senado fazê-lo *mediante resolução*?

Acontece que quando o STF declara a inconstitucionalidade e, portanto, a nulidade, de uma norma, tanto no bojo de uma lide subjetiva (como questão prejudicial à questão principal)<sup>199</sup>, quanto num processo objetivo (como questão principal), essa declaração não tem o poder de *desconstituir automaticamente, por virtude própria*, todos os atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e coisas julgadas *inconstitucionais* (*i.e.*, fundados na lei por ele declarada inconstitucional).

Justamente porque a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade (*incidenter tantum* ou *principaliter*) tem eficácia *meramente declaratória* (e não desconstitutiva), há necessidade de que o ato fundado na lei declarada inconstitucional pelo STF seja desconstituído *pelas vias próprias, o que inclui a via judicial*. Ou seja: se o ato não for *desconstituído voluntariamente* pelas partes interessadas, será indispensável o recurso à via judicial, com o ingresso da ação judicial cabível, para que seja *desconstituído judicialmente*.

---

<sup>198</sup> À *semelhança* dos atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos *inconstitucionais*, que, no entanto, não são propriamente “desconstituídos” pela decisão judicial (que não tem eficácia desconstitutiva), mas sim *declarados* nulos.

<sup>199</sup> Quando o STF declara *incidentalmente* a inconstitucionalidade de uma norma, isso não o dispensa de julgar a *questão principal*, a qual poderá ter eficácia declaratória, (des)constitutiva, condenatória ou mandamental, conforme a natureza da ação, que é definida de acordo com o pedido principal. É da resolução da questão principal que pode resultar a eficácia *desconstitutiva*, e não da solução da questão prejudicial sobre a inconstitucionalidade da norma.

Como ao claro se vê, a declaração de inconstitucionalidade (e, portanto, de nulidade) da norma pelo STF apenas serve de *fundamento jurídico* para a *desconstituição* do ato jurídico *fundado na norma inconstitucional*, desconstituição que deverá ser levada a efeito *na via adequada e no prazo permitido em lei*<sup>200</sup>. Se, v.g., determinada sentença produziu *coisa julgada inconstitucional*, porque a sentença foi *fundamentada* em lei declarada inconstitucional pelo STF, a declaração da inconstitucionalidade da lei pelo STF apenas servirá de *fundamento jurídico*<sup>201</sup> para a propositura da ação rescisória, que deverá ocorrer dentro no prazo bienal contado do trânsito em julgado da sentença, consoante determina o art. 495 do CPC.

Será, por conseguinte, sempre o *próprio Poder Judiciário* que *desconstituirá* a coisa julgada inconstitucional<sup>202</sup>, *nunca o Senado*, inexistindo, portanto, infração ao princípio pétreo da separação dos Poderes.

Em sendo assim, *mesmo no caso de coisa julgada inconstitucional*, a resolução do Senado não poderá ter efeito diverso do da decisão do STF declaratória de inconstitucionalidade, pois se esta não terá o efeito de desconstituir a coisa julgada inconstitucional, tampouco poderá a resolução senatorial ter esse efeito desconstitutivo. Confirma-se assim a premissa assentada há pouco de que *é impossível que o acórdão do STF possa retroagir em determinado caso e a resolução do Senado não possa retroagir no mesmo caso, e vice-versa*.

### 3.5. “Efeito repristinatório” ou não da resolução

Mesmo sendo um ato legislativo revogatório, e não um ato declaratório de nulidade (como a decisão do STF no controle abstrato e no difuso), a resolução senatorial tem “*efeito repristinatório*” *automático*. De acordo com a LICC (art. 2º, § 3º)<sup>203</sup>, uma lei só poderá repristinar outra se *expressamente* o declarar. Destarte, a resolução senatorial só poderia “repristinar” a lei anterior à lei declarada

<sup>200</sup> Os atos jurídicos perfeitos *inconstitucionais* e os direitos adquiridos *inconstitucionais* poderão ser desconstituídos dentro dos prazos extintivos previstos em lei para o ajuizamento das respectivas ações específicas.

<sup>201</sup> *Que poderá ser afastado* pelo Tribunal ao julgar a ação rescisória se a decisão do STF tiver sido proferida no controle *incidental*, mas que *não poderá ser afastado* pelo Tribunal se a decisão do STF tiver sido prolatada no controle *abstrato*.

<sup>202</sup> Quer mediante ação rescisória, quer mediante relativização da coisa julgada (que prescinde de ação rescisória), nos casos excepcionalíssimos em que esta for admissível.

<sup>203</sup> “**Art. 2º.** [...] **§ 3º.** *Salvo disposição em contrário*, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

inconstitucional pelo STF se *expressamente* dispusesse nesse sentido<sup>204</sup>. Sucede que, admitido o “efeito repristinatório” automático da decisão do STF, impõe-se admitir, por igual, o “efeito repristinatório” automático da resolução senatorial. Esta só não terá “efeito repristinatório” automático quando o acórdão do STF for expresso quanto à não-repristinação (analogicamente ao disposto no art. 27 c/c art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868-99 a respeito da ADIn e da ADC).

Mas nada impede que o Senado, para maior clareza, faça constar no texto da resolução a ressalva de que esta produzirá a “repristinação” da lei anterior à lei declarada inconstitucional pelo STF, em virtude do “efeito repristinatório” da decisão do STF<sup>205</sup>.

### 3.6. Revogabilidade ou não da resolução suspensiva

Cuidando-se de ato revogatório do Senado, não é, ele mesmo, revogável insuladamente pelo próprio Senado. Não é, de outra parte, possível *repristinar* a lei declarada inconstitucional cuja execução foi suspensa (= que foi revogada), a não ser que houvesse o concurso da Câmara dos Deputados. Mas nessa hipótese já não seria *revigorada* pelo Senado apenas, no exercício de sua excepcional competência legislatória *negativa*, porém sim por lei *obediente ao processo legislativo normal*.

### 3.7. Desnecessidade de comunicação formal ao senado

Quanto à necessidade da comunicação do STF ao Senado, entendemos não ser ela *indispensável* para que o Senado possa expedir a resolução revogatória, visto

<sup>204</sup> Todavia, em rigor, não há *autêntica repristinação* nesse caso (assim como a decisão do STF não produz autêntica repristinação), haja vista que a lei declarada inconstitucional, por ser absolutamente nula *ab initio*, não tem sequer o poder de revogar validamente lei nenhuma. Assim, a rigor, a lei primitiva não precisa ser *revigorada* (= repristinada), porque nunca foi revogada (validamente), nunca perdeu o seu vigor, a sua vigência. Se não há autêntica repristinação, não é aplicável à resolução senatorial a exigência de repristinação *expressa* prevista na LICC (art. 2º, § 3º).

<sup>205</sup> Semelhantemente, no sistema austríaco, em que a decisão da Corte Constitucional tem natureza não só jurisdicional, mas *verdadeiramente legislativa (negativa)*, da *publicação* da decisão da Corte deve constar, em qualquer caso, *se e quais* normas serão *revigoradas*, consoante determina a própria Constituição: “**Article 140.** [...] (6) Si une loi est annulée pour inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle, toutes les dispositions législatives qui ont été abrogées par cette loi rentrent en vigueur le jour où l’annulation prend effet, à moins que l’arrêt de la Cour constitutionnelle n’en dispose autrement. La publication de l’annulation de la loi mentionnera également si d’anciennes dispositions législatives rentrent en vigueur et lesquelles.” (Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 26.02.2007.)

como o *único requisito* constitucionalmente estatuído (nem há norma regimental do STF que *condicione* a expedição da resolução à comunicação) para que o Senado possa expedi-la é a *existência* (e não sua cientificação formal) de “lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Portanto, ainda que o STF não dê *formalmente ciência* ao Senado (ou durante o período que mediar entre o trânsito em julgado da decisão e o recebimento da comunicação) pode o Senado expedir a resolução revogatória.

A corroborar esse entendimento, dispõe o Regimento Interno do Senado (arts. 386 e 388) que tal comunicação pode dimanar do STF, do Procurador-Geral da República, e bem assim da CCJ (*Comissão de Constituição e Justiça*).

### 3.8. Mutação jurisprudencial

*Quid juris* se o STF mudar de orienta o antes que o Senado se manifeste? Exemplo: se, em decisão definitiva (no controle concreto) *posterior* e *contrária*   primeira, o STF decidir que a lei *não   inconstitucional* como dantes havia julgado, o Senado poderá ou não expedir a resolu o revogatria?

A nosso ver, não   relevante para tal fim o *atual* entendimento do STF acerca da matéria: o Senado poderá revogar a lei declarada inconstitucional *a qualquer tempo* pelo STF. A CF-88 não estatuiu nenhuma regra que condicionasse a expedi o da resolu o   conformidade com a primeira, segunda, terceira ou última decisão do STF em derredor do tema. Basta tão-somente que *tenha existido* uma decisão que tal, até porque o Senado não se encontra vinculado a nenhuma das decisões.

De outra parte, têm se requer que a lei seja *de fato, realmente, verdadeiramente* inconstitucional para que a resolu o senatorial seja *válida*: exige a *Lex Legum* s  e unicamente que *exista* uma *declara o de inconstitucionalidade* de lei por decisão definitiva do STF no controle difuso.

### 3.9. Controle da constitucionalidade da resolu o

Sendo um ato de natureza *legislativa*, a **própria resolu o senatorial** pode ser *inconstitucional*, e, conseqüentemente, pode ser objeto de controle de constitucionalidade, seja *concreto*, seja *abstrato*.

De feito, a própria resolução do Senado pode ser inconstitucional formal e/ou materialmente. Exemplo de inconstitucionalidade *formal* da resolução: insuficiência de *quorum*. Exemplos de inconstitucionalidade *material* da resolução: ampliação indevida do alcance da decisão do STF; modificação de seu sentido; restrição indevida de seus efeitos<sup>206</sup>, *et reliqua*.

Destarte, qualquer juiz pode declarar *incidenter tantum*, em casos que tais, a inconstitucionalidade da própria resolução do Senado, como já o fez o STF. No entanto, o STF tem competência para declarar, **no julgamento de ADIn ou ADC**, a inconstitucionalidade da resolução senatorial, considerada a natureza de *norma legal nacional* de que esta se reveste. Tal declaração produzirá efeito de *res iudicata adversus omnes*, independentemente, pois, de nova resolução senatorial revocatória da anterior.

### 3.10. Posição hierárquico-normativa da resolução

A resolução do Senado **possui a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF**. Se for uma *lei complementar*, a resolução senatorial que lhe suspender a eficácia terá igualmente eficácia de lei complementar, e, portanto, não poderá ser revogada por uma simples lei ordinária. Se for uma *lei ordinária*, a resolução do Senado terá eficácia de lei ordinária, e poderá ser revogada por outra lei ordinária posterior. Se for uma *emenda constitucional*<sup>207</sup>, a resolução senatorial terá, por igual, eficácia de emenda à Constituição. Se for uma *norma constitucional originária estadual*, a resolução do Senado terá, talqualmente, eficácia de norma constitucional originária de Estado-membro. Se for uma *lei estadual*, a eficácia da resolução será de lei estadual.

Não há, como se vê, uma eficácia *única, geral, imutável*, atribuível a toda e qualquer resolução do Senado suspensiva da lei declarada inconstitucional pelo STF: a estatura hierárquico-normativa da resolução *variará* conforme varie a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF.

<sup>206</sup> Cfr. MS nº 16.512. Rel.: Min. OSWALDO TRIGUEIRO. In: *RTJ* 38/5. Vede ainda: *RTJ* 39/628.

<sup>207</sup> Certo é que a CF-88 (art. 52, X) prescreveu que só as **leis (federais, estaduais ou municipais)** podem ser objeto de resolução senatorial, excluindo assim os atos normativos *infralegais*. De fato, a norma do art. 52, X, da CF-88 é *excepcional*, devendo, *ipso facto*, ser interpretada *restritivamente*. Todavia, **a CF-88 é uma lei**, a Lei Maior, a Lei das Leis, a Lei Fundamental (*Lex Major, Lex Legum, Lex Fundamental*). Não estão, pois, as normas introduzidas por *emendas constitucionais* impedidas de ser objeto de resolução senatorial.

No entretanto, como o STF não admite a possibilidade jurídica da declaração de inconstitucionalidade de *normas originárias* da Constituição Federal de 1988 (*i.e.*, normas constitucionais não introduzidas por emendas, derivantes do Poder Constituinte Originário), a resolução do Senado *jamaís* poderá ter a eficácia de norma constitucional *originária* da CF-88, pois que tem por pressuposto inelidível a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF, declaração esta impossível *in hoc casu*.

### **3.11. Conclusões parciais**

Em apertada síntese: a resolução do Senado é ato *normativo revogatório, discricionário* quanto à sua edição, *potencialmente* retroativo, *definitivo* (irreformável isoladamente pelo Senado), com *eficácia idêntica à da lei* declarada inconstitucional, sujeito aos controles *difuso e concentrado* de constitucionalidade, incondicionado à *cientificação* formal do STF, sendo bastante o *trânsito em julgado* do acórdão (ou a sua *imodificabilidade*, por *preclusão*) declaratório *in concreto* de inconstitucionalidade *de lei*, independentemente de refletir ou não a *atual* orientação jurisprudencial do STF.

#### 4. EFICÁCIA DAS DECISÕES DEFINITIVAS DO STF EM ADIN E ADC: ESPECIFICIDADES DO CONTROLE CONCENTRADO

##### 4.1. A natureza objetiva do processo constitucional e suas implicações

Da natureza *objetiva* do processo emergem os principais característicos de controle abstrato de constitucionalidade, que o estremam do controle concreto. Mas o processo objetivo não é de todo em todo diferente do processo subjetivo. Mister se faz, portanto, identificar e compreender as especificidades do processo objetivo para compreender as especificidades do próprio controle abstrato de constitucionalidade em relação ao controle difuso.

##### 4.1.1. É possível um processo sem partes?

Constitui um lugar-comum a afirmação de que o processo objetivo de controle de constitucionalidade é um “processo sem partes”, ao menos no sentido técnico-processual, uma vez que não há a postulação de direitos e interesses *subjetivos, concretos*.

Mas será mesmo possível a existência de um processo *judicial* sem partes?

Quer-nos parecer que a existência de partes, assim como a existência de um órgão julgador, é essencial à noção de *processo judicial*. Sem partes e/ou sem juiz não há *processo judicial*. O processo objetivo é um processo judicial: não pode, por conseguinte, prescindir de um de seus elementos *essenciais* sem desfigurar-se como tal.

A inexistência de interesse processual *concreto* e a impossibilidade de postulação de direitos *subjetivos* (individuais ou coletivos) e de *controvérsia* sobre estes não importam na inexistência de partes nos processos objetivos.

No processo objetivo há uma pessoa (física ou jurídica) ou um órgão dotado de personalidade judiciária que *deduz uma pretensão* (parte autora, legitimado ativo, requerente) e uma pessoa (física ou jurídica) ou um órgão dotado de personalidade judiciária *contra quem essa pretensão é deduzida* (parte ré, legitimado passivo, requerido), pessoas e órgãos estes que são verdadeiros *sujeitos processuais*,



com *direitos e deveres* processuais<sup>208</sup> (arts. 14 *et seqq.* do CPC, aplicáveis subsidiariamente, no que couber).

É verdade que, em razão da natureza objetiva do processo, a *pretensão é objetiva*, e não subjetiva, mas nem por isso deixa de configurar uma *pretensão*. É verdade que no processo objetivo não existe uma *lide subjetiva*, mas nele existe uma *lide objetiva*<sup>209</sup>, que nem por isso deixa de constituir uma *lide*. É igualmente verdadeiro que o legitimado passivo não é o único a suportar os efeitos da decisão sobre a pretensão objetiva deduzida, mas toda a sociedade, mas nem por isso deixa de ser *legitimado passivo*: o *substituto processual* (seja como *parte autora*, seja como *parte ré*<sup>210</sup>), no regime do CPC (art. 6º), defende em nome próprio direito alheio; mas nem por isso o *substituído* deixa de suportar os efeitos da decisão proferida no processo em que não figura como *parte processual*.

Note-se, ademais, que o substituto processual normalmente não suporta os efeitos materiais da decisão, pois o direito postulado pertence ao substituído, que, de ordinário, é o único a suportá-los. Mas o *legitimado passivo* no processo objetivo de controle de constitucionalidade suporta os efeitos da decisão da mesma forma que toda a sociedade. Logo, é mais merecedor do título de *parte* do que o substituto processual no regime do CPC.

---

<sup>208</sup> Analisando a jurisprudência da *Corte costituzionale*, em monografia específica sobre as partes e o processo na jurisdição constitucional, conclui MARILISA D'AMICO: “Per concludere, anche un’analisi della giurisprudenza costituzionale porta ad una duplice negazione delle tesi estreme sostenute in dottrina: le parti del proceso *costituzionale non sono le stesse parti del processo a quo* (= non fanno valere nel processo costituzionale gli stessi interessi del processo *a quo*); il processo costituzionale *non è un processo ‘senza parti’* (= la Corte deve tenere conto della posizione di questi soggetti per la regolare instaurazione del proprio giudizio).” (D’AMICO, Marilisa. *Parti e processo nella Giustizia Costituzionale*: studio introduttivo. Torino: G. Giappichelli editore, [s. d.], pp. 322-323.) (Grifos do original.) Mais adiante, sustenta que “la posizione delle parti caratterizza il procedimento *in senso processuale* nel senso che ad esse vengono comunque assegnate determinate garanzie.” (*Op. cit.*, p. 333.)

<sup>209</sup> Na ADIn, a lide objetiva se evidencia com a mera propositura da ação, que visa à declaração da inconstitucionalidade da norma, invertendo a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e atos normativos. Na ADC, exigem a Lei nº 9.868-99 e a jurisprudência do STF sobre o tema a demonstração de *controvérsia judicial relevante* sobre a constitucionalidade da norma para que fique caracterizada a existência de uma lide objetiva gerante de interesse processual *abstrato* de agir.

<sup>210</sup> Há objeções doutrinárias à possibilidade de substituição processual no pólo passivo. Todavia, reputamo-la perfeitamente admissível, pois, do contrário, como se poderia explicar, v.g., a posição processual do sindicato na ação rescisória de ação coletiva proposta pelo mesmo sindicato na condição de substituto processual da categoria? E a posição do mesmo sindicato nos embargos à execução dessa ação coletiva por ele ajuizada como substituto processual da categoria (substituição processual ativa)? O mesmo se diga do substituto processual em ações individuais nas mesmas situações sobrealudidas (ação rescisória e embargos à execução), no regime do art. 6º do CPC.

Não se deve olvidar que em alguns processos<sup>211</sup>, como o de *separação consensual*, a ação não é proposta por um *autor contra* um *réu*: tanto o marido como a mulher são *autores*, ajuizando conjuntamente a ação de separação consensual. Mas ambos são *partes no sentido técnico-processual*. Exemplos semelhantes não faltariam. Ora bem, se a noção de *parte em sentido técnico-processual* sobrevive a tantas e tamanhas variações no âmbito dos processos *subjetivos*, por que não sobreviveria às especificidades da noção de processo *objetivo*?

É de salientar, por derradeiro, que, *na práxis do STF*, se usa chamar o autor da ação de *requerido* e de *requeridos* os órgãos e/ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, e frequentemente se alude ao “pólo passivo” e ao “pólo ativo” da ação objetiva ou aos “legitimados passivos” da ação (em referência aos órgãos ou autoridades que editaram a norma).

Em suma, as especificidades do processo objetivo de controle de constitucionalidade não impedem a existência de *partes no sentido técnico-processual*.

#### 4.1.2. A eficácia *erga omnes* como decorrência da natureza objetiva do processo constitucional

A eficácia *erga omnes* não constava do texto original da Constituição de 1988. Só foi *expressamente* prevista com o acréscimo, feito pela EC nº 3-93, do § 2º ao art. 102 da CF-88, *verbis*:

“Art. 102. [...]”

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, *produzirão eficácia contra todos* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Recentemente, o art. 102, § 2º, veio a sofrer alteração por meio da EC nº 45-2004, desta feita para positivar no texto constitucional o entendimento já firmado no STF de que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante também se aplicam à ADIn, e não apenas à ADC:

---

<sup>211</sup> Até a entrada em vigor da Lei nº 11.441-2007, o processo de separação, ainda que consensual, qualificava-se como *processo necessário*, porque sem ele não seria possível a separação de direito. Tal Lei, ao incluir o art. 1124-A no CPC, alterou esse quadro, ao *permitir* a separação de direito *extrajudicial* nos casos e condições que especifica.

**“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 45-2004.)

Todavia, mesmo que não houvesse previsão constitucional expressa no art. 102, § 2º, as decisões do STF no processo abstrato de controle de constitucionalidade produziram eficácia *erga omnes* (como de fato o próprio STF reconhecia que produziam *antes* da EC nº 3-93), porque esta deriva da própria natureza *objetiva* do processo. Não existe autêntico processo abstrato de controle de constitucionalidade sem eficácia *erga omnes*: se as decisões do STF não produzissem eficácia contra todos no controle *abstrato*, este seria virtualmente inútil enquanto tal, degenerando em meio de defesa de interesses subjetivos.

De fato, se as decisões do STF produzissem efeito apenas entre as partes, ainda que a pretensão fosse apenas a declaração da (in)constitucionalidade da norma, sem consideração a nenhum caso concreto (= abstração), o controle abstrato não seria instrumento eficaz de defesa da supremacia constitucional, mas mero instrumento de defesa dos interesses subjetivos dos legitimados ativos ocultos por trás da aparente abstração do processo.

Como, porém, é clara a intenção constitucional, nos países onde se institui o controle abstrato de constitucionalidade, de criar um meio *eficaz* de defesa de sua própria supremacia, diverso do controle jurisdicional concreto, deduz-se que a eficácia *erga omnes* é da essência dessa modalidade especial de controle de constitucionalidade.

Se a pretensão é a declaração de (in)constitucionalidade *em tese* de uma norma, é natural que a decisão do STF produza efeitos *contra todos*.

Como no Brasil a decisão do STF no controle abstrato possui natureza *judicial*, nada mais lógico do que atribuir às decisões *definitivas* do STF no controle abstrato a *qualidade* da *imutabilidade* e *indiscutibilidade* da *coisa julgada*, que, dada a *objetividade* do processo, é *erga omnes*, e não meramente *inter partes*.

Mas para garantir a *eficácia prática* da decisão definitiva do STF no controle abstrato, faz-se necessário que as *decisões cautelares também* produzam efeitos *erga omnes*. A eficácia *erga omnes* das *decisões cautelares* do STF destina-se, por

consequente, a garantir a própria *eficácia prática* da coisa julgada *erga omnes* produzida pelas decisões *definitivas* do STF no controle abstrato.

Assim, v.g., se o STF concede medida cautelar suspendendo a prolação por qualquer juiz (= *eficácia erga omnes*) de sentenças que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma impugnada em ADIn, impedindo que essas sentenças *transitem em julgado* (e se tornem imutáveis e indiscutíveis por força da coisa julgada *inter partes*) antes da decisão definitiva do STF na ADIn, essa *decisão interlocutória* do STF preserva a *eficácia prática* da própria coisa julgada *erga omnes* de sua futura decisão *definitiva* na ADIn, a qual não poderia desfazer a coisa julgada *inter partes* já formada nos processos subjetivos.

Assim, tanto a *eficácia erga omnes* da decisão *interlocutória* (medida cautelar), como a *eficácia erga omnes* da decisão *definitiva*, bem como a coisa julgada *erga omnes* decorrem da natureza *objetiva* do controle abstrato de constitucionalidade.

#### 4.1.3. O efeito vinculante como decorrência da opção do legislador constituinte

O efeito vinculante, instituto processual-constitucional diverso da coisa julgada, introduzido na Constituição de 1988 por meio da EC nº 3-93 e estendido à ADIn por meio da EC nº 45-2004 (que emprestou nova redação ao texto do § 2º do art. 102, incluído pela EC nº 3-93 na CF-88), **não** é decorrência da natureza *objetiva* do processo abstrato de controle de constitucionalidade como a coisa julgada *erga omnes* das decisões definitivas e a *eficácia erga omnes* das medidas cautelares.

Com efeito, o controle abstrato de constitucionalidade pode perfeitamente *prescindir* do efeito vinculante, mas não pode prescindir da coisa julgada *erga omnes* das decisões definitivas e da *eficácia erga omnes* das medidas cautelares.

O efeito vinculante é apenas e tão-somente um “*plus*” (*opcional*) que se pode agregar ao controle abstrato de constitucionalidade, para *reforçar* a *eficácia* das decisões nele proferidas.

Tanto é verdade que desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 até a entrada em vigor da EC nº 3-93 (que, como já mencionado, incorporou o instituto do efeito vinculante à ordem constitucional brasileira<sup>212</sup>), as decisões do STF

<sup>212</sup> Como já referido, a EC nº 3-93 acrescentou o § 2º ao texto original do art. 102, renumerando o antigo parágrafo único para § 1º. O § 2º do art. 102 ficou assim redigido: “**Art. 102.** [...] § 2º. As decisões

no controle abstrato de constitucionalidade não possuíam efeito vinculante, mas apenas e tão-somente “*eficácia contra todos*”. Em vão se procurará alguma decisão do STF *nesse período* que atribua efeito vinculante às suas decisões no controle abstrato.

A propósito, só depois de considerável lapso de tempo o STF passou a admitir que a decisão na ADIn também produz o efeito vinculante que a EC nº 3-93 instituiu para a ADC. E admitiu essa extensão do efeito vinculante à ADIn não por reputá-lo *inerente* ao controle abstrato de constitucionalidade, mas sim *pela natureza dúplice ou ambivalente da ADIn e da ADC*: se a decisão na ADC foi dotada de efeito vinculante pelo legislador, não haveria razão plausível para não o estender à ADIn, se se reconhecer que são ações da mesma natureza “com sinal trocado”.

Em síntese, o efeito vinculante *não é decorrência necessária* da natureza objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade, mas sim da *opção do legislador de incrementar* ou não a *eficácia* da decisão proferida no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

#### 4.1.4. Distinção entre coisa julgada *erga omnes*, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante

A doutrina nacional, em regra, não distingue com precisão o instituto da coisa julgada *erga omnes* do instituto do efeito vinculante. Costuma-se confundir o efeito vinculante com (a) a coisa julgada *erga omnes* ou com (b) a vinculação à *fundamentação* do acórdão do STF (nesse caso, o efeito vinculante seria uma *espécie* de coisa julgada *erga omnes* cujo limite objetivo não seria a *parte dispositiva* do acórdão do STF, mas alcançaria também a *fundamentação* do acórdão do STF). Confunde-se ainda o instituto processual-constitucional do efeito vinculante com (c) a eficácia vinculante *da coisa julgada* (ou seja, o efeito vinculante seria o poder ou o efeito que a *coisa julgada* tem de *vincular* as partes ao que foi decidido).

Cumprido, portanto, precisar com exatidão os conceitos de (1) coisa julgada *erga omnes*, de (2) efeito vinculante e de (3) eficácia *erga omnes*, a fim de desfazer os equívocos e suas implicações.

---

definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos *e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.*” Com a EC nº 45-2004, sua redação passou a ser a seguinte: “**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.*”

Para tanto, é mister uma breve incursão na doutrina processual da coisa julgada respeitante aos processos subjetivos como ponto de partida para a perfeita compreensão dos referidos fenômenos processuais.

LIEBMAN sustentou com brilho a diferença existente entre a “*eficácia natural da sentença*” e a “*autoridade da coisa julgada*”, distinção aceita pela maior parte da doutrina processual brasileira.

Para o grande processualista italiano, a *eficácia natural da sentença* vale para todos, *é oponível a todos (até mesmo a terceiros, não integrantes da relação processual)*, ao passo que a *autoridade da coisa julgada* só alcança *as partes*, só pode ser oposta a quem teve a oportunidade de integrar a relação processual, não prejudicando nem beneficiando *terceiros*<sup>213</sup>.

A eficácia natural da sentença decorre de sua natureza *judicial*: a sentença é *naturalmente eficaz contra todos* por ser um ato estatal, emanado do Poder Judiciário, *ainda que não tenha transitado em julgado*. Esta, aliás, é razão pela qual se admite sua *execução provisória*. Todos têm de respeitar a sentença *enquanto ato do Poder Judiciário*, ressalvados os terceiros *juridicamente prejudicados* pela sentença, que podem insurgir-se contra ela (v.g., interpondo recursos ou ajuizando ação rescisória<sup>214</sup>). Assevera textualmente o mestre italiano em obra clássica sobre o tema<sup>215</sup>:

---

<sup>213</sup> Assim sintetizou LIEBMAN o essencial de sua teoria sobre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada: “I. A declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produz-se independentemente da coisa julgada; **na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.** II. A eficácia da sentença, nos limites de seu objeto, não sofre nenhuma limitação subjetiva; **vale em face de todos.** III. A autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma *qualidade* dos seus efeitos e *a todos* os seus efeitos *referente*, isto é, precisamente a sua *imutabilidade*. Ela está limitada subjetivamente só *às partes* do processo. IV. Conseqüentemente, todos os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença. Não, porém, à autoridade da coisa julgada; a sentença, nos limites do seu objeto, é sempre oponível a eles, que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando a sua injustiça, uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª ed. brasileira. Trad.: Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 170.)

<sup>214</sup> O art. 487, II, do CPC confere legitimidade para o *terceiro juridicamente interessado* propor ação rescisória, e o art. 499 do CPC reconhece legitimidade ao *terceiro prejudicado* para interpor recurso, cabendo-lhe demonstrar “o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial” (§ 1º do art. 499 do CPC). O terceiro pode ainda intervir no processo (CPC, arts. 56 a 80). Sustenta-se ainda que o terceiro prejudicado pode insurgir-se contra a sentença já transitada em julgado por meio de *defesa* ou *réplica à objeção de coisa julgada* ou por *ação própria*. Nesse sentido manifesta-se ADA PELLEGRINI em nota à multicitada obra de LIEBMAN (*Eficácia...*, p. 326.). A *estatutura constitucional* do princípio do devido processo legal, em que se funda a insurgência do terceiro juridicamente prejudicado por sentença prolatada em processo do qual não pôde participar, conduz-nos a idêntica conclusão.

<sup>215</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...*, p. 126.

“A eficácia geral da sentença *decorre tão singela e naturalmente do caráter público universalmente reconhecido à administração da justiça, que não há necessidade de nenhuma norma especial que expressamente a sancione*. Em vez disso, seria necessária uma disposição explícita contrária para sermos obrigados a considerar diversamente; mas não existe disposição restritiva nesse sentido, como não existe princípio geral de que se possa deduzir intenção análoga da lei. Por certo, seria errôneo pretender inferir uma limitação subjetiva dos efeitos da sentença da limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada, o que suporia demonstrada a identidade da eficácia e da autoridade da sentença, que são, pelo contrário, coisas absolutamente distintas.”

Já a *autoridade da coisa julgada* decorre da preclusão de todos os recursos, consistindo na autoridade que detém a sentença *enquanto ato imutável e indiscutível* do Poder Judiciário. Portanto, esgotados os recursos cabíveis (ordinários e extraordinários), a sentença torna-se *ato imutável e indiscutível pelas partes integrantes da demanda*. Essa *imutabilidade* e essa *indiscutibilidade* (= coisa julgada) não alcançam, porém, *terceiros* que não tiveram oportunidade de integrar a relação processual, que não podem, *sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal*<sup>216</sup>, ser compelidos a aceitar o que foi decidido em processo no qual não lhes foi facultado intervir:

“A sentença é o *ato da autoridade jurisdicional que exprime e afirma a concreta disciplina que deve regular, segundo a lei, a situação jurídica existente entre as partes, in iudicium deducta*. Assim sendo, *ela vale para todos e não só para as partes, uma vez que todos devem reconhecer que o juiz, julgando entre as partes, proferiu a sua decisão*.”

A sentença é, portanto, com referência ao objeto deduzido em juízo e às partes que dele participaram, *eficaz para todos*. Que quer isso dizer? Quer dizer que, diversamente do que ocorre com as *partes*, para quem a própria sentença adquire a *coisa julgada* e seus efeitos se tornam imutáveis, para os terceiros a sentença é *eficaz*, mas – não ficando coberta pelo julgado – *é discutível a qualquer tempo*. O terceiro, *desde que tenha interesse*, pode, *em qualquer circunstância e em qualquer novo juízo*, demonstrar que a sentença está errada e não lhe pode ser oposta.

A sentença, *quando não fortalecida pela coisa julgada, compartilha com todos os outros atos do Estado da vulnerabilidade própria dos atos promanados em um regime de Estado de direito, e por isso mesmo condicionados à sua conformidade ao direito*. Por isso os terceiros, *embora sujeitos à eficácia da sentença*, podem opor-lhe razões de fato e de direito que demonstrem a sua contrariedade à justiça. Nem por isso podem os terceiros, é claro, modificar ou anular a sentença, mas

<sup>216</sup> Dispõe a CF-88: “Art. 5º. [...]. LIV - ninguém será privado da *liberdade* ou de seus *bens* sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”.

podem torná-la inaplicável, paralisando a sua eficácia no que lhes diz respeito.”<sup>217</sup>

A coisa julgada não é, portanto, *mais um efeito* da sentença ao lado dos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório, mas sim uma *qualidade*, um *atributo*, uma *característica* desses mesmos efeitos e da própria sentença enquanto ato formal, consistente na sua *imutabilidade* e *indiscutibilidade*. A coisa julgada é a *imutabilidade* e a *indiscutibilidade* dos efeitos (declaratório, constitutivo ou condenatório) da sentença e da própria sentença enquanto ato formal<sup>218</sup>: à imutabilidade e indiscutibilidade *dos efeitos* (declaratório, constitutivo ou condenatório) *da sentença* se denomina coisa julgada *material* ou *substancial*, e à imutabilidade e indiscutibilidade *da sentença mesma como ato formal* se denomina coisa julgada *formal*. A coisa julgada formal é a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença *no mesmo processo*, enquanto a coisa julgada material é a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença *em qualquer processo*<sup>219</sup>. A coisa julgada formal *normalmente* é seguida da coisa julgada material, mas *não necessariamente*, podendo haver coisa julgada *formal* sem coisa julgada *material*<sup>220</sup>.

Cumprе acrescentar que só as *SENTENÇAS* (*acórdãos* inclusive) produzem coisa julgada (formal e/ou material): as decisões interlocutórias e os despachos do juiz não produzem jamais o fenômeno da coisa julgada, como se extrai da dicção do art. 467 do CPC:

“**Art. 467.** Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a **SENTENÇA**, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

<sup>217</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...*, pp. 288-289. No direito positivo brasileiro, porém, o terceiro juridicamente interessado pode *rescindir* a sentença mediante ação rescisória (CPC, art. 487, II), e *reformá-la* ou *anulá-la* mediante recurso, se ainda não transitada em julgado (CPC, art. 499).

<sup>218</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...*, pp. 182 e 284. Ressalvam-se, de acordo com o art. 463, I, do CPC, as “inexatidões materiais” e os “erros de cálculo”, corrigíveis pelo juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte, a qualquer tempo.

<sup>219</sup> “Único é, pois, o conceito da coisa julgada, embora seja dúlice a sua função: de um lado, torna imutável o *ato* da sentença, posta ao abrigo dos recursos então definitivamente preclusos [coisa julgada formal]; por outro, torna imutáveis os *efeitos* produzidos pela sentença [coisa julgada material], porque os consolida e os assegura do perigo de uma decisão contraditória.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...*, p. 182.) (Grifos do autor.)

<sup>220</sup> É o caso, v.g., das sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito (sentenças terminativas), que produzem coisa julgada formal, mas não material.



Aplicando tais noções sobre a coisa julgada nos processos *subjetivos*, com as necessárias adaptações, aos processos *objetivos*, pode-se concluir que:

(a) a coisa julgada *erga omnes* é uma qualidade exclusiva dos ACÓRDÃOS DEFINITIVOS DE MÉRITO do STF em ADIn e ADC, que lhes confere *imutabilidade e indiscutibilidade, por quem quer que seja (erga omnes), não se estendendo às decisões interlocutórias e despachos* do STF proferidos em ADIn e ADC;

(b) a eficácia *erga omnes* corresponde à *eficácia natural do acórdão* do STF *enquanto ato judicial proferido em processo objetivo* e é produzida tanto (b.1) pelas *decisões cautelares de deferimento* (decisões interlocutórias), quanto (b.2) pelos acórdãos *definitivos* de mérito do STF (correspondentes às sentenças de mérito) em sede de ADIn e ADC, quer sejam (b.2.1) de *procedência*, quer sejam (b.2.2) de *improcedência* do pedido; todavia, a *eficácia natural do acórdão* do STF em ADIn e ADC *não pode ser afastada* por “terceiros juridicamente prejudicados” como ocorre nos processos subjetivos, uma vez que nisso consiste o seu caráter *erga omnes*<sup>221</sup>;

(c) a eficácia *erga omnes* também abrange os despachos de mero expediente e as decisões interlocutórias, incluindo as que *indeferem* medidas cautelares, *enquanto atos judiciais*; mas normalmente tais atos judiciais só interessam aos intervenientes no processo abstrato em questão; o *indeferimento* da medida cautelar significa apenas que o STF não considerou satisfeitos os pressupostos necessários (*fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou, ao menos, *conveniência* da medida) à concessão da medida cautelar e que essa *decisão judicial* do STF deve ser respeitada *como tal*, sem que possa ser *negada ou desobedecida por ninguém*, mas não implica a impossibilidade de qualquer juiz declarar a (in)constitucionalidade da norma no caso concreto, até porque a *não-concessão* da medida cautelar, à diferença da *decisão final*

---

<sup>221</sup> É certo que LIEBMAN afirma que “**TODOS os terceiros** estão sujeitos à eficácia da sentença” e que “a sentença, nos limites do seu objeto, é **sempre oponível a eles**, que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando a sua injustiça, **uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração**” (*Eficácia...*, p. 170). De modo que, para ele, a *eficácia natural da sentença* alcançaria inclusivamente os *terceiros juridicamente prejudicados*, os quais, porém, poderiam “*paralisar* essa eficácia no que lhes diz respeito” (*Eficácia...*, p. 289), uma vez que a *imutabilidade* e a *indiscutibilidade* em que consiste a coisa julgada não os atingem. Contudo, essa possibilidade de *paralisação* da *eficácia natural da sentença* pelo *terceiro juridicamente prejudicado* **reduz** o alcance **aparentemente** *erga omnes* da eficácia natural da sentença nos processos *subjetivos*, à diferença do que sucede com os processos *objetivos*, nos quais, inexistindo essa possibilidade de *paralisação* da *eficácia natural da decisão do STF* por alguém que se intitulasse “terceiro juridicamente prejudicado”, a *eficácia natural da decisão do STF* seria **realmente** *erga omnes*.

*de improcedência* do pedido e da *concessão* da medida cautelar, não *inova* nem *modifica* em nada o regime jurídico referente à (in)constitucionalidade da norma.

A diferença entre a eficácia *erga omnes* e a *eficácia natural da sentença e dos demais atos judiciais* proferidos nos processos *subjetivos* consiste unicamente na *possibilidade de afastamento dessa eficácia pela alegação de prejuízo jurídico por terceiros*, que não existe nos processos *objetivos*.

Em razão da natureza *objetiva* do processo da ADIn e da ADC, não é admissível a alegação de “prejuízo jurídico” por “terceiros”: o processo objetivo é destinado exatamente a resolver a questão constitucional *em tese*, de modo *uniforme para todos*. O *fundamento* jurídico da alegação de prejuízo jurídico por terceiros é a ofensa ao *devido processo legal* (impeditivo de que qualquer “terceiro” seja privado de seus bens ou de sua liberdade sem possibilidade de defesa no processo), que é garantido *no processo objetivo* aos legitimados ativos e passivos da ADIn e da ADC, que atuam em *substituição* a todos (terceiros).

Nisso consiste a diferença entre a “*eficácia natural da sentença*”, qual definida por LIEBMAN<sup>222</sup> nos processos *subjetivos*, e a eficácia *erga omnes* existente nos processos *objetivos*. Justamente pela possibilidade de afastamento da eficácia natural da sentença e dos demais atos judiciais proferidos nos processos *subjetivos* mediante a alegação de prejuízo jurídico por terceiros é que distinguimos entre a eficácia “*aparentemente erga omnes*” (das sentenças e demais atos judiciais nos processos *subjetivos*) e a eficácia “*realmente erga omnes*” (dos acórdãos e demais atos judiciais proferidos nos processos *objetivos*), impossível com esse afastamento.

De seu turno, o efeito vinculante é instituto *diverso e independente* da coisa julgada.

De fato, a decisão concessiva de medida cautelar **produz efeito vinculante**, mas **não produz coisa julgada erga omnes**, porquanto só as **sentenças** (*lato sensu*, isto é, sentenças *stricto sensu* e acórdãos) **de mérito** são capazes de fazer coisa julgada, nunca as *meras decisões interlocutórias*, como as decisões concessivas de medida cautelar em ADIn e ADC, por sua natureza mesma *revogáveis e alteráveis*, características estas de todo incompatíveis com a *imutabilidade e indiscutibilidade* que caracterizam a coisa julgada. Ou seja: pode haver efeito vinculante sem coisa julgada *erga omnes*.

---

<sup>222</sup> E aqui estendida, *mutatis mutandis et servatis servandis*, aos demais atos judiciais (não-sentenciais) proferidos nos processos subjetivos e objetivos.

Ademais, como o efeito vinculante decorre da opção do legislador, é perfeitamente possível haver coisa julgada *erga omnes* desacompanhada de efeito vinculante, como acontecia no Brasil antes da EC nº 3-93. Isto é: pode haver coisa julgada *erga omnes* sem efeito vinculante.

Esses exemplos evidenciam a *diferença*, a *independência* e a *autonomia* do efeito vinculante em relação à coisa julgada *erga omnes*. Evidenciam, por igual, a impossibilidade de conceber o efeito vinculante como *mera expansão dos limites objetivos da coisa julgada erga omnes*. O efeito vinculante **não é** (a) uma espécie de coisa julgada *erga omnes* com limites *objetivos* mais *amplos*, nem (b) um *efeito específico* da coisa julgada *erga omnes* (pois não depende dela para *existir*), nem (c) um *efeito aderente* à coisa julgada *erga omnes* (pois atua em âmbito diverso: a coisa julgada *erga omnes* atua nos processos em que for discutida a *mesma* questão constitucional, enquanto o efeito vinculante atua nos processos em que for discutida questão constitucional *semelhante* à decidida pelo STF), nem (d) um efeito de qualquer forma *condicionado* pela coisa julgada *erga omnes* (pois esta não exerce nenhuma *influência* sobre o efeito vinculante, seja sobre sua *existência*, seja sobre sua *validade*, seja sobre sua *eficácia concreta*).

A *finalidade* desses dois institutos também é diversa: a coisa julgada *erga omnes* serve para tornar imutável e indiscutível a decisão definitiva de mérito do STF em ADIn e ADC; o efeito vinculante serve para tornar obrigatória a aplicação da decisão do STF em ADIn e ADC a hipóteses *similares* à que foi objeto de julgamento da ADIn ou da ADC. Por exemplo: se foi declarada, com efeito vinculante, a inconstitucionalidade da norma “X” numa ADIn, os juízes de todo o país, nos processos subjetivos de sua competência, são compelidos a declarar a inconstitucionalidade da norma “Y” que tenha *teor idêntico* — ou *semelhante* no que interessar — ao da norma “X”.

Os *limites subjetivos* da coisa julgada *erga omnes* e do efeito vinculante também são diferentes: basta lembrar que a coisa julgada *erga omnes* atinge inclusive o STF<sup>223</sup>, impedindo-o de *redecidir* a mesma lide objetiva, quer no mesmo processo objetivo, quer em outro processo (objetivo ou subjetivo), ao passo que o efeito vinculante não atinge o próprio STF, o qual pode, no julgamento de norma de *conteúdo*

---

<sup>223</sup> Nesse sentido: RE 360.433, DJU: 28.03.2003, p. 77; RE 272.820, DJU: 15.12.2000, p. 106; AI 163.740-AgR-DF, DJU: 04.08.1995, p. 22508.

*semelhante* ao de norma por ele mesmo declarada (in)constitucional, decidir de forma diferente.

Assim, retomando o exemplo acima, se numa ADIn o STF declarou a inconstitucionalidade da norma “X” e essa decisão transitou em julgado, não pode depois declarar sua constitucionalidade no mesmo ou noutro processo (objetivo ou subjetivo), em virtude da coisa julgada *erga omnes*, que também o alcança<sup>224</sup>. Mas pode perfeitamente declarar a constitucionalidade da norma “Y”, mesmo que possua redação idêntica ou semelhante à da norma “X”<sup>225</sup>, pois o efeito vinculante da sua própria decisão na ADIn não o alcança<sup>226</sup>.

Se o efeito vinculante em ADIn e ADC não possuísse âmbito de atuação diverso do da coisa julgada *erga omnes*, seria um instituto de todo despiciendo, pois nada acrescentaria a esta, nada acresceria à eficácia da decisão dotada da autoridade de coisa julgada *erga omnes*.

Portanto, o efeito vinculante consiste na *obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, à exceção do STF, e da Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) de decidir, em situações análogas, em conformidade com a decisão do STF na ADIn ou na ADC*. Já a coisa julgada *erga omnes* consiste na *imutabilidade e indiscutibilidade*, por quem quer que seja, da decisão final de mérito do STF em ADIn ou ADC, impedindo que se *decida de novo* a *mesma* questão constitucional que já foi decidida pelo STF.

#### 4.1.4.1. Diferença quanto à técnica processual

Acolhida a alegação de coisa julgada, ou reconhecida de ofício a existência de coisa julgada, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, c/c o art. 301, §§ 1º a 3º, do CPC.

<sup>224</sup> Salvo situações excepcionais, tais como profunda alteração do quadro fático (cfr., *retro*, item 2.4.3.4.), porquanto às decisões de controle abstrato também inere a cláusula *rebus sic stantibus* implícita, como sucede às sentenças dos processos subjetivos.

<sup>225</sup> É o caso, *v.g.*, de leis federais editadas em épocas diferentes ou de leis emanadas de Estados-membros diversos que possuam conteúdo virtualmente idêntico. Cfr. a decisão unânime do Pleno do STF na ADIn-MC 1850, Rel.: Min. PERTENCE, DJU: 27.04.2001, p. 309, e, mais recentemente, a decisão proferida em 23.02.2005 na Rcl 2617-AgR-MG, Rel.: Min. PELUSO (Informativo nº 377 do STF).

<sup>226</sup> Com efeito, o art. 102, § 2º, da CF-88 prescreve que a decisão do STF em ADIn e ADC produz efeito vinculante “relativamente aos **DEMAIS** órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Se a alegação de coisa julgada for concernente a questão prejudicial no processo mais recente e não à questão principal, o juiz, conquanto não deva extinguir o processo sem resolução de mérito (pois não há coisa julgada a respeito da questão principal), não deve *rejulgar* a questão: deve simplesmente aludir à existência de coisa julgada em relação à questão prejudicial. Assim, em boa técnica, o juiz não adentrará no mérito da questão prejudicial, mas tão-somente referirá a existência de coisa julgada em relação à questão prejudicial (a qual, no processo anterior, constituía questão principal), sem emitir nenhuma *decisão*, nenhum *juízo de valor* a seu respeito, incorporando a decisão já existente, transitada em julgado em outro processo, como premissa lógica irrecusável para a análise das demais questões subseqüentes<sup>227</sup>.

Portanto, em ambas as hipóteses, a conseqüência processual é a mesma: o juiz não pode *redecidir* questão a cujo respeito se produziu coisa julgada, nem mesmo para *decidir da mesma forma*, pelo singelo fato de que *já existe* decisão judicial imutável e indiscutível a seu respeito<sup>228</sup>, sendo, portanto, além de nula, *inócua* uma nova decisão judicial (*bis in idem*).

Já no que concerne ao efeito vinculante, a conseqüência processual é diversa: acolhida a alegação de que há decisão do STF com efeito vinculante aplicável ao caso, ou reconhecida de ofício a existência de decisão do STF dotada de efeito vinculante aplicável ao caso, o juiz *decidirá efetivamente* a questão constitucional de *conformidade com* a decisão do STF. O juiz, em boa técnica, não se eximirá de decidir a questão constitucional em razão da existência de decisão do STF com efeito vinculante

---

<sup>227</sup> “Por fim, cabe destacar em relação à própria coisa julgada duas modalidades de eficácia a ela associadas. A primeira é denominada de eficácia *preclusiva*: a matéria coberta pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial. Já a segunda modalidade, a eficácia *vinculativa* [prejudicial], significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida. Por exemplo: assentada a relação de paternidade em uma demanda, não poderá o juiz, em posterior ação de alimentos, rejeitar o pedido com base na inexistência da relação.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle...*, p. 150.) Os processualistas costumam subdividir a eficácia vinculativa da coisa julgada em eficácia vinculativa *direta* (impeditiva de que a *mesma lide* seja re julgada no mesmo ou em outro processo) e eficácia vinculativa *prejudicial* (impediente de que a questão prejudicial, já julgada como questão principal em outro processo, seja re julgada). Nesse sentido: “Além do efeito vinculativo direto, que se projeta entre processos relativos ao mesmo litígio, a coisa julgada também possui o chamado *efeito vinculativo prejudicial*, que se opera em relação a decisões proferidas sobre lides distintas, mas ligadas entre si pelo vínculo da prejudicialidade.” (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004, p. 125.) Não se deve, todavia, confundir a *eficácia vinculativa da coisa julgada*, que vem de ser explanada, com o instituto do efeito vinculante, pois nada têm que ver.

<sup>228</sup> Prelecionista BARBOSA MOREIRA: “Haverá ofensa à coisa julgada quer na hipótese de o novo pronunciamento ser *conforme* ao primeiro, quer na de ser desconforme: o vínculo não significa que o juiz esteja obrigado a re julgar a matéria em igual sentido, mas sim que ele está impedido de re julgá-la.” (*Apud* BARROSO, Luís Roberto. *O controle...*, p. 150.)

aplicável ao caso: ao revés, *estará obrigado a decidir* a questão constitucional, desprovido, porém, da liberdade de decidi-la de maneira diversa do que foi decidido pelo STF<sup>229</sup>.

Tal se dá por um singelo motivo: a questão constitucional decidida pelo STF em ADIn ou ADC não é a mesma questão constitucional com a qual se defronta o juiz, mas sim uma questão constitucional *similar, análoga*. Se não há decisão do STF em ADIn ou ADC sobre a *mesma* questão constitucional surgida no processo subjetivo, é preciso que haja uma *decisão judicial* a seu respeito no processo subjetivo, sob pena de negativa de prestação jurisdicional. Portanto, o juiz, no processo subjetivo, *efetivamente decidirá* a questão constitucional *em consonância* com a decisão do STF em ADIn ou ADC dotada de efeito vinculante sobre a questão constitucional *similar, análoga*, usada como *parâmetro de julgamento* pelo juiz.

Dessarte, diante de uma decisão do STF em ADIn ou ADC dotada de eficácia de coisa julgada *erga omnes* e de efeito vinculante, o juiz deverá verificar: (a) se a questão constitucional decidida pelo STF é *exatamente a mesma* que tem diante de si ou uma questão semelhante; e (b) se a decisão sobre a questão constitucional pelo STF é *extensível* à questão constitucional que depara à sua frente.

Se a questão constitucional decidida pelo STF for *exatamente a mesma*, o juiz não deverá *rejulgá-la*, em virtude da coisa julgada *erga omnes*, mas extinguir o feito sem resolução de mérito (se configurar questão principal) ou adotar a decisão do STF como premissa lógica necessária para o julgamento das demais questões (se constituir questão prejudicial). Se a questão constitucional decidida pelo STF *não for exatamente a mesma*, mas sim uma questão *semelhante*, o juiz deverá *julgá-la*<sup>230</sup> —

---

<sup>229</sup> Assim como o ato do juiz não deixa de ser *decisório* quando simplesmente *cumprir* o comando legal ao qual está vinculado, o ato do juiz não deixa de ser *decisório* quando *cumprir* o comando derivado do efeito vinculante de decidir em sentido idêntico ao decidido pelo STF. Por igual, a autoridade administrativa, subordinada ao princípio da legalidade, quando edita ato administrativo vinculado, não deixa de emitir *ipso facto* ato de cunho decisório. Ademais, o juiz sempre terá liberdade para decidir sobre a *aplicabilidade ou não* da decisão do STF ao caso concreto que tem diante de si, *i.e.*, para decidir se é juridicamente possível e adequada a *extensão* da decisão do STF ao caso concreto. A possibilidade de cassação da sua decisão mediante reclamação não infirma esse poder-dever do juiz, porquanto aquela só se dará se o juiz não exercer corretamente seu poder-dever: a reclamação só será julgada procedente se o juiz deixar de estender ao caso a decisão do STF aplicável, se estender ao caso decisão do STF inaplicável ou se estender ao caso de forma indevida a decisão do STF aplicável, e nunca pelo simples fato de o juiz ter exercido juízo sobre a aplicabilidade ou não da decisão do STF (cfr., analogicamente, art. 103-A, § 3º, da CF-88).

<sup>230</sup> Tanto assim o é que, julgada procedente reclamação contra decisão que tenha desrespeitado o efeito vinculante das decisões do STF em ADIn ou ADC, o STF simplesmente cassa a decisão exorbitante de seu julgado ou determina medida adequada à preservação de sua competência, *devendo o juiz, se necessário, proferir outra decisão em conformidade com a decisão do STF provida de efeito vinculante (inteligência do art. 17 da Lei nº 8.038-90)*. Quanto às súmulas vinculantes, o dever do juiz de julgar,

porque ainda não foi julgada — (a) *em consonância* com a decisão do STF em virtude do efeito vinculante *se considerar extensível* a decisão do STF à questão que encontra à sua face, ou (b) *segundo o seu livre convencimento motivado, se considerar que a decisão do STF não pode ser estendida* à questão presente no processo subjetivo.

#### 4.1.4.2. A súmula vinculante

A EC nº 45-2004, ao incluir o art. 103-A na CF-88, criou a figura da súmula vinculante com a seguinte configuração<sup>231</sup>:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

*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

---

como decorrência do efeito vinculante, é ainda mais evidente, porquanto não há *decisão judicial* do STF nos autos do processo subjetivo em questão nem nos autos de processo objetivo, mas mera *tese jurídica* cristalizada em súmula vinculante, a qual, por não constar de sentença judicial, não produz sequer coisa julgada, razão pela qual o próprio legislador constituinte (art. 103-A, § 3º, *in fine*) foi explícito em afirmar que, ao cassar a decisão reclamada contrária à súmula vinculante, o STF deverá *determinar que outra decisão seja proferida pelo juiz*, desta feita em consonância com a súmula vinculante, aplicando-a ou não, conforme o caso concreto.

<sup>231</sup> Tal artigo foi regulamentado pela Lei nº 11.417-2006. Ao disciplinar o § 2º do art. 103-A da CF-88, o art. 3º da Lei nº 11.417-2006 estendeu a legitimidade para propor a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante ao Defensor Público-Geral da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares, bem como a qualquer Município, incidentalmente nos processos em que seja parte, sem que isso importe em suspensão do processo (art. 3º, § 1º).

aprovadas nos termos do art. 103-A da CF-88. Trata-se, portanto, do mesmo instituto (efeito vinculante), a incrementar a eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC (controle abstrato) e a eficácia das súmulas por ele aprovadas nos termos do art. 103-A da CF-88 (oriundas do controle concreto de constitucionalidade exercido pelo STF). Os *limites subjetivos* de ambas as espécies de efeito vinculante são idênticos. Até a medida processual prevista para garantir a eficácia concreta do efeito vinculante da súmula aprovada nos moldes do art. 103-A da CF-88 é a mesma empregada para garantir a eficácia concreta do efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC: a reclamação.

Todavia, o *âmbito de atuação* do efeito vinculante da súmula vinculante parece ser *diverso* do âmbito de atuação do efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC<sup>232</sup>.

De fato, conquanto o efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC não opere nos processos em que se discute questão constitucional *idêntica* à decidida pelo STF, mas apenas nos em que se discute questão constitucional *análoga*, em razão da existência de coisa julgada *erga omnes a impedir qualquer decisão do juiz, ainda que em conformidade com a decisão do STF munida de efeito vinculante*, o efeito vinculante da súmula vinculante atua *exclusivamente* nos processos em que se discute questão constitucional *idêntica* à tratada na súmula vinculante, uma vez que não há o óbice da coisa julgada *erga omnes*.

De feito, a súmula vinculante, embora seja precedida de várias decisões judiciais do STF em processos subjetivos, não constitui ato judicial proferido no bojo de nenhum desses processos, não consta do dispositivo de sentença de nenhum desses processos, configurando, portanto, mera *tese jurídica* (abstrata) desenvolvida pelo STF em matéria constitucional vazada em verbete sumular publicado na imprensa oficial, à qual se deve obediência, mas incapaz de produzir coisa julgada (*inter partes* ou *erga omnes*)<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> A diferença entre as duas espécies de efeito vinculante repousa, portanto, em elemento *acidental, não-essencial* ao conceito de efeito vinculante. Identicamente, se em dado ordenamento jurídico a fundamentação da sentença também produz coisa julgada, nem por isso se dirá que em tal sistema não existe coisa julgada, mas apenas que o instituto da coisa julgada assume nele uma configuração acidentalmente diferente da existente em nosso sistema.

<sup>233</sup> Conquanto a súmula vinculante não integre nenhum dos acórdãos que embasaram sua edição, por determinação do § 7º do art. 543-A do CPC (acrescentado pelo art. 2º da Lei nº 11.418-2006, que regulamentou a “repercussão geral” referida no § 3º do art. 102 da CF-88), a súmula da decisão do STF sobre a repercussão geral — que **não** é uma súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CF-88 — “constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e **valerá como acórdão**”. Essa mesma Lei nº 11.418-2006, seguindo a linha de valorização da súmula (ainda que não-vinculante, nos termos do art.



Se a súmula vinculante não produz coisa julgada, não há nenhum obstáculo à atuação do efeito vinculante nos processos em que se discute questão constitucional *idêntica* à versada na súmula. Aliás, foi o próprio legislador constituinte que, usando da sua liberdade de conformação, circunscreveu o âmbito de atuação do efeito vinculante da súmula vinculante *apenas* às questões constitucionais *idênticas*:

“**Art. 103-A. [...] § 1º.** A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de **normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos **sobre QUESTÃO IDÊNTICA.**”

Destarte, *por força da manifesta opção do legislador constituinte*, a súmula vinculante não pode ser aplicada à solução de questões constitucionais *análogas* à questão constitucional objeto da súmula, mas tão-somente à solução da *mesma* questão constitucional (referente à mesma norma).

#### 4.1.5. Da cláusula *rebus sic stantibus* implícita na coisa julgada *erga omnes*, na eficácia *erga omnes* e no efeito vinculante

Consoante doutrina longeva e respeitável, *todas*<sup>234</sup> as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que qualquer alteração substancial no *estado de direito* ou no *estado de fato* existentes à época da prolação da sentença (e que lhe serviram de base) faz cessar a eficácia *prospectiva* da coisa julgada material.

Com efeito, a sentença deve espelhar a situação fático-jurídica existente no momento de sua prolação (CPC, art. 462). Modificada a situação fática ou a situação jurídica que lastrearam a prolação da sentença, a coisa julgada deixa de atuar, haja vista que a coisa julgada não tem o poder de tornar imutável e indiscutível a

---

103-A da CF-88) e da jurisprudência dominante do STF adotada pelas recentes leis que alteraram o CPC, prescreveu que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (CPC, art. 543-A, § 3º, incluído pelo art. 2º da Lei nº 11.418-2006), em ordem a assegurar ao STF, na via do Recurso Extraordinário, o seu primado na interpretação e guarda da Constituição. De outra parte, a símile do que ocorreu com a súmula vinculante, foi prevista a possibilidade de *revisão da tese* perfilhada pelo STF na decisão sobre a repercussão geral (CPC, art. 543-A, § 5º: “Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, **SALVO REVISÃO DA TESE**, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”).

<sup>234</sup> E não apenas as sentenças que decidem relações jurídicas continuativas (CPC, art. 471).

*relação jurídica* objeto da sentença, mas apenas o de tornar imutáveis e indiscutíveis os efeitos da sentença<sup>235</sup>.

Assim, a coisa julgada não impede, *e.g.*, que as partes celebrem transação posterior ao trânsito em julgado em dissonância com o que foi decidido na sentença, desde que se trate de direito disponível. A coisa julgada, ao tornar imutável e indiscutível o que foi decidido na sentença, garante ao vencedor da ação o direito de fazer valer o que nela ficou decidido, mas não obsta a que a parte vencedora renuncie, total ou parcialmente, aos efeitos (declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos) da sentença proferida sobre direito disponível. Em regra, não há sequer necessidade de homologação judicial do acordo, até porque o juiz já cumpriu e exauriu o seu ofício jurisdicional na espécie (CPC, art. 463).

Se houver alguma modificação legal, a coisa julgada também deixará de atuar. Por exemplo: determinado contribuinte tinha a seu favor sentença transitada em julgado declarando isenção em relação a dado tributo. Sobrevindo lei revogatória da isenção, o tributo passa a ser devido por ele<sup>236</sup>.

A cessação da eficácia prospectiva da coisa julgada material em virtude de mudança do suporte fático ou do suporte jurídico da sentença *normalmente* se opera *pleno iure*, independentemente de novo pronunciamento judicial<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> “A coisa julgada não torna a relação jurídica imutável, sobre a qual conservam as partes plena liberdade de disposição. Isto significa dizer que, se a sentença reconheceu existir determinada relação creditícia, não se pode mais discutir a existência daquele crédito. Porém, nada impede que o credor venha a renunciar ao seu direito, extinguindo aquela obrigação. O que se torna alvo dos efeitos da coisa julgada é a norma jurídica concreta emanada da sentença (a afirmação de existir a relação creditícia entre as partes), mas não a relação jurídica em si.” (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil...*, p. 119.)

<sup>236</sup> “A eficácia da sentença declaratória perdura enquanto estiver em vigor a lei em que se fundamentou, interpretando-a.” (REsp nº 719-SP. Rel. p/ acórdão: Min. AMÉRICO LUZ. In: RSTJ 8/341.) “A coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir da sua vigência.” (RE nº 90.518. Rel.: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. In: RTJ 89/344.)

“Processo Civil. Coisa julgada. A coisa julgada só inibe a renovação da questão já decidida; se a lide se desenvolver à base de lei nova, a questão é outra, e não mais aquela já decidida. Hipótese em que o funcionário público obteve o reconhecimento judicial do direito à percepção de quinquênios nos termos da lei então vigente; a coisa julgada daí resultante não pode ser oposta à lei de caráter geral que, supervenientemente, modifica o regime jurídico dos quinquênios.” (REsp nº 19.337-0. Rel.: Min. ARI PARGENDLER. DJU: 18.12.1995. In: RSTJ 81/162.)

<sup>237</sup> TEORI ZAVASCKI ministra alguns exemplos elucidativos: “A alteração do *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declara que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem *importará no imediato direito a usufruí-la*, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, *independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade*. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cotará a sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, *desde logo*, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando o tributo: *sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior*. No que se refere à mudança no

Todavia, *excepcionalmente*, a lei pode exigir novo pronunciamento judicial para que haja a cessação da eficácia prospectiva da coisa julgada material, impedindo que esta se dê *automaticamente*.

É o caso, *v.g.*, da ação de alimentos, em que a própria lei (Código Civil, art. 1.699, e Lei nº 5.478-68, art. 13) exige expressamente que o interessado promova a ação revisional ou exoneratória de alimentos. É também o caso da revisão do valor da locação quando não há acordo entre locador e locatário, revisão esta que só pode ser feita pelo juiz, em ação revisional de aluguel (Lei nº 8.245-91, arts. 19 e 68). Nesses casos, a simples mudança das circunstâncias de fato ou de direito existentes quando da prolação da sentença não faz cessar automaticamente a eficácia prospectiva da coisa julgada material, sendo, pois, necessário o ajuizamento da respectiva ação revisional para que cesse, a partir de então, a referida eficácia da coisa julgada.

Trata-se, contudo, de casos excepcionais, taxativamente previstos em leis específicas, justificados pela relevância dos interesses em jogo. No caso das ações alimentícias, não seria prudente eliminar ou reduzir os alimentos a partir do exato momento em que houve uma mudança na fortuna do alimentante: considerando a relevância dos alimentos para a própria sobrevivência do alimentado, a lei houve por bem exigir uma prova dessa mudança, que deve ser apreciada pelo juiz no curso de uma ação revisional<sup>238</sup>. No caso das ações revisionais de alugueres, a lei também houve por bem exigir nova manifestação judicial, dada a relevância do direito à moradia do locatário e de sua família, que poderia ser prejudicado pela ganância do locador, gerando um problema social.

Cumprе enfatizar que o só fato de o art. 471 do CPC ter aludido apenas à possibilidade de revisão das sentenças ditas “determinativas”<sup>239</sup> (ou “dispositivas”) por superveniente modificação do estado de fato ou de direito não exclui

estado de fato, a situação é idêntica. A sentença que, à vista da incapacidade temporária para o trabalho, reconhece o direito ao benefício de auxílio doença, tem força vinculativa enquanto perdurar o *status quo*. A superveniente cura do segurado importa a *imediata cessação da eficácia vinculativa da coisa julgada*.” (*Eficácia...*, p. 89.)

<sup>238</sup> Entendemos, porém, que a ação revisional de alimentos, tal como a de aluguel, só é necessária se não houver acordo entre as partes. Com efeito, nada impede que, sobrevindo à sentença redução da capacidade econômica do alimentante, conhecida pelo alimentado, estes celebrem acordo extrajudicial para reduzir proporcionalmente o valor dos alimentos, porquanto o direito aos alimentos é indisponível, irrenunciável, mas não o seu valor, podendo inclusive ser renunciados alimentos atrasados, até porque nada obsta à renúncia de alimentos indevidos, segundo o binômio capacidade-necessidade. (Cf. art. 1.707 do CC-2002 e art. 23 da Lei 5.478-68.) Se, todavia, não houver acordo entre as partes, só depois do ajuizamento da ação revisional de alimentos é que poderá haver alteração de seu *quantum*.

<sup>239</sup> Sentenças determinativas ou dispositivas são as que têm por objeto relações jurídicas continuativas, *i.e.*, relações de trato sucessivo.

a possibilidade de as demais modalidades de sentença serem revistas judicialmente, porquanto, se a situação fática ou jurídica se modificou, a nova ação (revisional) não será idêntica à primeira, já que a *causa de pedir* será diversa: na ação revisional a causa de pedir é justamente a *modificação do estado de fato ou de direito* que serviu de suporte para a prolação da sentença revisanda. Não há, portanto, a tríplice identidade exigida para o acolhimento da objeção de coisa julgada (CPC, art. 303, § 2º). Portanto, a possibilidade de revisão judicial de qualquer sentença, mediante ação revisional, não depende de previsão legal expressa.

Também não se pode inferir do art. 471 do CPC, pela alusão à possibilidade de “revisão do que foi estatuído na sentença”, que as sentenças que decidem relações jurídicas continuativas *sempre* necessitem de novo pronunciamento judicial para que cesse a eficácia prospectiva da coisa julgada.

Seria um contra-senso entender que as sentenças que não decidem relações jurídicas continuativas independem de nova manifestação judicial e exigir que as sentenças que decidem relações jurídicas continuativas — sujeitas, pela sua própria natureza, às naturais mudanças provocadas pelo passar do tempo — *sempre* dependam de nova manifestação judicial para fazer cessar a eficácia prospectiva da coisa julgada material.

Não é o fato de a sentença decidir uma relação jurídica continuativa que faz com que a eficácia prospectiva da coisa julgada só cesse mediante intervenção judicial, em ação revisional: é o fato de a *legislação específica de determinada matéria* (e não o art. 471 do CPC), *por questão de segurança e de relevância dos interesses em disputa*, exigir que a revisão da sentença se dê por meio de novo pronunciamento judicial, no bojo de ação revisional.

Aplicando tais noções ao controle de constitucionalidade, observa-se que a sentença, no controle concreto, poderá resolver relação jurídica continuativa ou não-continuativa. Não há particularidade alguma em relação às sentenças que apreciam questões prejudiciais de constitucionalidade: a solução é idêntica à que se aplica às sentenças que não envolvem controle incidental de constitucionalidade, conforme vem de ser exposto.

No pertencente aos acórdãos definitivos do STF em ADIn e ADC, seu objeto é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, razão pela qual decidem sempre sobre relações jurídicas continuativas, uma vez que a

inconstitucionalidade e a constitucionalidade constituem relações de (in)compatibilidade jurídica que se prolongam no tempo.

Portanto, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo STF em ADIn ou ADC, se esta ao depois se tornar inconstitucional (inconstitucionalidade superveniente), a eficácia da coisa julgada *erga omnes* do acórdão do STF cessará imediata e automaticamente, sem a necessidade de novo pronunciamento judicial do STF (quer em ADIn, quer em ADC<sup>240</sup>), em razão da cláusula *rebus sic stantibus* subentendida na coisa julgada *erga omnes* e da inexistência de lei prescrevendo expressamente a necessidade de ação revisional das decisões do STF em ADIn e ADC<sup>241</sup>. Todos se desobrigarão *instantaneamente* de cumprir a lei que se tornou inconstitucional *após* a declaração de constitucionalidade pelo STF. Se a recusa de cumprimento da lei supervenientemente inconstitucional não for aceita voluntariamente (extrajudicialmente), o interessado poderá alegar o seu direito tanto na via de ação, como na via de defesa (objeção).

Semelhantemente, se foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF em ADIn ou ADC, lei esta que foi posteriormente “constitucionalizada” por emenda, *i.e.*, mantida em vigor por *expresso* dispositivo de emenda constitucional (que lhe dá novo fundamento de validade), a eficácia da coisa julgada *erga omnes* do acórdão do STF em ADIn ou ADC cessará *automaticamente* no exato momento em que a lei, antes inconstitucional, foi “constitucionalizada” expressamente pela emenda, independentemente de nova decisão do STF (seja em ADIn, seja em ADC), em virtude da cláusula *rebus sic stantibus* implícita na coisa julgada *erga omnes* e da inexistência de lei prescrevendo expressamente a necessidade de ação revisional das decisões do STF em ADIn e ADC.

Impende salientar, contudo, que a edição (a) de lei interpretativa, (b) de resolução senatorial suspensiva (CF-88, art. 52, X), bem como a (c) alteração da interpretação judicial da norma, seja (c.1) na via do controle difuso, seja (c.2) na via do

---

<sup>240</sup> Não cabe rescisória dos acórdãos definitivos do STF em ADIn e ADC (Lei nº 9.868-99, art. 26).

<sup>241</sup> “Abordando as sentenças que decidem relação jurídica de trato sucessivo, sustentamos que a alteração no *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. O contrário, ou seja, a necessidade de pronunciamento judicial que retire expressamente a força da sentença anterior, *depende de previsão em lei*. No âmbito do controle *abstrato* de constitucionalidade *nada induz a indicação de regime diferente, nem que, de alguma forma, submeta a sentença a uma ação de revisão.*” (ZAVASCKI, Teori A. Eficácia..., pp. 116-117.)

controle concentrado, não têm o condão de fazer cessar a eficácia da coisa julgada (seja a eficácia pretérita, seja a eficácia prospectiva) formada nos processos *subjetivos*<sup>242</sup>.

Em tais hipóteses, embora haja mudança do *estado de direito* existente à época da prolação da sentença, há um obstáculo insuperável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*: a *eficácia preclusiva* da própria coisa julgada.

A eficácia preclusiva da coisa julgada impede tanto (a) a reiteração de alegação ou defesa já *efetivamente deduzida e rejeitada* no curso do processo, como (b) o acolhimento de alegação ou defesa que a parte *poderia ter deduzido no curso da ação*, mas não o fez.

Na dicção do art. 474 do CPC: “Passada em julgado a sentença de mérito, *reputar-se-ão deduzidas e repelidas* todas as alegações e defesas, que a parte *poderia opor* assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Transitada em julgado a sentença, ocorre a preclusão “do *deduzido e do dedutível*”. As alegações e defesas *dedutíveis* no curso do processo, reputam-se, após o trânsito em julgado, *deduzidas e repelidas* para todos os efeitos legais. É como se tivessem sido (ficção legal) efetivamente deduzidas e efetivamente repelidas pelo juiz. Tal regra legal é concretização do princípio da segurança jurídica que informa a própria coisa julgada: sem ela, haveria eternização dos litígios, pois a todo momento a parte sucumbente poderia ajuizar nova ação com um fundamento de fato ou de direito diferente, apesar de dedutível no curso da ação.

Pois bem. A mudança na interpretação da norma, quer por evolução judicial, quer por imposição legal (lei interpretativa), esbarra no óbice da eficácia preclusiva da coisa julgada, porquanto a recente interpretação, legal ou jurisprudencial, *poderia ter sido apresentada* no curso da ação e acolhida pelo juiz<sup>243</sup>. Se foi efetivamente deduzida ou não, com o trânsito em julgado, já não tem importância, pois, em qualquer dos dois casos, a eficácia preclusiva da coisa julgada vedará a sua apreciação ou reapreciação, conforme o caso.

A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da norma pelo STF, seja no controle concreto, seja no controle abstrato, não é pressuposto necessário para a declaração de nulidade da inconstitucionalidade e da conseqüente

<sup>242</sup> A edição de *lei retroativa* não faz cessar a eficácia *pretérita* da coisa julgada, em razão do disposto no art. 5º, XXXVI, da CF-88 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), mas faz cessar a eficácia *prospectiva* da coisa julgada, como qualquer lei não-retroativa.

<sup>243</sup> Na verdade, em se tratando de mera interpretação da norma, não há nem *necessidade* de alegação da parte, podendo o juiz empregar, de ofício, a interpretação que reputar mais adequada ao caso (*iura novit curia; narra mihi factum, dabo tibi ius*).

nulidade da norma por nenhum juiz. A todo juiz cabe o *dever* de afastar, *ex officio*, a aplicação de lei inconstitucional, independentemente de qualquer pronunciamento prévio do STF. A natureza *meramente declaratória* da decisão do STF em ADIn e ADC importa no reconhecimento de que a inconstitucionalidade da norma *preexistia* à decisão do STF, podendo, portanto, ser alegada por qualquer das partes e devendo qualquer juiz declarar a sua inconstitucionalidade nos processos de sua competência.

A resolução senatorial suspensiva da “execução das leis” declaradas inconstitucionais pelo STF, por sua vez, também é detida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, porquanto a inconstitucionalidade que motiva sua edição era preexistente e poderia ter sido alegada e decidida no curso do processo subjetivo. Nessa hipótese, é por igual inaplicável a cláusula *rebus sic stantibus*, razão pela qual a coisa julgada que reveste a sentença continua eficaz e atuante mesmo após a edição da resolução senatorial que tenha suspenso a “execução” da lei em que se baseou a sentença<sup>244</sup>.

Todavia, se não se houver exaurido o prazo bienal da ação rescisória, nada obsta ao seu ajuizamento para rescindir (e não “revisar”) a sentença fundada em lei inconstitucional, com esteio no art. 485, V, do CPC, por violação literal da Lei Maior, invocando-se como fundamento do pedido rescisório a inconstitucionalidade da norma declarada pelo STF em ADIn, em ADC ou em controle concreto (ensejador da edição de resolução senatorial)<sup>245</sup>.

Por fim, não custa lembrar que a revogação não-retroativa da norma, à diferença da sua suspensão pelo Senado, faz cessar a eficácia prospectiva da coisa julgada, porquanto inaplicável a eficácia preclusiva da coisa julgada, já que a revogação não-retroativa, ocorrendo posteriormente ao trânsito em julgado, não poderia ter sido alegada no curso da ação.

<sup>244</sup> Em sentido contrário, TEORI ZAVASCKI sustenta que, embora a suspensão da “execução” da norma pelo Senado não opere uma alteração no estado da norma em si (como a revogação opera), mantendo a norma o mesmo *status* anterior, ocorre uma alteração no “estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pela Resolução do Senado.” Por esse motivo, pela autoridade da decisão do STF que deu suporte à resolução e pelo princípio da igualdade de todos perante a Constituição, advoga a cessação automática da eficácia *prospectiva* da coisa julgada a partir da data de vigência da resolução do Senado. Quanto às obrigações anteriores ainda pendentes de execução, também não seriam devidas, podendo o executado opor embargos à execução com espeque no art. 741, VI, do CPC, invocando a decisão do STF e a respectiva resolução do Senado como causa extintiva da obrigação executada. (*Eficácia...*, pp. 92-98.) A solução alvitada pelo eminente autor já foi contemplada em dispositivo específico no art. 741 do CPC, parágrafo único, na redação da Lei nº 11.232/2005, cuja inconstitucionalidade é defendida no item 4.3.2.

<sup>245</sup> A ação rescisória é cabível porque inaplicável a restrição da súmula 343 do STF à violação da *Constituição*, em razão de seu papel de norma fundamental do sistema, à qual se deve prestar a máxima efetividade. (Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais”). Assim têm entendido o STF, o STJ e a melhor doutrina. Cfr., por todos, TEORI ZAVASCKI (*Eficácia...*, pp. 126-145).

No que respeita ao *efeito vinculante*, cumpre assinalar que, tal qual sucede com a coisa julgada, o efeito vinculante contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, tendo sua atuação condicionada à permanência do estado de fato e de direito existente à época da prolação da decisão (interlocutória ou definitiva) do STF em ADIn ou ADC dotada de tal efeito<sup>246</sup>.

À guisa de exemplo, suponha-se a existência de duas leis estaduais, “X” e “Y”, de conteúdo idêntico ou similar. A declaração de constitucionalidade da lei “X” pelo STF em ADIn produz coisa julgada *erga omnes* em relação a ela (lei “X”) e efeito vinculante em relação à lei “Y”, pela identidade ou similaridade de seu conteúdo, apesar de emanadas de Estados-membros diversos. Entrando em vigor emenda constitucional que torna tais leis inconstitucionais, cessa automaticamente a eficácia prospectiva da coisa julgada *erga omnes* em relação à lei “X”, bem como cessa automaticamente o efeito vinculante em relação à lei “Y”, podendo esta, a partir de então, ser julgada inconstitucional por qualquer juiz ou órgão administrativo.

Aproveitando o exemplo acima, se em lugar de revogação da norma da Constituição-parâmetro por emenda, ocorresse a revogação da lei “Y”, cessaria automaticamente, desde então, o efeito vinculante da decisão do STF a seu respeito.

Questão interessante seria se, em lugar da revogação da lei “Y”, ocorresse a revogação da lei “X” (única lei que foi objeto da ADIn). A revogação da lei “X” faria cessar a eficácia prospectiva da coisa julgada *erga omnes* da decisão do STF na ADIn (pois não há coisa julgada em relação à lei “Y”, mas só efeito vinculante). Mas a revogação da lei “X” faria cessar também o efeito vinculante da decisão do STF em relação à lei “Y”? Haveria, no caso, uma relação de dependência entre a coisa julgada e o efeito vinculante? *Quid iuris?*

Entendemos que não. A decisão do STF, enquanto protetiva da supremacia constitucional, deve ter a máxima efetividade. A revogação da lei “X” não deve contribuir para que ressurgam controvérsias sobre a constitucionalidade da lei “Y” ou de quaisquer outras leis de conteúdo idêntico ou análogo, já editadas ou por editar, com a possibilidade de graves ofensas à Constituição mediante a multiplicação de decisões considerando tais leis inconstitucionais<sup>247</sup>.

<sup>246</sup> Assevera GILMAR MENDES, com apoio em CHRISTIAN PESTALOZZA: “Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas.” (*Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 339.)

<sup>247</sup> **Diferentemente**, no que concerne à *súmula vinculante*, prescreve a Lei nº 11.417-2006: “**Art. 5º.** Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo



A decisão do STF, malgrado a revogação da lei “X”, permanece a mesma enquanto ato formal, e subsiste íntegra em relação ao efeito vinculante produzido sobre outras leis análogas. Como já visto, o âmbito de atuação da coisa julgada é diverso do âmbito de atuação do efeito vinculante em ADIn e ADC, e os institutos são independentes entre si, podendo haver efeito vinculante sem coisa julgada *erga omnes* e vice-versa. Portanto, não há razão para que a revogação da lei “X” (objeto da ADIn) faça cessar o efeito vinculante da decisão do STF em relação às leis análogas (“Y”, “Z”, etc.).

Quanto ao efeito vinculante das decisões interlocutórias em ADIn e ADC, também contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, e.g., deferida uma medida cautelar em ADIn para suspender, com efeito vinculante, a prolação de decisões a respeito de questão constitucional *análoga* à submetida ao julgamento do STF na ADIn, a revogação, por emenda, da norma constitucional paramétrica alegadamente ofendida na ADIn faz cessar, *instantânea e automaticamente*, o efeito vinculante da decisão do STF (prospectivamente), podendo, a partir de então, qualquer juiz ou órgão administrativo proferir decisão acerca de questão constitucional *similar*, sem nenhuma vinculação ao que fora determinado na decisão cautelar do STF, mesmo que esta ainda não tenha sido formalmente revogada pelo STF.

De seu turno, a eficácia *erga omnes* também é condicionada pela cláusula *rebus sic stantibus*.

Relembre-se que se adotou, neste trabalho, um conceito de eficácia *erga omnes* assimilável ao de eficácia natural do acórdão do STF *enquanto ato judicial proferido em processo objetivo, que não pode ser afastada* por “terceiros juridicamente prejudicados” como ocorre nos processos subjetivos, uma vez que nisso consiste o seu caráter *erga omnes* (cfr., *supra*, item 4.1.4.).

Portanto, aproveitando o último exemplo, se a referida decisão cautelar na ADIn foi proferida com efeito *erga omnes* (e não poderia ser doutra forma, dada a natureza objetiva do processo), a revogação, por emenda, da norma constitucional paramétrica alegadamente ofendida na ADIn faz cessar, *instantânea e*

---

Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.” Todavia, a diversidade de tratamento se justifica pelo fato de que a súmula vinculante tem por objeto “NORMA DETERMINADA” e “QUESTÃO INDÊNTICA” (CF-88, art. 103-A, § 1<sup>º</sup>), ao passo que o efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC alcança **normas semelhantes** e **questões análogas**. Se a “norma determinada” objeto da súmula vinculante foi revogada totalmente ou modificada, a súmula vinculante deve ser cancelada ou adequada à nova norma, já que não pode ser aplicada a situações *semelhantes*.

*automaticamente*, a eficácia *erga omnes* da decisão do STF (prospectivamente), podendo, a partir de então, qualquer juiz ou órgão administrativo proferir decisão acerca da *mesma* questão constitucional, sem nenhuma vinculação ao que fora determinado na decisão cautelar do STF, mesmo que esta ainda não tenha sido formalmente revogada pelo STF.

Nesse exemplo, o *efeito vinculante* impediria a prolação de qualquer decisão sobre questão constitucional *análoga* à questão objeto da ADIn<sup>248</sup>, ao passo que a eficácia *erga omnes* obstará à prolação de qualquer decisão sobre a *mesma* questão constitucional objeto da ADIn, pois possuem âmbito de atuação diverso (assim como a coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante), sob pena de ser totalmente ineficaz a atribuição de efeito vinculante às decisões que não fazem coisa julgada *erga omnes*. Com a revogação da norma constitucional utilizada como parâmetro na ADIn, cessariam, imediata e automaticamente, tanto a eficácia *erga omnes* (atuante nos processos que tratassem da mesma questão constitucional), como o efeito vinculante (operante nos processos que cuidassem de questão constitucional *assemelhada*).

#### 4.1.6. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada *erga omnes*

A coisa julgada formada nos processos subjetivos possui limites objetivos e subjetivos. Cumpre, então, perquirir acerca dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada *erga omnes*.

---

<sup>248</sup> Nesse caso, não há incompatibilidade alguma entre o *dever de decidir* resultante do efeito vinculante e a determinação cautelar de *não decidir*. A medida cautelar deferida determina que não se profira decisão *sobre o mérito* de questão constitucional idêntica ou análoga à questão objeto da ADIn (quer no sentido da constitucionalidade, quer no da inconstitucionalidade). Assim, nos processos sobre questão constitucional semelhante, o juiz *deverá proferir decisão sobre a aplicação* ao caso dos autos da decisão cautelar do STF (pois a decisão do STF não recaiu sobre a mesma questão, que, portanto, ainda não foi apreciada), e não *sobre o mérito* da questão constitucional. Se o juiz entender que a questão constitucional versada nos autos é semelhante à questão objeto da ADIn, *deverá proferir decisão afirmando essa aplicabilidade* (*dever de decidir* derivante do efeito vinculante), mas *não proferirá decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma* (*dever de não decidir* dimanante da decisão cautelar do STF). Por conseguinte, se houver, *v.g.*, um pedido antecipação de tutela fundado na declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade de norma de conteúdo análogo ao da norma objeto da decisão cautelar do STF, o juiz *deverá proferir decisão afirmando a aplicabilidade da decisão cautelar do STF e, conseqüentemente, indeferindo, por ora, a antecipação de tutela pela impossibilidade momentânea de declarar a inconstitucionalidade da norma*. Mas não poderá indeferir a antecipação de tutela porque considera a norma constitucional, nem deferi-la por reputar a norma inconstitucional, haja vista a vedação emanada da medida cautelar do STF. O juiz, no caso, tem o *dever de decidir* dessa forma, porque, do contrário, haveria *negativa de prestação jurisdicional*. Não há negativa de prestação jurisdicional quando o juiz extingue o processo sem resolução do mérito (pois proferiu decisão, ainda que para afirmar que não pôde examinar o mérito do pedido), mas há negativa de prestação jurisdicional quando o juiz simplesmente não decide, omitindo-se sobre o mérito do pedido ou sobre sua admissibilidade.

#### 4.1.6.1. Limites objetivos

Para desvendar os limites objetivos da coisa julgada *erga omnes*, deve-se indagar: O que faz coisa julgada *erga omnes*? Sobre que *objeto* recaem a imutabilidade e a indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada *erga omnes*?

##### 4.1.6.1.1. Vinculação de todos à parte dispositiva do acórdão definitivo

A coisa julgada *erga omnes* tem por limite objetivo a *parte dispositiva* do acórdão definitivo do STF em ADIn e ADC. Somente a parte dispositiva<sup>249</sup> do acórdão definitivo faz coisa julgada. A fundamentação do acórdão, ainda que indispensável para a compreensão e delimitação do alcance da parte dispositiva, não é coberta pela autoridade da coisa julgada *erga omnes* (CPC, art. 469, I).

Os acórdãos que não dispõem, em caráter *definitivo*, sobre o mérito do pedido na ADIn ou na ADC não fazem coisa julgada. Portanto, os acórdãos *terminativos*, que extinguem o processo sem resolução do mérito não produzem coisa julgada. Talqualmente, os acórdãos que têm natureza de decisão interlocutória não fazem coisa julgada<sup>250</sup>. As decisões e os despachos monocráticos em ADIn e ADC igualmente não produzem coisa julgada. Somente a parte dispositiva dos acórdãos que põem fim ao processo da ADIn ou da ADC, com resolução de seu mérito, produzem coisa julgada *erga omnes*.

Como já referido, há uma *correlação necessária* entre o pedido na inicial da ADIn ou da ADC e a parte dispositiva do acórdão respectivo: é na parte dispositiva do acórdão definitivo que o STF *dispõe* sobre o que constou do pedido inicial. Se dispuser sobre algo diverso do que foi pedido, a decisão será, no ponto,

---

<sup>249</sup> Prescreve o art. 165 do CPC que tanto as sentenças, quanto os **acórdãos** sejam proferidos com observância do disposto no art. 458 do CPC (que enumera como “requisitos essenciais” da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo). Na prática dos tribunais pátrios, os acórdãos são estruturados em *relatório* e *voto*, condensando-se no *dispositivo* do acórdão a conclusão a que chegou a maioria dos votos, com eventual referência às conclusões individuais constantes nos votos vencidos.

<sup>250</sup> CPC: “**Art. 163.** Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”. As decisões colegiadas dos tribunais são denominadas de acórdãos, que podem ter natureza de sentença, de decisão interlocutória ou de despacho, quando, respectivamente, puserem fim ao processo, resolverem questão incidente (processual ou de mérito), ou impulsionarem o processo mediante ato de conteúdo não-decisório (cfr. art. 162 do CPC).

havida como inexistente (por *extra petita*); se conceder ou negar mais do que foi pedido, será, no ponto, tida por nula (por *ultra petita*); se decidir aquém do que foi pedido (julgamento insuficiente da lide), será igualmente nula (por *citra petita*). Trata-se do princípio da correlação (também conhecido como princípio da congruência ou da adstrição ao pedido).

Como o pedido na ADIn e na ADC cinge-se à declaração de (in)constitucionalidade da norma objeto da ação, o que fará coisa julgada *erga omnes* será tão-somente a declaração de (in)constitucionalidade da norma objeto da ADIn ou da ADC. A conseqüente nulidade da norma declarada inconstitucional não precisa constar expressamente do dispositivo, pois é efeito natural da própria inconstitucionalidade, igualmente coberto pela autoridade da coisa julgada. Nos casos extraordinários em que há declaração de inconstitucionalidade mas não há nulidade da norma<sup>251</sup> ou em que a nulidade tem seus efeitos limitados pelo STF, tais circunstâncias, em razão de sua própria excepcionalidade, precisam constar expressamente do dispositivo do acórdão.

**A.** Da impossibilidade de alteração da *causa petendi* e da não-vinculação do STF à *causa petendi* invocada como decorrência do princípio *jura novit curia* e da natureza objetiva (e, portanto, indisponível) do processo

Nos processos subjetivos, a causa de pedir limita o conteúdo da fundamentação e do dispositivo da sentença: fixada pelo autor a causa de pedir, uma vez estabilizada a lide, já não será lícito ao juiz conhecer de causa de pedir não invocada pelo autor para conceder o pedido, ainda que convencido de sua legitimidade. Portanto, a própria coisa julgada é, de certa forma, limitada pela *causa petendi* livremente invocada pelo autor.

Todavia, nos processos objetivos, conquanto em princípio inalterável, a *causa petendi* invocada pelo autor não predetermina os limites da cognição, da decisão e, conseqüentemente, da coisa julgada *erga omnes*. É que, sendo o processo da ADIn e da ADC de natureza *objetiva*, e, portanto, *indisponível*, o STF não

---

<sup>251</sup> Exemplo: revogação da norma por inconstitucionalidade superveniente derivante da entrada em vigor de uma nova Constituição ou de uma emenda constitucional (cfr., *supra*, item 2.4.3.2.). Todavia, como já salientado, o STF não tem conhecido de ADIn quando questionada norma anterior à Constituição atual, sob o argumento de que não há, em tal caso, inconstitucionalidade superveniente, mas mera revogação (cfr., *supra*, item 2.4.2.).

poderia ficar adstrito à causa de pedir deduzida pelo autor, sob pena de ficar à mercê deste.

De fato, se assim não fosse, um pedido mal fundamentado, propositada ou inocentemente, deixaria o STF de mãos atadas. Figure-se que um dos legitimados ativos propusesse uma ADIn com pedido especado em fundamentação inconvincente (por exemplo, alegando ofensa a artigo da Constituição que não é vulnerado, em lugar do que realmente é malferido pela lei), mirando a dar vero *salvo-conduto* de constitucionalidade a lei inconstitucional<sup>252</sup>. Uma vez examinado o mérito da ação e julgado *improcedente* o pedido, por injunção da supositiva *res iudicata erga omnes* que a guarneceria, tal lei já não poderia ser declarada inconstitucional, nem mesmo poderia ser *conhecida* ADIn alguma adveniente de qualquer dos demais legitimados; se o fosse, possível seria opor, a qualquer tempo, a *exceptio rei iudicatae*, haja vista que a eficácia preclusiva da coisa julgada atingiria não apenas a causa de pedir *deduzida*, mas todas as *dedutíveis* ao tempo da propositura da ação (CPC, art. 474). Burlada estaria assim a *finalidade* mesma do instituto do controle de constitucionalidade.

Ademais, como a questão constitucional no processo objetivo, de regra, é puramente *de direito*, aplica-se a regra segundo a qual “*iura novit curia*”.

Em virtude disso, o STF tem entendido que a causa de pedir da ADIn e da ADC é essencialmente *aberta*, de modo que a *Constituição como um todo*, e não apenas os dispositivos constitucionais apontados como violados, pode ser utilizada para aferição da (in)constitucionalidade da norma. Todavia, se não for especificamente indigitado como violado nenhum dispositivo constitucional, a ação direta não é conhecida.

## B. Da vinculação do STF ao pedido

Conquanto não haja vinculação do STF à *causa petendi* deduzida pelo autor da ADIn ou da ADC (causa de pedir *aberta*), o STF é vinculado ao *pedido* deduzido na petição inicial da ADIn ou da ADC.

---

<sup>252</sup> Imprimindo-lhe, de conseguinte, uma *eficácia superior* à das demais leis, inclusivamente as CONSTITUCIONAIS, que só gozam de presunção *relativa (juris tantum)* de constitucionalidade, ao passo que as declaradas *constitucionais por improcedência* do pedido da ADIn desfrutariam de presunção *absoluta* de constitucionalidade (*juris et de jure*). Seriam leis *imunes* ao controle jurisdicional de constitucionalidade, quer *incidental*, quer *abstrato*, o que lhes outorgaria uma natureza *supralegal*, de verdadeira *primazia* em relação às demais leis, incluídamente sobre as verdadeiramente *constitucionais*.

Portanto, em princípio, o STF não pode declarar a (in)constitucionalidade de dispositivo não especificado na inicial da ADIn ou da ADC, sob pena de incorrer em vício de extra-petição (julgamento *extra petita*), por isso que se aplica à ADIn e à ADC o sobrealudido princípio da correlação, congruência ou adstrição ao pedido.

À ADIn e à ADC também se aplica o *princípio dispositivo*: o autor é, em princípio, livre para definir os limites da lide objetiva. O que define os limites da lide objetiva é o pedido e a correspondente causa de pedir. É dentro desses lindes, traçados pelo autor, que o STF deve conhecer e julgar a lide objetiva.

### C. Da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento

Todavia, há exceções à regra da adstrição do STF ao pedido deduzido na inicial da ADIn ou da ADC<sup>253</sup>. Uma delas é a possibilidade, reconhecida atualmente pelo próprio STF, de declaração de inconstitucionalidade *por arrastamento* (também denominada inconstitucionalidade “conseqüente”, ou “conseqüencial”, ou “por atração”).

Assim, se houver uma *relação de dependência* entre o dispositivo de lei ou ato normativo objeto da ADIn ou da ADC e outro dispositivo *que não tenha sido objeto da ADIn ou da ADC*, de modo que a inconstitucionalidade do primeiro *acarrete necessariamente* a inconstitucionalidade do segundo, o STF deve declarar a inconstitucionalidade de ambos: o dispositivo de lei ou ato normativo que não foi objeto da ADIn ou da ADC é declarado inconstitucional *por arrastamento*, gerando tal declaração os mesmos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de dispositivo

---

<sup>253</sup> Os precedentes conhecidos do STF versam sobre declaração de inconstitucionalidade por arrastamento no âmbito de ADIn. A doutrina também não tem tratado da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento *no âmbito da ADC*, nem da possibilidade de declaração de *constitucionalidade* por arrastamento *no âmbito da ADC e da ADIn*. A nosso visio, esses dois fenômenos são possíveis, em virtude da natureza dúplice ou ambivalente da ADC e da ADIn. Na segunda hipótese (declaração de *constitucionalidade* por arrastamento *no âmbito da ADC e da ADIn*), quer-nos parecer que seja prescindível a existência de “controvérsia atual relevante” *sobre a norma declarada constitucional por arrastamento*: basta que a norma especificada pelo autor na inicial da ADC seja controvertida (do contrário, a ADC não seria conhecida); se se curar de ADIn, não há sequer essa necessidade de demonstração de existência de controvérsia judicial relevante sobre a norma efetivamente impugnada, pois essa demonstração não é requisito de admissibilidade da ADIn. Em qualquer caso, porém, é preciso que exista uma *relação de dependência* entre a norma objeto da ADIn ou da ADC e a norma que será declarada *constitucional* ou *inconstitucional* por arrastamento (*i.e.*, a norma objeto da ADIn ou da ADC só será *inconstitucional* se a outra norma relacionada também o for, ou a norma objeto da ADIn ou da ADC só será *constitucional* se a outra norma conexa também o for).

especificado pelo autor na inicial da ADIn ou da ADC, ou seja, produzindo coisa julgada *erga omnes*, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme o caso.

Insta ressaltar que o entendimento anterior do STF era no sentido de que a ADIn não deveria ser conhecida se o autor não declinasse na inicial os dispositivos *dependentes*, pois não poderia declarar a inconstitucionalidade destes se declarasse a inconstitucionalidade dos dispositivos objeto da ADIn<sup>254</sup>.

Ulteriormente, evoluiu a jurisprudência do STF para admitir o conhecimento e o julgamento de tais pedidos não deduzidos explicitamente<sup>255</sup>.

Pode haver declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de qualquer *norma* passível de controle em ADIn ou ADC. Não é necessário que a inconstitucionalidade por arrastamento recaia sobre a *totalidade* de dispositivo legal ou normativo: pode haver declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de determinada *parte* de um dispositivo legal ou normativo. A nosso ver, pode ser declarada a inconstitucionalidade por arrastamento de dispositivo legal ou normativo *sem redução de texto*, porquanto aplicável à inconstitucionalidade por arrastamento a *teoria da divisibilidade das normas*.

De outra parte, não é necessário que as normas dependentes pertençam à *mesma lei* ou ao *mesmo ato normativo*: normas dependentes integrantes de *lei ou ato normativo diverso* da lei ou ato normativo objeto da ADIn ou da ADC também podem ser declaradas inconstitucionais por arrastamento. O que não pode haver, a nosso aviso, é a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de lei ou

<sup>254</sup> “*Não se conhece* de ação direta de inconstitucionalidade que ataca, em determinado sistema normativo, apenas alguns dos preceitos que o integram, *deixando de questionar a validade de dispositivos que com eles se acham em mútua relação de dependência*. Entendeu-se, na espécie - ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra os arts. 14 e 15 da LC 76/93, sob alegação de ofensa ao art. 100 da CF - que as normas impugnadas formam com os arts. 16 e 17 da mesma lei um único sistema, que ficaria desfigurado caso a ação fosse julgada procedente” (ADIn 1.187-DF, rel. desig. Min. Maurício Corrêa, j. 27.3.96; transcrição de notícia do Inf. STF 25/2).

<sup>255</sup> Não se nos afigura adequado explicar o fenômeno como se de *pedido implícito* se tratasse (assim como o pedido de condenação em juros legais, correção monetária, honorários advocatícios sucumbenciais e prestações periódicas nos processos subjetivos — CPC, arts. 20, 290 e 293, e súmula nº 254 do STF). É que poderia haver incompatibilidade entre o pedido de declaração de inconstitucionalidade efetivamente deduzido e o “pedido implícito” de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos dependentes, o que impediria a sua cumulação (CPC, art. 292, § 1º, I). Como justificar, *v.g.*, que, numa ADC, o autor pedisse a declaração de *constitucionalidade* da norma “X”, e o STF declarasse a *inconstitucionalidade* da norma “X” (em razão da natureza dúplice da ADC) e, *por consequência*, da norma “Y”, dependente daquela? Além disso, poderia ocorrer que o próprio autor da ação não desejasse a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos dependentes, não se podendo, portanto, considerar que implicitamente deduziu tal pedido. Ademais, à diferença dos exemplos retroaludidos (juros, correção monetária, honorários sucumbenciais, prestações periódicas), não há base legal para essa *presunção* ou *ficção* no caso da ADIn ou da ADC. Portanto, parece-nos mais apropriado entender que há, simplesmente, uma *mitigação do princípio da adstrição ao pedido*, possibilitando ao STF o julgamento de pedido de declaração de inconstitucionalidade não deduzido, quando houver a referida relação de dependência.

ato normativo de norma não passível de controle na via da ADIn ou da ADC. Exemplo: suponha-se que a lei objeto da 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 de ADC.

#### D. Da possibilidade de aditamento do pedido

No tocante à alteração do pedido, o STF tem-na admitido até a *solicitação* das informações pelo requerido na ADIn. *Requisitadas* as informações, mesmo que ainda não tenham sido efetivamente prestadas, preclui a faculdade do requerente de aditar a inicial da ADIn para modificar o pedido nela deduzido<sup>256</sup>.

Nos processos subjetivos, como se sabe, é possível a alteração do pedido até a citação do réu independentemente da concordância deste e, depois da citação, se o réu anuir, até a decisão de saneamento, nos termos do art. 264 do CPC.

Na ADC, cujo procedimento não prevê a oitiva do pólo passivo, o termo final para o aditamento parece ser o da remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para parecer<sup>257</sup>.

Todavia, nas hipóteses específicas de mera reedição de medidas provisórias e de conversão de medida provisória em lei *sem alteração substancial de seu conteúdo*<sup>258</sup>, o STF tem não apenas admitido, mas *exigido* o aditamento do pedido inicialmente formulado *a cada reedição da medida provisória e quando se operar a conversão em lei*, mesmo que já tenham sido solicitadas e prestadas as informações pelo requerido, sob pena de extinção da ação sem resolução de seu mérito<sup>259</sup>. É que faleceria ao autor da ADIn interesse processual objetivo de *prosseguir* na ação se não impugnasse todas as medidas provisórias seguintes que mantiveram em vigor a medida

<sup>256</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade - questão de ordem - petição inicial - aditamento - **requisição de informações já ordenada - impossibilidade** - pedido indeferido. [...]. **Com a requisição de informações** ao órgão de que emanou a lei ou ato normativo argüido de inconstitucional opera-se a preclusão do direito, reconhecido ao autor da ação direta de inconstitucionalidade, de aditar a petição inicial.” (ADInQO nº 437. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 19.02.1993, p. 2031.)

<sup>257</sup> Nesse sentido: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade...*, p. 411.

<sup>258</sup> Se houver modificação substancial do conteúdo, não se permite o aditamento, impondo-se o ajuizamento de outra ação direta. Nesse sentido: ADIn-QO nº 1.753. Rel.: Min. PERTENCE. DJU: 23.10.98, p. 2.

<sup>259</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REEDIÇÃO. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO À INICIAL. AÇÃO NÃO CONHECIDA. Medidas Provisórias. Reedição. Ainda que *formal e substancialmente idênticos* os textos legais, revela-se imprescindível o aditamento à inicial da ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de sua prejudicialidade. Precedentes. Ação não conhecida.” (ADIn-AgR nº 1.874. Rel.: Min. MAURÍCIO CORREA. DJU: 07.02.2003, p. 21.)



provisória inicialmente atacada na ADIn, bem assim a lei de conversão da medida provisória.

Conquanto tecnicamente correta, essa óptica formalista e restritiva do STF<sup>260</sup> poderia ser substituída com vantagem por uma visão mais ampla do pedido e do processo objetivo, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade da disposição **idêntica**, objeto das medidas provisórias subseqüentes e da lei de conversão, estaria virtualmente contida no pedido originalmente deduzido na ADIn, razão pela qual constaria da parte dispositiva do acórdão definitivo de mérito (com eficácia de coisa julgada *erga omnes* e com efeito vinculante) que a declaração de inconstitucionalidade também se estenderia às disposições sinônimas das medidas provisórias subseqüentes e da lei de conversão.

Quanto à possibilidade de requerimento de concessão de medida cautelar após a solicitação das informações, é disputável, quer porque não há falar *tecnicamente* em *alteração do pedido* nessa hipótese (tanto que nos processos subjetivos sua formulação é admissível a qualquer tempo, e não apenas no bojo da petição inicial, sem nenhuma ofensa ao art. 264 do CPC), quer porque o *periculum in mora* pode perfeitamente surgir já no curso da ação, depois da prestação das informações, não se podendo exigir do autor que tivesse apresentado antes o requerimento de cautelar.

#### 4.1.6.2. Limites subjetivos

Para descobrir os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, deve-se questionar: *Quem é atingido pela coisa julgada erga omnes? Que sujeitos são alcançados pela imutabilidade e a indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada erga omnes?*

---

<sup>260</sup> À luz da qual só se aceita que o aditamento seja promovido pelo autor da ação, não podendo a falha ser suprida pela AGU: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1984-19, DE 29 DE JUNHO DE 2000. 1. Falta de aditamento da inicial, pelo Partido autor da Ação, para impugnar as últimas reedições da Medida Provisória, ocorridas no curso do processo. 2. Não cabe à Advocacia Geral da União suprir essa falta. Pedido indeferido. 3. Ação julgada prejudicada, cassadas, em consequência, as medidas cautelares já concedidas.” (ADIn-MC 2.251. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. DJU: 24.10.2003, p. 11.)

#### 4.1.6.2.1. Autovinculação do STF à coisa julgada *erga omnes*

Constitui lugar-comum afirmar que, nos processos subjetivos, a coisa julgada projeta-se apenas sobre as *partes*, razão pela qual o juiz, malgrado seja um dos *sujeitos* da relação processual, não seria alcançado pela eficácia da coisa julgada.

Todavia, mesmo não sendo *parte* na ação, nenhum juiz (nem mesmo o que prolatou a sentença transitada em julgado) pode desconsiderar ou negar efeitos à sentença já transitada em julgado<sup>261</sup>.

Nenhum juiz poderia, *e.g.*, numa outra ação, rejulgar questão já julgada como questão principal em outro processo, ainda que na nova ação esta questão constituísse mera questão prejudicial, por força da “eficácia vinculativa prejudicial” da coisa julgada material formada no processo anterior. Destarte, *nem mesmo para os específicos fins de julgamento da nova ação* é permitido ao juiz alterar, rediscutir ou redecidir (ainda que para decidir da mesma forma) o que já foi decidido com eficácia de coisa julgada material na ação anterior.

Mas e se a sentença ainda não houver transitado em julgado? Neste caso, seria possível que o juiz decidisse a questão prejudicial de forma diversa da maneira como decidida a questão principal na sentença da outra ação, obedecido o disposto no art. 265, IV, do CPC, não estando o juiz obrigado a aguardar indefinidamente o trânsito em julgado da sentença do outro processo para decidir a questão prejudicial (externa) (CPC, art. 265, § 5º), nem a decidi-la na conformidade da sentença proferida no outro processo.

Isso evidencia que não é a “eficácia natural da sentença” que impede o juiz de negar efeito, rediscutir, rejulgar ou alterar o que foi decidido no primeiro processo, mas sim a *autoridade da coisa julgada material*.

Ora, se é a *autoridade da coisa julgada material* que impede o juiz de rediscutir, redecidir, alterar ou recusar efeito à sentença prolatada no processo anterior, força é concluir que, *de certa forma*, a coisa julgada também alcança o juiz (não apenas o prolator da sentença, mas todo e qualquer membro do Poder Judiciário).

Da mesma forma, os *terceiros juridicamente não-interessados*, ainda que possuam *interesse meramente econômico*, igualmente não podem rediscutir, modificar, ou negar efeito à sentença transitada em julgado em processo do qual não

---

<sup>261</sup> Ressalvados apenas os casos de ação rescisória e de excepcional relativização da coisa julgada.

participaram, em virtude da autoridade da coisa julgada, que, *nesse sentido*, também os atinge, apesar de serem *terceiros*, e não *partes*.

Diferentemente, os *terceiros juridicamente interessados* podem rediscutir, modificar, ou negar efeito à sentença transitada em julgado em processo do qual não lhes foi permitido participar.

Assim, a asserção de que a sentença só “faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”<sup>262</sup> deve ser entendida nos seus devidos termos, ou seja, a significar que *terceiros juridicamente interessados* podem alterar, rediscutir e negar efeito a sentença transitada em julgado em processo em que lhes não foi facultado intervir como *partes*, e não a significar que a imutabilidade e a indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada só atinge as partes que integraram a relação processual (*i.e.*, só as partes não poderiam modificar e rediscutir a sentença transitada em julgado).

De feito, tanto as partes<sup>263</sup>, como todos os *terceiros juridicamente não-interessados* (aqui incluídos os *juízes*) não podem alterar, rediscutir ou negar aplicação à sentença transitada em julgado, pois tanto aquelas como estes são atingidos pela autoridade da coisa julgada material, e não apenas pela “eficácia natural da sentença”.

Ora bem, se até nos processos subjetivos o juiz não pode rediscutir, nem redecidir, nem alterar o que já foi decidido com autoridade de coisa julgada material, *a fortiori* não poderá fazê-lo nos processos objetivos, em que a coisa julgada é *erga omnes*.

---

<sup>262</sup> Observe-se que o art. 472 do CPC não trata dos **limites subjetivos da lide ou da sentença**, mas sim dos **limites subjetivos da coisa julgada**, ou seja, não cuida de determinar as pessoas *contra quem ou a favor de quem a sentença produzirá efeitos* (se apenas aos autores ou se a terceiros também, etc.), mas, *pura e simplesmente*, de determinar as pessoas que poderão, ou não, **alterá-la** ou **rediscuti-la após o seu trânsito em julgado** (a saber, os terceiros juridicamente interessados). (“**Art. 472.** A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado das pessoas, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.” Cp. com o art. 467 do CPC.)

<sup>263</sup> Contudo, há situações interessantes. Se, *v.g.*, numa ação entre A e B, um terceiro não integrante da relação processual (C) é beneficiado no dispositivo de sentença, que condena B a pagar algo a A e a C também, sentença esta que, não obstante, vem a transitar em julgado, não há produção de coisa julgada material em relação a C, isto é, C não pode alegar a imutabilidade e a indiscutibilidade da parte do dispositivo sentencial que condenou B a pagar a quantia a C, porquanto, não tendo integrado a relação processual como parte, C não pode ser **beneficiado** com a autoridade da coisa julgada material, que não pode ser oposta por ele a B. Dessarte, B pode *rediscutir* essa questão em outra ação, nos termos do art. 472 do CPC, malgrado o trânsito em julgado da sentença. Portanto, neste caso, admite-se que uma das **partes** rediscuta, em outra ação, o que foi decidido, exatamente porque não há coisa julgada material oponível a ela.

Dizer que a parte dispositiva do acórdão definitivo de mérito do STF em ADIn e ADC produz coisa julgada material *erga omnes* equivale a dizer que esta parte dispositiva é *imutável* e *indiscutível* em qualquer processo *por quem quer que seja*, isto é, *nem mesmo os juridicamente interessados* poderiam rediscutir, negar efeito ou pleitear judicialmente a modificação do que foi decidido.

Portanto, nos processos objetivos, em virtude da extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada, há uma completa universalização<sup>264</sup> da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença.

Se o juiz já era vinculado a essa imutabilidade e indiscutibilidade nos processos subjetivos, essa vinculação se torna ainda mais nítida e irrecusável nos processos objetivos.

Destarte, o próprio STF encontra-se vinculado às suas decisões precedentes nos processos objetivos que tenham produzido coisa julgada *erga omnes*. Essa vinculação opera tanto no julgamento de processos subjetivos (controle concreto), quanto no julgamento de processos objetivos futuros (controle abstrato).

Assim, ao julgar, *e.g.*, um RE que envolva a aplicação de uma lei acoimada de inconstitucional, o STF estará vinculado ao que haja decidido numa ADIn ou numa ADC a respeito desta mesma lei, não podendo perfilhar outro entendimento em virtude da autoridade da coisa julgada material *erga omnes*<sup>265</sup>. Talqualmente, não poderá sequer conhecer de uma ADC sobre norma já declarada inconstitucional em uma ADIn anterior, *ainda que propostas por legitimados ativos diversos*, haja vista a ocorrência de coisa julgada *erga omnes*, que acarreta a extinção da ação sem julgamento de mérito<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> De tal sorte que se poderia afirmar que a coisa julgada *erga omnes* não conhece *limites subjetivos*. Outros poderiam asseverar, no entanto, que os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* seriam todos os *sujeitos juridicamente interessados na decisão (os potenciais destinatários da norma)*, à consideração de que somente eles seriam os “substituídos” na ADIn ou na ADC pelos legitimados, e não a sociedade como um todo.

<sup>265</sup> O STF tem seguido fielmente essa regra. Cfr., entre outros, os seguintes precedentes: RE 360.433, DJU: 28.03.2003, p. 77; RE 272.820, DJU: 15.12.2000, p. 106; AI 163.740-AgR-DF, DJU: 04.08.1995, p. 22508.

<sup>266</sup> É óbvio, entretanto, que essa regra, em situações excepcionais, pode ceder passo ante uma profunda mutação do estado de fato e de direito, pois, como visto, inere a todas as sentenças a cláusula *rebus sic stantibus* (cf., *retro*, item 4.1.5.). Assim, desde o julgamento da ADC nº 1, o STF atentou para o fato de que a coisa julgada *erga omnes* sobre a declaração de constitucionalidade da norma numa ADC não poderia servir de obstáculo à sua ulterior declaração de inconstitucionalidade, caso a norma sofresse processo de inconstitucionalização supervenientemente ao julgamento da ADC.

No referente às decisões do STF em ADIn e ADC que **não** produzem coisa julgada *erga omnes*, mas que produzem eficácia *erga omnes*, como as concessivas de cautelar, também elas vinculam o STF enquanto vigorarem.

Assim, os Ministros do STF, ao decidirem monocraticamente processos subjetivos, devem obediência à decisão plenária do STF que deferiu a cautelar em ADIn ou ADC, pois a eficácia *erga omnes* também os alcança. Até o próprio Plenário do STF (e as 2 turmas) deve obediência à decisão concessiva da cautelar em ADIn ou ADC, enquanto esta não for revogada pelo próprio Plenário do STF, ***de acordo com o procedimento e o quorum previstos legal e regimentalmente para revogação de cautelares em ADIn em ADC***<sup>267</sup>.

Em verdade, até mesmo nos processos *subjetivos* o STF tem adotado esse proceder, ficando os Ministros (quando decidem monocraticamente), as turmas e o próprio plenário *imediatamente* vinculados à diretriz fixada em processo subjetivo previamente julgado pelo plenário<sup>268</sup> (seja declarando a *constitucionalidade*, seja proclamando a *inconstitucionalidade* da norma), nos termos dos arts. 101 e 103 do RISTF<sup>269</sup>, ainda que o acórdão-líder não tenha transitado em julgado<sup>270</sup>, não havendo, a

<sup>267</sup> Em sentido contrário ao do texto: BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*..., p. 471.

<sup>268</sup> **“Declaração, pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 251.238-RS** (red. para acórdão Nelson Jobim, 7.11.2001, Inf. 249), **de inconstitucionalidade** do art. 7º e parágrafos da L. 7.428/94, com a redação dada pela L. 7.539/94, do Município de Porto Alegre, que previam o reajuste automático bimestral dos vencimentos dos servidores municipais pela variação do índice de entidade particular (ICV-DIEESE). **Aplicação do art. 101 do RISTF, a teor do qual - salvo proposta de revisão por qualquer dos Ministros - a declaração plenária de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei será de logo aplicada aos novos feitos submetidos à Turma ou ao Plenário: recurso extraordinário do Município conhecido e provido.**” (RE 323.526. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 31.05.2002, p. 47.)

<sup>269</sup> “Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.”

“Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário”.

<sup>270</sup> “A existência de precedente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento **imediato** de causas que versem o mesmo tema (RISTF, art. 101). A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por maioria qualificada, aplica-se aos novos processos submetidos à apreciação **das Turmas ou à deliberação dos Juízes que integram a Corte**, viabilizando, em conseqüência, **o julgamento IMEDIATO de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão plenário — que firmou o precedente no *leading case* — não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado. Precedentes.** É que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida nas condições estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, **vincula** os julgamentos futuros a serem efetuados, **colegialmente, pelas Turmas ou, monocraticamente, pelos Juízes desta Corte**, ressalvada a possibilidade de qualquer dos Ministros do Tribunal — com apoio no que dispõe o art. 103 do RISTF — propor, ao Pleno, a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional.” (RE 216.259-AgR, Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 19.05.2000.)

*fortiori*, motivo para tratamento diverso quanto às decisões proferidas nos processos objetivos, vocacionadas, por definição, a vincular as decisões futuras<sup>271</sup>.

#### 4.1.7. Limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante

Assim como a coisa julgada possui limites objetivos e subjetivos, o efeito vinculante também os possui. Impende, então, analisar dos limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante.

##### 4.1.7.1. Limites objetivos

Para descortinar os limites objetivos do efeito vinculante, deve-se perguntar: O que produz efeito vinculante? De que *objeto* promana o efeito vinculante?

##### 4.1.7.1.1. Efeito vinculante: vinculação aos motivos determinantes (“*tragende Gründe*”) ou à parte dispositiva da decisão?

Segundo alguns, somente a *parte dispositiva* do acórdão do STF é que produz efeito vinculante, ao passo que para outros os *motivos determinantes* da decisão também seriam hábeis a produzir efeito vinculante.

A primeira corrente, de início prevalente no STF (desde o julgamento da ADC nº 1), propugna, alicerçada no direito positivo brasileiro, que, assim

---

<sup>271</sup> “REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). [...] O RE 251.238 foi provido **para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário.** Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence.” (AI-AgR 375011. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 28.10.2004, p. 43.) Insta salientar que o Recurso Extraordinário, instrumento por excelência do controle *incidental* de constitucionalidade exercido pelo STF, pode, *excepcionalmente*, ser instrumento do controle *abstrato* exercido pelo STF e produzir efeitos *erga omnes*: trata-se do Recurso Extraordinário das decisões proferidas nas *representações de inconstitucionalidade* julgadas pelos Tribunais de Justiça. É exatamente o caso do RE 251.238, referido na ementa retrotranscrita. Cfr. ainda: DUTRA, Carlos Roberto de Alekmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 110-112.

como a coisa julgada, o efeito vinculante restringe-se à parte dispositiva do acórdão do STF<sup>272</sup>.

A segunda corrente, que vem cobrando força no STF graças à adesão de GILMAR MENDES, predica, estadeada na doutrina alemã, que os *fundamentos determinantes* (“**tragende Gründe**”) da decisão do STF, excluídas, portanto, as considerações marginais (os *obiter dicta*, as coisas ditas de passagem), gerariam, tanto quanto a parte dispositiva do acórdão, efeito vinculante<sup>273</sup>. Assim, os demais membros do Poder Judiciário e a Administração Pública estariam vinculados não apenas à *conclusão* do acórdão do STF, mas igualmente aos *fundamentos jurídicos* utilizados pelo STF para chegar a essa conclusão<sup>274</sup>. Dessarte, o efeito vinculante emanaria do denominado “*conteúdo essencial da decisão*”<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> No âmbito doutrinário, cf., por todos: FERRARI, Regina M. M. Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade...*, pp. 254 *et passim*. Para CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (*A fiscalização abstrata...*, pp. 307-311; 267 *et pass.*), embora *de lege lata* o efeito vinculante emane apenas da parte dispositiva, *de lege ferenda* o ideal seria sua extensão aos fundamentos determinantes. Confira-se: “No caso brasileiro, **porque o Constituinte reformador referiu-se à ‘decisão definitiva de mérito’**, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: a decisão) parte dispositiva.” (*Id.*, *ibid.*, p. 307.) (Grifou-se.) “Parece ser inevitável conferir-se às apontadas decisões uma eficácia vinculante que se estenda para além da parte dispositiva, alcançando também a fundamentação da sentença.” (*Id.*, *ibid.*, p. 267) “Toca ao Congresso Nacional, como já reclamado anteriormente, corrigir essa inexplicável diferença de tratamento quanto aos efeitos das decisões proferidas nas duas ações [o que **já** foi feito pela EC 45-2004], estudando, ademais, a possibilidade de conferir efeito vinculante também *aos fundamentos (ou motivos) determinantes da decisão do Supremo* em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de ato normativo [o que **não** foi feito pela EC 45-2004].” (*Id.*, *ibid.*, p. 311). (Grifos do autor.)

<sup>273</sup> Na doutrina, cf., por todos: SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 223-230 *et pass.*

<sup>274</sup> Nesse sentido: “**RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.**” (Rcl nº 2363. Rel.: Min. GILMAR MENDES. DJU: 01.04.2005, p. 7.)

<sup>275</sup> “**RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em**

Cumprido, pois, investigar se a *transcendência* típica do efeito vinculante dimana tão-somente da parte dispositiva do acórdão do STF ou se promana, por igual, das *razões de decidir* adotadas no acórdão do STF. Por outra: releva indagar se o *dever de decidir em questões análogas segundo a orientação do STF* (efeito vinculante) é delimitado pela fundamentação do acórdão do STF ou pela parte dispositiva deste.

Em última análise, o que importa descobrir é: em que consiste uma “*questão análoga*” para fins de efeito vinculante? Como aferir se uma questão é *análoga* à decidida pelo STF em ADIn e ADC: (a) comparando-se a fundamentação do acórdão do STF em ADIn e ADC com a fundamentação utilizável na solução da questão que se tem diante de si, ou (b) cotejando-se *única e exclusivamente* a parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC com a parte dispositiva utilizável na resolução da questão que se enfrenta?

Analisemos, portanto, os argumentos de cada corrente jurisprudencial-doutrinária.

Conforme a segunda corrente, o efeito vinculante foi introduzido na CF-88 por meio da PEC nº 130-1992, apresentada pelo Deputado ROBERTO CAMPOS, a qual, na sua *exposição de motivos*, expressamente contemplava a extensão dos efeitos vinculantes aos fundamentos determinantes da decisão do STF. Entretanto, a nova redação sugerida na proposta não versou explicitamente sobre isso, sendo vazada, no particular, em termos semelhantes aos da redação hoje encontrada no art. 102, § 2º, da CF-88<sup>276</sup>.

De qualquer sorte, a PEC nº 130-1992 só foi incorporada parcialmente pela EC nº 3-93 (que instituiu a ADC), e o fato é que o texto que veio a ser efetivamente positivado como emenda constitucional não previu essa possibilidade.

Ademais, a EC nº 45-2004, promulgada após a instalação da controvérsia no STF sobre a extensão ou não do efeito vinculante aos motivos

---

**substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada precedente.” (Rcl nº 1987. Rel.: MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 21.05.2004, p. 33.)**

<sup>276</sup> Confirmam-se os teores da justificação e da alteração textual sugerida em: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 240-246.



determinantes, ao modificar a redação do art. 102, § 2º, da CF-88, e estender o efeito vinculante à ADIn, não alterou em nada esse panorama. Ou seja: a EC nº 45-2004 tratou especificamente sobre o efeito vinculante, mas não o estendeu às razões de decidir. Teve oportunidade de fazê-lo, mas não o fez.

Portanto, a interpretação *histórico-evolutiva* não favorece a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes.

O elemento *literal* também não socorre essa tese: é que, seja na redação da EC nº 3-93<sup>277</sup>, seja na redação da EC nº 45-2004<sup>278</sup>, a CF-88 limitou o efeito vinculante às “**decisões**” do STF, termo este que, conquanto possa ser usado para significar a *decisão como um todo*, é igualmente empregado para aludir *apenas à parte dispositiva da decisão*. Nestúltima acepção, o STF interpretou tal vocábulo na ADC nº 1.

O elemento *sistemático* também é desfavorável à tese da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes.

De feito, a Lei nº 9.868-99, que regulamenta o processo da ADIn e da ADC, e que também foi inspirada nas conclusões de uma comissão de estudos integrada por GILMAR MENDES, não consagrou a referida extensão em nenhum de seus dispositivos. Bem ao revés, o que se extrai de sua interpretação sistemática é a limitação do efeito vinculante só e unicamente à parte dispositiva do acórdão do STF.

É que nos arts. 28, *caput*, e 21, parágrafo único, a Lei nº 9.868-99, confirmando a praxe do STF<sup>279</sup>, só determina a **publicação oficial da parte dispositiva** dos acórdãos do STF em ADIn e ADC que produzem efeito vinculante, ou seja, tão-

<sup>277</sup> “Art. 102. [...] § 2º. As **DECISÕES definitivas de mérito**, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, **produzirão** eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.” (Redação dada pela EC 3-93.)

<sup>278</sup> “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 45-2004.)

<sup>279</sup> Por via de regra, o STF publica, juntamente com a parte dispositiva do acórdão, a *ementa* deste, quando disponível. Todavia, a ementa constitui mero *resumo* do julgado, e, embora possa sinalizar a fundamentação utilizada no acórdão, com esta não se confunde. A ementa não se equipara à fundamentação, às razões de decidir, **sendo, portanto, inservível para o fim de produzir efeito vinculante**. De fato, afirmar que a fundamentação determinante do julgado pode ser colhida da ementa equivale a dizer que esta também produz efeito vinculante, visto que seria o parâmetro oficial de aferição dos fundamentos determinantes, a única sede oficial onde se poderiam encontrar os motivos determinantes do julgado, o que aberraria até do valor reduzido que a jurisprudência do STF atribui à ementa, a qual não admite sequer o cabimento de embargos de declaração por omissão, obscuridade ou contradição na ementa, bem como por contradição desta com o restante do acórdão. É de salientar, outrossim, que a ementa até pouco tempo nem sequer fazia parte do acórdão, configurando apenas uma *súmula meramente informativa* do julgado.

somente a *parte dispositiva* das decisões concessivas de cautelar em ADIn e ADC e das decisões definitivas de mérito em ADIn e ADC é que precisam ser *publicadas oficialmente*.

Ora, é princípio universalmente consagrado o de que as leis só passam a vigorar após sua publicação oficial, pois só a partir de então é que se passa a conhecer o seu texto oficial que vinculará a todos os seus destinatários. Sem o conhecimento do texto oficial, não há como obrigar ninguém a cumpri-lo. Afinal, como se pode obedecer a uma ordem se não se sabe o teor desta ordem? Assim, mesmo a *ficção legal* segundo a qual se considera a lei como conhecida de todos não prescinde da publicação *oficial* da lei, a partir da qual esta ficção pode começar a operar. Ademais, o efeito vinculante decorrente da súmula vinculante é *expressamente condicionado* no art. 103-A, *caput*, da CF-88 à publicação da súmula na imprensa oficial.

Identicamente, as decisões do STF no controle abstrato só têm a sua parte dispositiva publicada na imprensa oficial porque só esta parte é vinculante. Só a parte dispositiva das decisões do STF em ADIn e ADC possui eficácia semelhante à eficácia das leis, à luz do papel de “legislador negativo” que o STF atribui a si mesmo<sup>280</sup>. Só a parte dispositiva das decisões do STF em ADIn e ADC é capaz de produzir eficácia *erga omnes*, coisa julgada *erga omnes* e efeito vinculante.

Como obrigar os demais juízes a decidir as questões análogas de conformidade com a *fundamentação* utilizada pelo STF no julgamento de uma ADIn ou ADC se esta mesma *fundamentação* não é *publicada oficialmente*, mas só a *conclusão do julgamento (parte dispositiva)*? Como usar uma fundamentação que se desconhece? Ninguém pode ser obrigado ao impossível (“*ad impossibilia nemo tenetur*”)....

Não custa lembrar que até mesmo a *publicação não-oficial* da fundamentação da decisão (pela *Internet*, por exemplo) pode ficar indisponível durante longo tempo, enquanto não é lavrado e publicado o acórdão respectivo. De fato, a experiência tem demonstrado que, muitas vezes, à conta do acúmulo de serviço, os

---

<sup>280</sup> Não é por outra razão que o art. 21, parágrafo único, e o art. 28, *caput*, da Lei 9.868-99 exigem que a parte dispositiva do acórdão do STF seja publicada em seção especial do **Diário Oficial da União-DOU** (onde se publicam as leis e atos normativos), e não apenas no **Diário de Justiça da União-DJU** (onde se publicam das decisões judiciais). Conquanto o art. 21, parágrafo único, não exija a publicação também no DJU, mas só no DOU, da parte dispositiva das decisões concessivas de cautelar em ADC, o STF tem determinado essa publicação, até porque a decisão concessiva da cautelar não deixa de ter natureza *judicial*. Tal omissão do art. 21, parágrafo único, deve-se provavelmente a um lapso redacional, pois o art. 28, *caput*, determina a publicação da parte dispositiva das decisões definitivas em ADIn e ADC tanto no DJU como no DOU.

acórdãos do STF demoram anos e anos para serem divulgados na *Internet* à espera de liberação das respectivas peças pelos julgadores para publicação.

É verdade que, até mesmo por causa dessa demora, o STF tem admitido que o que foi decidido no julgamento da ADIn e da ADC possa produzir efeitos imediatamente, ainda que pendente de publicação o acórdão. Todavia, *mesmo nesses casos excepcionais*, há comunicação direta da parte dispositiva do acórdão aos interessados<sup>281</sup> mediante FAX, telex, telegrama<sup>282</sup>, etc., visto como não se pode exigir o cumprimento do que foi decidido enquanto não haja *conhecimento* do que foi decidido.

Demais, o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868-99 foi cristalinamente claro ao dispor que é a **própria declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade** (“inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”) que produz efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, e **não os fundamentos determinantes dessa declaração de (in)constitucionalidade**:

“Art. 28. [...]”

**Parágrafo único. A DECLARAÇÃO de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a 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.”**

Certo é, portanto, que uma interpretação sistemática da Lei nº 9.868-99 (arts. 28, *caput*, e 21, parágrafo único) conduz à irrefragável conclusão de que, para ela, tão-somente a parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC seja capaz de produzir efeito vinculante, já que só esta necessita ser publicada na imprensa oficial, à semelhança das leis em geral, a fim de que possa ser exigido de todos o seu

<sup>281</sup> Isto é, àqueles de quem o STF espera o cumprimento da decisão.

<sup>282</sup> Escoliando o art. 21, parágrafo único, da Lei 9.868-99, que estabelece um prazo de 10 dias para publicação no DOU da parte dispositiva da decisão do STF concessiva de cautelar em ADC, assera IVES GANDRA: “O prazo, claramente, é prazo máximo, podendo o próprio Tribunal abreviá-lo e *até por telegrama* comunicar aos presidentes dos TRFs e aos demais juízes federais o teor da decisão, *para que possam submeter-se a ela, de imediato*, se a relevância assim o exigir [...], sendo de resto técnica adotada em casos de urgência pelo Tribunal, que tem comunicado por telegrama à autoridade que emanou o ato as liminares concedidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Deve ser publicado, em até dez dias, o provimento cautelar *para que a decisão tenha eficácia*; essa eficácia poderá, portanto, *ser obtida de imediato, com a comunicação direta* do Presidente do STF às instâncias inferiores”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade...*, pp. 282-283.)

cumprimento, e só a declaração de (in)constitucionalidade é que gera o efeito vinculante, e não os motivos determinantes dessa declaração.

Para além disso, há outras circunstâncias relevantes que militam contra a tese da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes do acórdão do STF em ADIn e ADC.

Há o *risco da generalização indevida*, relativamente encontrada nas fundamentações e bastante infreqüente nos dispositivos. Ao desenvolver o seu raciocínio, o julgador, de quando em vez, com a atenção dirigida para a questão concreta à sua frente, formula *premissas erroneamente generalizantes*, isto é, premissas que são verdadeiras para o caso sob exame e para um bom número de casos, mas que não são verdadeiras para *todos* os casos possíveis. Assim, o julgador, ao fundamentar sua decisão, formula premissas válidas para o caso sob apreciação, mas inválidas para casos excepcionais, não previstos por ele no momento em que decidia a questão posta sob seu julgamento. Esse risco é bem menor nos dispositivos, porque nestes se busca dar solução às questões de forma mais precisa, sem ir além da questão julgada, sem formular enunciados generalizantes.

Suponha-se, por exemplo, que, num processo objetivo, o STF declara a inconstitucionalidade de um decreto X sob o fundamento único de que este, em vez de simplesmente regulamentar uma lei existente, atuou como *decreto autônomo*, o que não é tolerado, *em nenhuma hipótese*, pela CF-88, já que esta não permite a edição de decreto que não seja para regulamentar o disposto em lei em sentido estrito. Na parte dispositiva do acórdão constará simplesmente que o STF declarou a inconstitucionalidade do decreto X.

Não há como negar que o *fundamento determinante* da decisão do STF, no exemplo acima, foi o de que *a Constituição não autoriza em nenhuma hipótese a edição de decreto autônomo*, até porque foi o único fundamento invocado no acórdão, não se podendo, portanto, qualificá-lo como um mero *obiter dictum*.

Assim, de acordo com a tese da extensão dos efeitos vinculantes aos motivos determinantes, o juiz que tenha de examinar a constitucionalidade do decreto Y — que **não** trata de matéria similar à do decreto X, mas sim de extinção de cargos públicos vagos no âmbito do Poder Executivo, nos termos do art. 84, VI, “b”, da CF-88<sup>283</sup> —, acusado de atuar como decreto autônomo (isto é, de atuar com força de lei,

---

<sup>283</sup> “Art. 84. Compete **privativamente** ao Presidente da República: [...] **VI** - dispor, **mediante decreto**, sobre: (redação dada pela EC nº 32-2001)

sem regulamentar uma lei preexistente), estará vinculado ao fundamento determinante da decisão do STF, qual seja, o de que “*a Constituição não autoriza em nenhuma hipótese a edição de decreto autônomo*”. Portanto, ver-se-ia obrigado, por força do efeito vinculante desse fundamento, a declarar a inconstitucionalidade do decreto Y.

Ocorre que o decreto Y não é inconstitucional, pois consubstancia uma das hipóteses *excepcionais* de constitucionalidade do decreto autônomo, a saber, quando o decreto trata da extinção de cargos vagos no âmbito do Poder Executivo (CF-88, art. 84, VI, “b”)! Mas o juiz observou o efeito vinculante do fundamento determinante da decisão do STF, visto como o decreto Y constituía um decreto autônomo e, como tal, perfeitamente enquadrável na premissa estabelecida pelo STF como fundamento determinante de sua decisão de que “*a Constituição não autoriza em nenhuma hipótese a edição de decreto autônomo*”, **sendo, portanto, para fins de efeito vinculante, uma questão análoga à decidida pelo STF.**

Contrariamente, segundo a tese da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC, o juiz poderia ter declarado a *constitucionalidade* do decreto autônomo Y, porquanto **(a)** não estaria vinculado à fundamentação adotada pelo STF (de que “*a Constituição não autoriza em nenhuma hipótese a edição de decreto autônomo*”), podendo fundamentar sua decisão de forma diversa e até contrária, e **(b)** a *analogia* haveria de ser buscada por meio do exame da parte dispositiva do acórdão do STF. Como nesta simplesmente se afirmava a inconstitucionalidade do decreto X, o qual tratava de matéria diferente da versada no decreto Y, e esse discripe era relevante no caso, o juiz poderia concluir de modo oposto ao fundamento da decisão do STF, porque ele não estava diante de “*questão análoga*” para fins de efeito vinculante.

Insta advertir, no entanto, que a tese da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva *não impede a análise* dos fundamentos determinantes do acórdão do STF *para o fim de melhor compreender e esclarecer o sentido e o alcance da parte dispositiva* do respectivo acórdão do STF. O que ela não admite é a *vinculação* ao que estiver contido na fundamentação. Mas a análise das razões de decidir é útil e *recomendável* para a perfeita inteligência da parte dispositiva do acórdão do STF, até porque este é um dos objetivos precípuos da exigência de fundamentar as decisões.

---

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela EC nº 32-2001.)

b) **extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;** (Incluída pela EC nº 32-2001.)”

O mesmo se passa com a coisa julgada: os fundamentos, ainda que indispensáveis para a inteligência do dispositivo, não produzem coisa julgada (CPC, art. 469, I<sup>284</sup>).

Em suma, como se pode ver, o *risco de generalização indevida* é maior na fundamentação do que na parte dispositiva do acórdão do STF, pela própria estrutura destas.

Há ainda outros fatores desabonadores da tese da vinculação aos fundamentos determinantes.

Além de incorrer num maior risco de generalização indevida, a vinculação aos motivos determinantes pode ser substituída com bastante vantagem pela *súmula vinculante*.

De feito, a *súmula vinculante* desempenha muito melhor o papel que se quer atribuir à vinculação aos motivos determinantes, porquanto: **(a)** seu teor é conhecido de todos, visto que deve ser *publicada na imprensa oficial*, por imposição da própria CF-88 (art. 103-A, *caput*<sup>285</sup>), só produzindo efeito vinculante a partir dessa publicação oficial; **(b)** a *súmula vinculante* trata exatamente do assunto em questão, dispensando (*rectius*, impedindo) aplicação analógica, pois limita-se às questões *idênticas*<sup>286</sup> (CF-88, art. 103-A, § 1º); **(c)** é mais segura, já que para sua edição se exigem reiteradas decisões no mesmo sentido (CF-88, art. 103-A, *caput*), diminuindo-se, ante a grande variedade de causas examinadas pelo STF, o risco de generalização indevida, tão elevado na vinculação aos motivos determinantes.

Demais disso, a *súmula vinculante* possui *previsão constitucional explícita* (CF-88, art. 103-A), ao contrário da vinculação aos motivos determinantes<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> “**Art. 469.** Não fazem coisa julgada:

I — os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.”

<sup>285</sup> “**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, APÓS REITERADAS DECISÕES SOBRE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, aprovar **súmula** que, **A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL, terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela EC nº 45-2004.)” A referida “publicação na imprensa oficial” deve ser feita tanto no DOU como no DJU, por injunção do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.417-2006, que regulamentou a *súmula vinculante*: “**Art. 2º. [...] § 4º.** No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de *súmula* com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, **em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União**, o enunciado respectivo.”

<sup>286</sup> “**Art. 103-A. [...] § 1º.** A *súmula* terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de **normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos **sobre QUESTÃO IDÊNTICA.**”

<sup>287</sup> Sobre as características da *súmula vinculante* acima referidas, cf., *retro*, item 4.1.4.2.

À vista disso, pode-se asseverar que a *utilidade prática* da extensão do efeito vinculante aos fundamentos determinantes da decisão do STF em ADIn e ADC desapareceu com a instituição da súmula vinculante por meio da EC nº 45-2004.

Em síntese, por todas essas razões, afigura-se-nos mais adequada a tese da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC.

Portanto, malgrado a análise da fundamentação seja altamente recomendável para a própria inteligência da parte dispositiva do acórdão, no que toca ao efeito vinculante, para aferir se uma questão *é análoga* à decidida pelo STF em ADIn e ADC deve-se cotejar *única e exclusivamente* a parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC com a parte dispositiva utilizável na resolução da questão que se enfrenta.

#### 4.1.7.2. Limites subjetivos

Para descobrir os limites subjetivos do efeito vinculante, deve-se questionar: *Quem é atingido pelo efeito vinculante? Que sujeitos são alcançados pelo dever de decidir questões análogas conforme a parte dispositiva do acórdão do STF em ADIn e ADC?*

##### 4.1.7.2.1. Inexistência de autovinculação do STF

Ao revés do que sucede com a coisa julgada *erga omnes*, o efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC não atinge o próprio STF, haja vista a ressalva expressa no art. 102, § 2º, da CF-88:

“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 45-2004.)

Outrossim, nos termos do art. 103-A, *caput*, da CF-88, o efeito vinculante produzido pela súmula vinculante também não colhe o STF:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após

reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos DEMAIS órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela EC 45-2004.)

Dessarte, não havendo uma autovinculação do STF no que respeita ao efeito vinculante de suas decisões, é-lhe facultado, no julgamento de norma de *conteúdo idêntico ou semelhante* ao de norma por ele mesmo declarada (in)constitucional, decidir de forma diferente, bem como decidir contrariamente à súmula vinculante (ainda que esta não tenha sido cancelada ou revisada).

Verdade seja que o art. 28 da Lei nº 9.868-99 omitiu a ressalva expressa no art. 102, § 2º, da CF-88 mediante o uso do termo “demais”. Não podendo, no entanto, a lei ordinária sujeitar o STF ao efeito vinculante quando a própria Constituição, de forma ostensiva<sup>288</sup>, o excluiu dessa sujeição, deve-se emprestar interpretação conforme ao aludido art. 28, parágrafo único, de sorte que se subentenda a exclusão do STF dos limites subjetivos do efeito vinculante, sob pena de inconstitucionalidade parcial do preceito.

#### 4.1.7.2.2. Inexistência de vinculação do Poder Legislativo

Assim como o STF, o Poder Legislativo, *no exercício da sua atividade típica*<sup>289</sup>, não se submete ao efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC, nem ao efeito vinculante adveniente da súmula vinculante<sup>290</sup>. Dessa forma, o

<sup>288</sup> A PEC nº 130-1992, apresentada pelo Deputado ROBERTO CAMPOS, continha redação igualmente abrangente, mas o texto efetivamente convertido na EC nº 3-93 abriu a exceção em favor do STF.

<sup>289</sup> Conquanto a CF-88 haja simplesmente excluído o Poder Legislativo do rol de sujeitos alcançados pelo efeito vinculante, quer-nos parecer que tal exclusão teve em mira a garantia da liberdade do exercício da atividade legiferante, de modo que no exercício de funções *atípicas (administrativas ou jurisdicionais)*, o Poder Legislativo submete-se normalmente ao efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC e à orientação consubstanciada em súmula vinculante. Da mesma forma, prefigura-se-nos que o STF, igualmente excluído do rol de sujeitos atingidos pelo efeito vinculante, só é imune ao efeito vinculante das próprias decisões em ADIn e ADC quando no exercício de sua função **jurisdicional**, e não no exercício de suas funções **atípicas (administrativa e legiferante)**, uma vez que essa insubmissão ao efeito vinculante não parece decorrer da sua preeminência como órgão do Poder Judiciário, nem do fato de produzir a decisão que surte efeito vinculante, mas sim do intuito de garantir mais amplamente sua liberdade e independência no exercício da função jurisdicional, até mesmo como fator de oxigenação e adaptação da jurisprudência às novas realidades. Até porque não faria sentido algum que o STF pudesse livremente aplicar *administrativamente* interpretação contrastante com a orientação dessumível das decisões **judiciais dele mesmo, sem que tenha havido prévia mudança jurisprudencial**.

<sup>290</sup> É o que se infere claramente da dicção dos arts. 102, § 2º, e 103-A da CF-88, que, num *silêncio eloqüente*, não inseriram o Poder Legislativo na enumeração dos sujeitos ao efeito vinculante: “**Art. 102.** [...] § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas



Congresso Nacional, a Câmara Legislativa Distrital, as Assembléias Legislativas e as Câmaras de Vereadores **podem** editar leis e atos normativos de conteúdo contrário ao de uma decisão do STF em ADIn e ADC dotada de efeito vinculante ou de uma súmula vinculante. Nada obsta a que **reiterem**, em lei ou em ato normativo *formalmente* diverso, disposição com *idêntico conteúdo* ao de lei ou de ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em ADIn e ADC ou com *conteúdo* inteiramente contraposto ao teor literal de súmula vinculante<sup>291</sup>.

Obviamente, a norma reiterativa, se portadora do mesmo vício de inconstitucionalidade<sup>292</sup>, sujeitar-se-á, tal como a norma predecessora, à declaração judicial de inconstitucionalidade pelo STF ou por qualquer juízo, bem como à não-observância por parte da Administração Pública, jungida como está ao efeito vinculante.

Demais, o fato de o efeito vinculante não atingir os particulares não significa que estes não possam sofrer as conseqüências do efeito vinculante. É que, embora não haja um *vinculum iuris* a sujeitar diretamente os particulares ao efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC, ficando estes inteiramente livres para tomar decisões privadas (como, *e.g.*, celebrar contratos) contrárias à orientação dimanada do STF, estas mesmas decisões poderão ser declaradas nulas, judicial ou

---

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 45-2004.) “**Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela EC nº 45-2004.) Por sua vez, a Lei nº 11.417-2006, reconhecendo a insubmissão do Poder Legislativo, no exercício de sua atividade legiferante, à súmula vinculante, dispôs: “**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.”

<sup>291</sup> Embora a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*) a admita, o STF tem sistematicamente entendido que não há uma *proibição de reiteração* oponível ao Poder Legislativo, haja vista a inequívoca opção constitucional expressa nos arts. 102, § 2º, e 103-A da CF-88. Assim, no direito alemão, à diferença do que ocorre no direito brasileiro, o efeito vinculante atinge também o Poder Legislativo, gerando, além da *proibição de reiteração* (que se traduz numa *obrigação negativa*, isto é, um *non facere*), o *dever de adequação* da legislação à orientação oriunda do Tribunal Constitucional (que configura uma *obrigação positiva, de fazer*, isto é, um *facere*). Portanto, se o Tribunal Constitucional germânico declara a inconstitucionalidade da Lei A do Estado B, o Poder Legislativo do Estado C da Federação alemã fica obrigado a **revogar ou modificar** a Lei D por ele editada que tenha **conteúdo idêntico ou análogo** ao da Lei A promulgada pelo Estado B da Federação, em ordem a **adequar** sua legislação à orientação fixada, com efeito vinculante, pelo Tribunal. Cfr. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade...*, pp. 341-342.

<sup>292</sup> Pode suceder que a norma reiterativa não seja eivada da mesma mácula de inconstitucionalidade. Exemplo: a norma X foi declarada inconstitucional pelo STF em ADIn. A norma Y, de idêntico conteúdo, é promulgada após a edição de uma emenda constitucional que a legitima. Nesse caso, a norma Y, malgrado reiterar integralmente o conteúdo da norma anterior, é perfeitamente constitucional, não sendo atingida pelo efeito vinculante da decisão do STF sobre a norma X.

administrativamente, porque os órgãos judiciais e administrativos estão obrigados, nas respectivas decisões, a observar o efeito vinculante da decisão do STF.

Destarte, pelo prisma pragmático, a limitação subjetiva do efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, com a conseqüente exclusão do STF, do Poder Legislativo e dos particulares, não debilita de modo significativo o efeito vinculante da decisão de (in)constitucionalidade do STF em ADIn e ADC, já que, ao inverter a presunção de constitucionalidade e propiciar a declaração de inconstitucionalidade pela própria Administração Pública<sup>293</sup> da norma *idêntica ou análoga*, a decisão vinculante do STF enfraquece sobremaneira a possibilidade de sobrevivência de tais normas *idênticas ou assemelhadas*. Tais normas revestem-se de eficácia similar à das normas que veiculam “obrigações naturais”, porque, se não cumpridas espontaneamente, não podem ser exigidas judicial ou administrativamente.

---

<sup>293</sup> Por “Administração Pública” deve-se entender, repise-se, não apenas o Poder Executivo no exercício da sua atividade típica (administrativa), mas também o Poder Legislativo e o Judiciário no exercício de suas atividades administrativas atípicas. Onde houver exercício da **função administrativa**, deverá haver obediência ao efeito vinculante. Em verdade, o art. 102, § 2º, da CF-88, na redação anterior, dada pela EC nº 3-93, referia-se ao “**Poder Executivo**”, ao passo que, em sua novel redação, emprestada pela EC nº 45-2004, o preceptivo constitucional estendeu o efeito vinculante “à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, empregando inclusive a expressão “administração pública” com iniciais minúsculas, mais adequada, segundo muitos doutrinadores, para exprimir a própria *atividade administrativa*, em lugar dos *órgãos exercentes* dessa atividade administrativa (quando a expressão é mais apropriadamente grafada com iniciais maiúsculas). De qualquer sorte, mesmo a “Administração Pública” (com maiúsculas), isto é, como conjunto dos órgãos, pessoas jurídicas e agentes incumbidos do exercício da função administrativa, não se confunde com o poder Executivo. “A Administração Pública” — di-lo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO — “sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo *a função administrativa em si*, e não o Poder em que ela é exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, **em qualquer desses Poderes**, estejam **exercendo função administrativa**, serão **integrantes da Administração Pública**.” (*Manual de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10.) Aliás, alguns administrativistas (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, dentre outros) admitem até mesmo a existência de entidades da administração indireta vinculadas aos Poderes Legislativo e Judiciário e desvinculadas do Poder Executivo: “Sempre que se faz referência à Administração Indireta do Estado, a idéia de vinculação das entidades traz à tona, como órgão controlador, o Poder Executivo. Entretanto, o art. 37 da Constituição alude à administração direta, indireta e fundacional *de qualquer dos Poderes* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim dizendo, poder-se-ia admitir a existência de entidades de administração indireta vinculadas também às estruturas dos Poderes Legislativo e Judiciário, embora o fato não seja comum, por ser o Executivo o Poder incumbido basicamente da administração do Estado.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, p. 377.) (Grifos do original.)

O mesmo se diga das normas reiterativas contravenientes ao disposto nas súmulas vinculantes, salvo se tais normas tiverem o poder de alterar a orientação consagrada na súmula vinculante no que diz com elas<sup>294</sup>.

#### 4.2. O denominado “efeito repristinatório” e o efeito vinculante

Como precedentemente enfatizado (item 3.6.), a decisão do STF em ADIn ou ADC, *em rigor*, não repristina a legislação anterior eventualmente<sup>295</sup> revogada pela norma declarada inconstitucional pelo STF, já que, sendo a norma inconstitucional nula *ab initio*, em verdade nunca teria tido o poder de revogar a norma anterior, e se esta nunca foi revogada, não precisaria, *nem poderia*, ser repristinada pela decisão do STF.

Ademais, a repristinação autêntica é operada por uma *lei* subsequente, e não por uma *decisão judicial*, ainda que de contornos “quase legislativos”. De outra parte, a autêntica repristinação, por via de regra, não gera efeitos *ex tunc* (retroativos), mas apenas *ex nunc* (prospectivos)<sup>296</sup>, ao passo que o “efeito repristinatório” da decisão *definitiva* do STF em ADIn ou ADC, em princípio, produz efeitos retroativos e o “efeito repristinatório” das decisões provisórias (cautelares) pode produzir efeitos retroativos, contanto que a decisão seja expressa a este respeito (Lei nº 9.868/99, art. 27 c/c art. 11, § 2º). Por fim, a verdadeira repristinação não pode ser tácita, necessitando vir expressa na lei repristinadora (LICC, art. 2º, § 3º), enquanto o “efeito repristinatório” das decisões em ADIn e ADC opera independentemente de previsão expressa na decisão do STF.

Todavia, costuma-se aludir a um “efeito repristinatório” operado pela decisão do STF em ADIn e ADC, no sentido de que, a partir desta decisão, a legislação anterior volta a gozar da *presunção de vigência e de constitucionalidade* de que desfrutava até a entrada em vigor da norma inconstitucional posterior que supostamente a revogava. Nisso se resume o referido “efeito repristinatório”,

<sup>294</sup> Exemplo: uma súmula vinculante afirma a inconstitucionalidade formal de determinada lei, e o Congresso edita outra lei de conteúdo idêntico, mas aprovada sem o vício formal. Por óbvio, a orientação da súmula vinculante não se aplica à nova lei.

<sup>295</sup> O art. 11, § 2º, alude, prudentemente, à “legislação anterior *acaso existente*”, visto como nem sempre a lei nova revoga legislação anterior incompatível, pois pode suceder que simplesmente inexista legislação anterior revogável, disciplinando a lei nova *pela primeira vez* determinada situação. No mesmo diapasão, cf. o escólio de IVES GANDRA (in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 208.)

<sup>296</sup> No sentido de que “a repristinação surte sempre efeitos *ex nunc*”, confira-se: DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 81. BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade...*, p. 206.

denominação esta advinda da *semelhança* desse efeito com o decorrente da autêntica repristinação.

Destarte, não obstante a dicção do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99, segundo a qual “a concessão de medida cautelar *torna aplicável* a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”, o fato é que a legislação anterior, na realidade, *nunca deixou de ser aplicável* por conta da norma inconstitucional, pois esta, sendo nula *ab initio*, nunca subtraiu verdadeiramente a aplicabilidade da legislação anterior contrária, tanto que qualquer juiz poderia ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade daquela norma e aplicado ao caso concreto a norma anterior antes de o STF ter-se pronunciado em ADIn ou ADC sobre o tema, assim como qualquer particular, arcando com os riscos daí decorrentes, poderia ter validamente celebrado um contrato à luz do disposto na legislação anterior, à consideração de que a norma posterior era inconstitucional, apesar de o STF ainda não haver declarado essa constitucionalidade.

De fato, se a norma anterior nunca perdeu sua *vigência* (= aptidão para incidir), mas apenas, eventualmente, sua *eficácia social*<sup>297</sup>, o que a decisão do STF restabelece não é esta vigência, porém sim a *presunção relativa dessa vigência*, existente até a data da suposta revogação dessa norma pela norma inconstitucional ulterior<sup>298</sup>. Assim, a decisão do STF apenas restitui à norma anterior a *presunção* relativa de vigência de que fruía, *presunção* esta que *fora invertida* pela entrada em vigor da norma inconstitucional posterior contrária<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Embora considere, em harmonia com a tese esposada no texto, que o art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868-99 não consagra o fenômeno da *repristinação* autêntica, IVES GANDRA afirma que a decisão do STF restabelece a própria *vigência* e a própria *validade* da norma anterior: “Dessa forma, não é a vontade do legislador pretérito que restabelece a norma anterior, mas o erro do legislador atual, que é afastado *para que a norma recupere sua vigência, validade e eficácia desde o início*. [...] Assim, não há repristinação nem na decisão final, nem na concessão de medida cautelar, mas, na primeira, *o restabelecimento definitivo da eficácia e da vigência* da norma anterior como se jamais tivessem sido afastados; na segunda, o restabelecimento provisório, na expectativa de seu retorno, diante da possibilidade de retirada definitiva da lei, suspeita de inconstitucionalidade.” (*Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 210.) Por seu turno, o STF freqüentemente alude à “restauração da *vigência*” da norma, afirmando que a norma “*voltará a vigorar*” ou usando expressões quejandas, embora, contraditoriamente, afirme outras vezes que “*permanece vigente* a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade” (RTJ 101/503) (Cfr., ilustrativamente, transcrições em: *Controle concentrado de constitucionalidade...*, p. 212).

<sup>298</sup> E com o restabelecimento da *presunção de vigência* da norma, recupera ela também, *por via de consequência*, a sua *presunção de constitucionalidade*, visto como, segundo regra assente em nosso sistema constitucional, a *lei em vigor*, ou *presumivelmente em vigor*, goza de *presunção relativa de constitucionalidade*.

<sup>299</sup> Assim, a decisão do STF, ao declarar a inconstitucionalidade da norma posterior, apenas elimina esta da equação do problema. Ou seja, se a norma anterior era *inconstitucional por outro motivo* ou *não possuía vigência por outra razão*, continuará a ser inconstitucional ou desprovida de vigência *da mesma*

Mas a decisão do STF limita-se a restabelecer o *statu quo ante*, não agregando uma presunção relativa de vigência e constitucionalidade a uma norma que não a possuísse. Ademais, justamente porque se trata de uma presunção *relativa (iuris tantum)*, uma vez que o STF não se pronunciou sobre a sua vigência e constitucionalidade, mas sim sobre a constitucionalidade e a vigência da norma posterior que supostamente a revogava, nada impede que qualquer juiz declare a inconstitucionalidade da norma anterior, afastando assim a presunção relativa de vigência e de constitucionalidade de que usufruía<sup>300</sup>.

Assim, não é propriamente a *decisão* do STF que torna aplicável ou inaplicável a legislação pretérita. É a inconstitucionalidade da norma posterior conflitante que *permite* a aplicabilidade da legislação pretérita<sup>301</sup>. O que a *decisão* do STF torna *inaplicável* é a norma posterior que esteja sendo objeto de controle abstrato e por ele declarada inconstitucional.

Ademais, o “efeito repristinatório” também não é decorrência do disposto no art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868-99, que apenas o *explicita*, mas da própria inconstitucionalidade, razão pela qual o STF, antes mesmo da edição da Lei nº 9.868-99, vinha considerando “repristinadas” as normas supostamente revogadas pela norma declarada inconstitucional, por faltar a esta a eficácia revogatória típica das normas constitucionais.

#### 4.2.1. O “efeito repristinatório” injusto ou indesejado

Observou-se, há pouco, que a decisão do STF em ADIn ou ADC declaratória da inconstitucionalidade de uma norma *simplesmente restaura* a presunção relativa de vigência e, portanto, de constitucionalidade de que a legislação pretérita dispunha até a data da suposta revogação desta por aquela, *sem reforçá-la, nem enfraquecê-la*.

---

*forma* após a decisão do STF sobre a norma posterior. O que a decisão do STF impede é que se considere inconstitucional ou desprovida de vigência *por conta da legislação posterior, por ele declarada inconstitucional*.

<sup>300</sup> Salvo, obviamente, se a decisão do STF abranja expressamente a norma anterior, por meio de *cumulação de pedidos*, como se verá adiante.

<sup>301</sup> Não há, portanto, *nenhuma solução de continuidade* na vigência (aplicabilidade) da legislação anterior à entrada em vigor da norma inconstitucional: aquela *permanece* vigente (aplicável) a despeito da entrada em vigor destúltima, porque insuscetível de ser revogada por uma norma inconstitucional e, portanto, nula *ab origine*.

Situações há em que essa restauração da presunção relativa de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita não é desejável, porquanto *manteria* ou até *agravaria* o estado de inconstitucionalidade gerado pela norma inconstitucional posterior, de sorte que, em termos concretos, a decisão do STF não se revestiria de utilidade prática. Em casos que tais, diz-se que a decisão do STF produziria um “efeito repristinatório” injusto ou indesejado, que deve ser obviado a fim de que a decisão possa ser útil e assim *eliminar* ou, quando menos, *reduzir* o estado de inconstitucionalidade existente.

A nosso ver, não há necessidade de que seja o mesmo vício de inconstitucionalidade a inquinar a norma atual e a anterior. Assim, mesmo que o vício de inconstitucionalidade seja diverso (v.g., inconstitucionalidade *formal* da norma atual e inconstitucionalidade *material* da norma anterior), pode configurar-se o “efeito repristinatório” indesejado.

#### 4.2.1.1. Da necessidade de cumulação de pedidos e seus inconvenientes

Para o STF, o meio mais adequado de obstar à assurgência de um “efeito repristinatório” injusto ou indesejado é exigir do legitimado ativo que formule pedido cumulativo de declaração de inconstitucionalidade da norma que seria “repristinada” pela decisão do STF (*rectius*, da norma que voltaria a usufruir da presunção relativa de vigência e de constitucionalidade). Sem esse pedido cumulativo *expresso*, a ação seria incognoscível, devendo ser extinta sem resolução de seu mérito.

Malgrado não seja tecnicamente incorreta, essa postura jurisprudencial pode conduzir a certas perplexidades diante da própria jurisprudência do STF.

Sobreleva consignar que a exigência do pedido cumulativo dissona da jurisprudência atualmente consolidada no STF sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento *mesmo sem pedido expresso*. Com efeito, não há razão particular que justifique tratamento diferenciado entre a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de normas *que não se sucedem no tempo* e a declaração de inconstitucionalidade de normas *que se sucedem no tempo* (que não poderia ocorrer *por arrastamento, de ofício*, mas apenas mediante *pedido expresso* do legitimado ativo).

Esse tema, ainda carecente de maior aprofundamento, suscita muitas questões interessantes, como a de saber se é possível a declaração de inconstitucionalidade sem a formulação de pedido cumulado em relação à norma pretérita quando esta apresenta vício de inconstitucionalidade *menos grave* do que o da norma posterior impugnada, de maneira que não se *eliminaria*, mas, pelo menos, se *reduziria* o estado de inconstitucionalidade gerado pela aplicabilidade da norma posterior.

Quer-nos parecer que é cabível ADIn nessa hipótese, *desde que a norma “repristinada”<sup>302</sup> fosse também menos gravosa à Constituição do que a sua antecessora ou do que um estado de anomia (vácuo normativo)*, porquanto não se poderia afirmar que nessa hipótese faltaria interesse processual objetivo, visto que a declaração de inconstitucionalidade *amenizaria* o estado de inconstitucionalidade, satisfazendo-se assim o requisito da utilidade prática.

Assim, *v.g.*, se há três normas, A, B e C, que se sucedem no tempo e que se revogam nessa mesma seqüência, sendo B a menos gravosa à Constituição, seria cabível ADIn contra a norma C sem pedido cumulado contra a norma B, porque, se houvesse esse pedido, seria “repristinada” a norma A, que é mais ofensiva à Constituição do que a norma B. Sem esse pedido cumulado contra a norma B, esta é que seria “repristinada”, *atenuando-se* dessa forma o estado de inconstitucionalidade. O mesmo se diga do estado de anomia: inexistindo a norma A, e sendo a situação de vácuo normativo mais gravosa à Constituição do que a aplicabilidade da norma B ou da norma C, cabível seria a ADIn apenas contra a norma C.

Aliás, o próprio art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868-99 abre exceção ao “efeito repristinatório”, ao prever a possibilidade de o STF dispor de forma diversa, com tal condição que o faça de modo expresse (“a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, *salvo expressa manifestação em sentido contrário*”). Essa parece ser uma das hipóteses de legítima aplicação dessa ressalva.

Por outro lado, quando entre as normas inconstitucionais contrastantes houver a *intermediação cronológica* da Constituição-parâmetro, isto é, caso a norma anterior seja pré-constitucional e a norma posterior seja pós-

---

<sup>302</sup> Referimo-nos doravante à norma “repristinada” apenas para fins de simplificação frasal, *brevitatis causa*, insistindo, todavia, em que não há verdadeira repristinação em tais casos, mas mera restituição da presunção de vigência e, portanto, de constitucionalidade da norma pretérita, motivo pelo qual, nesses casos, usaremos o termo “repristinar” sempre entre aspas.

constitucional<sup>303</sup>, não haverá necessidade de formulação de pedido cumulativo de declaração de inconstitucionalidade da norma anterior (pré-constitucional): é que esta, em tal situação específica, terá sido *revogada* pela Constituição-parâmetro<sup>304</sup>, não sendo possível a sua “repristinção”<sup>305</sup> pela declaração de inconstitucionalidade da norma posterior (pós-constitucional). Assim, nessa hipótese, a norma anterior (pré-constitucional) não seria “repristinada” porque não teria perdido a sua vigência por causa da norma inconstitucional posterior (pós-constitucional), mas sim por virtude da própria Constituição-parâmetro que se interpôs temporalmente entre ambas.

Dessarte, se *não é possível* a “repristinção” da norma pré-constitucional nessa situação, não há por que exigir do autor da ação que deduza pedido cumulativo de declaração de inconstitucionalidade dessa norma para evitar sua “repristinção”. Portanto, nesses casos, *não há necessidade* de o STF *proferir decisão* sobre a (in)constitucionalidade da norma que seria “repristinada”, nem sobre a aplicabilidade ou não desta norma<sup>306</sup>.

Contudo, se a inconstitucionalidade *da norma pré-constitucional* for *meramente formal*, em face da Constituição-parâmetro interposta, faz-se necessária a formulação do pedido cumulativo de declaração de inconstitucionalidade dessa norma,

---

<sup>303</sup> Esclarecendo ainda mais a situação posta acima: entrou em vigor a norma A; em seguida, foi editada a Constituição-parâmetro; depois, entrou em vigor a norma B. Assim, *cronologicamente*, a Constituição-parâmetro está interposta entre a norma A (que é por isso *pré-constitucional*) e a norma B (que, por isso, é *pós-constitucional*). No exemplo, tanto a norma A, como a norma B são inconstitucionais: a norma A padece de inconstitucionalidade *superveniente* (a partir da entrada em vigor da Constituição-parâmetro contrária a ela) e a norma B de inconstitucionalidade *originária*. Apesar de contrastantes entre si, a norma B não revogou a norma A, pois a própria Constituição-parâmetro já a havia revogado antes mesmo que a norma B tivesse entrado em vigor. Assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma B não surte nenhum “efeito repristinatório” em relação à norma A, não a faz recuperar a sua presunção de vigência e de constitucionalidade.

<sup>304</sup> Seja à luz da teoria da *revogação pura e simples* perfilhada pelo STF, seja à luz da teoria da *revogação por inconstitucionalidade* defendida neste trabalho.

<sup>305</sup> *Rectius*, a recuperação de sua presunção de vigência e de constitucionalidade.

<sup>306</sup> No mesmo sentido: “Ocorre, porém, que as limitações decorrentes da opção pela tese da simples revogação (critério cronológico) impedem que a declaração de inconstitucionalidade abranja normas editadas sob Constituições anteriores. Mas nem por isso deve deixar o STF de julgar o mérito de determinadas ações diretas de inconstitucionalidade sob o argumento de que a procedência do pedido poderia implicar a revigoração da legislação **pré-constitucional** também incompatível com a Constituição vigente. Ora, filiando-se o STF à teoria da existência de mero conflito cronológico, a superveniência da nova Constituição acarreta a imediata **revogação** dos diplomas contrastantes. Destarte, **entre a lei posterior a e legislação pré-constitucional há a intermediação revocatória da Constituição. Daí por que não há razão para se temer um efeito revigorador maléfico, pois remanesce, em tese, fundamento eficiente para que isso não ocorra.** A solução para essa hipótese seria a **simples abstenção da análise da validade da norma infraconstitucional precedente**, remetendo a discussão ao controle difuso — o que seria feito, de todo modo, se não conheceda a ação direta —, ou ainda **estudar se é caso de recusa ao revigoramento da legislação pretérita com base no mencionado art. 27 da Lei 9.868/99.**” (BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais...*, p. 46.) (Grifou-se.)



porque, como visto no item 1.2., a inconstitucionalidade *formal* superveniente não gera nulidade, nem revogação da norma, não impedindo de modo algum a sua *recepção* (que pode ocorrer até com eventual acréscimo de *status* normativo), visto ser juridicamente irrelevante para tal fim<sup>307</sup>. Assim, se a norma pré-constitucional contrariar apenas a *forma* prevista para sua edição na Constituição-parâmetro superveniente, esta norma não será revogada pela Constituição superveniente, mas sim *repcionada* com a eficácia que esta nova Constituição reservar a tal tipo de norma, razão pela qual poderá ser “repristinada” pela declaração de inconstitucionalidade da norma pós-constitucional, devendo, portanto, ser requerida *também* a declaração de inconstitucionalidade da norma pré-constitucional para evitar essa “repristinação” indesejada.

Semelhantemente, se a norma pré-constitucional só se tornar inconstitucional após o advento da Constituição-parâmetro interposta, por um processo de *mutação informal da Constituição*, também deverá ser formulado pedido cumulativo de declaração de inconstitucionalidade da norma pré-constitucional, porque nessa situação igualmente não haverá *revogação* desta pela Constituição-parâmetro, mas sim *inconstitucionalidade superveniente*, haja vista que a *mutação informal* da Constituição não é causa de *revogação* das normas com ela contrastantes, senão que de mera *nulidade* decorrente da inconstitucionalidade superveniente, consoante já se expôs no item 2.4.3.4. Dessarte, não tendo havido *revogação* da norma pré-constitucional, esta poderia recuperar a sua presunção de vigência e de constitucionalidade se não se deduzisse o pedido cumulativo de declaração de sua inconstitucionalidade<sup>308</sup>.

#### 4.2.2. Relações entre o “efeito repristinatório” e o efeito vinculante

O problema que ora se põe diz com o impacto que o efeito vinculante exerce sobre o denominado “efeito repristinatório”. Ou seja, qual a influência

---

<sup>307</sup> Foi o que quis exprimir o STF na seguinte ementa, apesar do exagero em afirmar que não existe o instituto inconstitucionalidade formal superveniente”: “PROCESSO - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DISCIPLINA - PERSISTÊNCIA NO CENÁRIO NORMATIVO. As normas processuais insertas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, relativas a ações e recursos situados na respectiva competência, foram repcionadas pela Constituição de 1988, no que com esta harmônicas. *Inexistindo o instituto da inconstitucionalidade formal superveniente*, o conflito entre normas processuais, sob o ângulo **material**, resolve-se mediante a consideração da revogação tácita.”(RE 212455 ED-EDv-AgR. Pleno. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. DJU: 11.04.2003, p. 27.) No mesmo sentido: RTJ 133/995; RTJ 139/373.”

<sup>308</sup> A jurisprudência consolidada no STF sobre a impossibilidade de controle abstrato da legislação pré-constitucional não constituiria óbice à cumulação de pedidos, já que ela se fulcra no argumento da *revogação* da legislação pré-constitucional pela Constituição posterior, *revogação* esta *inocorrente* na situação específica sob exame.

do efeito vinculante sobre o “efeito repristinatório”? O efeito vinculante da decisão do STF em ADIn e ADC tem o condão de “repristinar” a legislação anterior que teria sido revogada pelas normas *semelhantes* à norma declarada inconstitucional pelo STF?

Afigura-se-nos que não, já que a decisão do STF restringe-se a *determinar* que os juízes e a Administração Pública *decidam* questões análogas à que o STF decidiu em ADIn ou ADC em consonância com a decisão do STF. Mas o STF não *decidiu especificamente* sobre essas normas semelhantes. Por conseguinte, se não proferiu *decisão específica* sobre a inconstitucionalidade dessas normas semelhantes, *não restaurou a presunção de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita que teria sido revogada por essas mesmas normas semelhantes*.

A decisão do STF só restaura a presunção de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita *que teria sido revogada pela norma objeto de decisão específica do STF na ADIn ou na ADC*, a saber, da legislação pretérita que teria sido revogada *pela norma expressamente declarada inconstitucional* pelo STF na ADIn ou na ADC.

Consequentemente, para que seja restabelecida a presunção de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita que teria sido revogada por norma *similar* à norma especificamente declarada inconstitucional na ADIn ou na ADC, é necessário que haja *decisão específica — judicial (no controle difuso ou no concentrado) ou administrativa —* sobre a norma que teria revogado a legislação pretérita.

Tal *decisão específica* pode ser *judicial* porque qualquer juiz, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma, restitui *automaticamente* à norma anterior que teria sido por ela revogada a presunção de vigência e de constitucionalidade, *dentro dos limites da lide*, obviamente<sup>309</sup>. Por isso, para evitar a aplicabilidade da norma que recupera a presunção de vigência, o juiz teria de proferir nova decisão sobre essa outra questão incidental no processo, já que, do contrário, diante do seu silêncio, presume-se vigente e aplicável a legislação anterior. Ademais, se proposta outra ADIn ou ADC sobre norma *análoga* à declarada

---

<sup>309</sup> Na mesma linha, adverte ainda JULIANO BERNARDES: “Outrossim, é válida a regra do ressuscitamento do dispositivo anterior também no controle *difuso*. Por conseguinte, diante dos obstáculos processuais derivados do princípio da correlação entre a lide e a sentença (Código de Processo Civil, arts. 128 e 459), o autor deverá atentar-se ao problema da revigoração da legislação anterior – se também inconstitucional –, **porquanto nem sempre é possível a utilização do princípio do *iura novit curia* no reconhecimento *ex officio* da inconstitucionalidade das normas pretéritas.**” (*Efeitos das normas constitucionais...*, p. 47.) (Grifou-se.)

inconstitucional pelo STF com efeito vinculante em ADIn ou ADC precedente, o STF preferiria, no controle concentrado, *decisão específica* que ressuscitaria a presunção de vigência e de constitucionalidade da legislação pretérita que teria sido por ela revogada.

Outrossim, tal *decisão específica* pode ser *administrativa* porque a Administração Pública tem o *dever* de negar aplicação, por inconstitucionalidade, a normas *semelhantes* à norma declarada inconstitucional pelo STF em ADIn e ADC porque jungida ao efeito vinculante da decisão do STF. E não apenas o *Chefe* do Poder Executivo, mas *todos os servidores* integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, têm esse *dever*, porque igualmente assujeitados ao efeito vinculante pela CF-88.

Com efeito, se há certa dubitação na doutrina e na jurisprudência<sup>310</sup> sobre a possibilidade de um simples *servidor* da Administração Pública negar cumprimento a uma lei sob o fundamento de inconstitucionalidade dela, numa decisão de *natureza administrativa*<sup>311</sup>, é fora de dúvida que, nas situações em que haja decisão do STF em ADIn ou ADC com efeito vinculante, o próprio servidor, *independentemente de qualquer autorização prévia da sua Chefia*<sup>312</sup>, não só *pode*, como *deve* afastar a

---

<sup>310</sup> O STF tem entendido que o *Chefe* do Poder Executivo goza da prerrogativa de negar cumprimento à lei que repute inconstitucional e de determinar aos seus subordinados que lhe neguem cumprimento, assumindo os riscos daí derivantes. Cfr. ADIn nº 221, in: RTJ 151/331.

<sup>311</sup> Cfr., por todos, a resenha de BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional...*, pp. 232-249.

<sup>312</sup> De feito, não faria sentido *condicionar* o cumprimento do dever que promana diretamente da CF-88 (art. 102, § 2º) à autorização prévia da respectiva Chefia administrativa, possibilitando a esta *retardar* ou *impedir por completo* o imediato cumprimento desse dever constitucional simplesmente não emitindo a autorização expressa aos seus subordinados ou emitindo-a tardiamente. O mesmo se diga a respeito das súmulas vinculantes, haja vista o disposto no art. 103-A da CF-88 e nos arts. 56, 64-A e 65-B da Lei nº 9.784-99 (a qual trata do processo administrativo federal), introduzidos pela Lei nº 11.417-2006: “**Art. 56.** [...] § 3º. Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR) “**Art. 64-A.** Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. **Art. 64-B.** Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, *que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.*” Aliás, a “responsabilização **PESSOAL**” da autoridade prolatora e dos integrantes do órgão competente para julgamento do recurso “nas esferas **cível, administrativa e penal**” constitui o mais poderoso instrumento para compelir tais autoridades administrativas a cumprir o comando da súmula vinculante, na própria esfera administrativa, sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário. Em verdade, é no dever de observância da súmula vinculante na própria órbita administrativa que reside a sua maior vantagem em relação à denominada “**súmula impeditiva de recursos**” (CPC, art. 518, § 1º: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”), a qual não obriga diretamente a Administração Pública, já que só atua em processos *judiciais*, e não em processos *administrativos*. Portanto, a súmula vinculante tem a virtude de impor-se diretamente à Administração Pública, sem a necessidade de prévia intervenção do Poder Judiciário. Ademais, segundo a Lei nº 11.417-2006, embora o Poder Judiciário possa ser provocado

aplicação, por inconstitucionalidade, de norma *análoga* à norma declarada inconstitucional pelo STF em ADIn ou ADC. Se assim não fosse, de nada adiantaria a previsão constitucional de produção do efeito vinculante em relação à Administração Pública. É de observar que o art. 102, § 2º, da CF-88 não circunscreveu o efeito vinculante apenas à *Chefia* da Administração Pública, mas o estendeu indiscriminadamente a ela como um todo<sup>313</sup>.

De outra banda, aplicando ao efeito vinculante as noções atrás expostas acerca do “efeito repristinatório”, só será necessária a formulação de pedido cumulativo de inconstitucionalidade *da legislação pretérita que seria “repristinada” pela legislação posterior especificamente declarada inconstitucional na ADIn ou na ADC*. Assim, a legislação pretérita que teria sido revogada por norma *similar* à norma especificamente declarada inconstitucional na ADIn ou na ADC precisará de decisão específica, judicial ou administrativa, para recuperar sua presunção de vigência e de constitucionalidade.

#### **4.3. A impossibilidade de renovação de prazos decadenciais e prescricionais já exauridos em virtude da decisão do STF**

Consoante já enfatizado (itens 1.6.4. e 3.4.), a decisão do STF em ADIn ou ADC não tem a virtude de renovar prazos decadenciais e prescricionais já exauridos, porquanto possui *eficácia meramente declaratória* (e não *desconstitutiva*). Com efeito, nessas *ações meramente declaratórias* (ADIn e ADC), o efeito produzido pela decisão do STF cifra-se em tornar *certa e indiscutível* a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma objeto da ação, revestida como é essa decisão de coisa julgada *erga omnes*. Se, *v.g.*, o STF declara inconstitucional a norma X objeto de ADIn, essa inconstitucionalidade declarada pelo STF não pode mais ser *discutida* ou *posta em*

---

validamente antes de esgotados os recursos e meios de impugnação admissíveis na órbita administrativa (em face do princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário), o uso da *reclamação* perante o STF contra ato ou omissão da administração pública fica condicionado ao prévio esgotamento da via administrativa: “**Art. 7º.** Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, **sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.** § 1º. **Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.**”

<sup>313</sup> “**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 45-2004.)

*dúvida* por ninguém, em virtude da coisa julgada *erga omnes* da decisão do STF, a qual torna a questão *indiscutível* e *imutável* em qualquer processo.

Todavia, a decisão do STF não constitui *condição* ou *pressuposto necessário* para o exercício do direito de ação individual ou coletiva — pois apenas torna *certa e indiscutível* a (in)constitucionalidade da norma —, razão por que qualquer interessado pode propor ação individual ou coletiva e *discutir* essa (in)constitucionalidade antes de eventual decisão do STF sobre o tema, *observados os prazos decadenciais ou prescricionais aplicáveis ao caso*. Não configurando, portanto, nenhum óbice para o exercício do direito de ação, a decisão do STF em ADIn ou ADC não constitui causa *impeditiva, suspensiva*<sup>314</sup>, *interruptiva* ou *restauradora* do respectivo prazo decadencial ou prescricional.

Portanto, os atos e decisões inconstitucionais continuam sujeitos às denominadas “fórmulas de preclusão” mesmo após a decisão do STF.

Outrossim, já tivemos ensejo de asseverar que a decisão do STF alcança inclusivamente o ato jurídico perfeito *inválido*, o direito adquirido *inválido* e a coisa julgada *inválida* (cf., *retro*, item 3.4.); mas, *mesmo nesses casos*, a decisão do STF em ADIn ou ADC, porque dotada de eficácia meramente *declaratória*, não torna prescindível a desconstituição daqueles pela via própria (administrativa ou judicial), desconstituição esta que só poderá ocorrer dentro no prazo decadencial ou prescricional especificamente previsto para tanto<sup>315</sup>.

<sup>314</sup> Todavia, excepcionalmente, a decisão *cautelar* do STF em ADIn ou ADC suspensiva da *própria vigência* da norma objeto da ação direta (e não meramente do *julgamento* ou do *andamento* de processos envolvendo a norma objeto da ADIn ou ADC) pode consistir numa *causa suspensiva* do prazo prescricional da ação individual ou coletiva que envolva o tema. É que com a suspensão *da vigência* da norma, a pessoa interessada **não poderá** ajuizar, enquanto perdurar a suspensão, ação individual ou coletiva que tenha por base a norma cuja vigência está temporariamente suspensa, *se esta suspensão gerar impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade “ad causam” ou ausência de interesse processual*. Assim, se a suspensão da norma causar impossibilidade jurídica do pedido, o próprio *exercício do direito de ação* ficará **obstado** durante o período da suspensão, e se o direito **de ação não pode** ser validamente exercido, não pode fluir o respectivo prazo prescricional, pois este pressupõe *a possibilidade, o poder* de agir, não havendo falar em **inércia** do titular do direito de ação. Assim, apenas quando o afirmado titular do direito material recuperar o poder de exercer validamente o seu direito de ação, em razão da cessação do efeito da cautelar suspensiva da vigência da norma, é que o prazo voltará fluir de onde parou. Relewa observar que o STJ, em situação similar, considerou suspenso o prazo prescricional de uma ação porque o Senado havia editado resolução suspensiva da execução de uma norma, nos termos do art. 52, X, da CF-88, emprestando interpretação evolutiva ao disposto no CC-1916, que — assim como o CC-2002 —, não incluiu tal hipótese entre as causas suspensivas dos prazos prescricionais.

<sup>315</sup> Nesse sentido, prescrevem os arts. 53 e 54 da Lei nº 9.784-99: “**Art. 53.** A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos [validamente] adquiridos.**” “**Art. 54.** O direito da Administração de anular os atos administrativos **de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, **salvo comprovada má-**

Dessarte, *após proferida*, a decisão do STF poderia apenas ser usada como *fundamento jurídico* em ação individual ou coletiva, proponível, segundo o princípio da *actio nata*, dentro no prazo decadencial ou prescricional previsto especificamente para o desfazimento do ato ou decisão em questão, consistindo numa premissa jurídica *indiscutível* à conta da coisa julgada *erga omnes*.

Esgotado *in albis* o prazo prescricional ou decadencial previsto em lei pela inércia do titular do direito, segundo o princípio da *actio nata*, já não será possível esse *desfazimento coercitivo*, porque já não haverá *ação* que possa ser ajuizada para tanto. Poderá, no entanto, ocorrer o *desfazimento espontâneo* do ato ou decisão com supedâneo na decisão do STF em ADIn e ADC, desde que não prejudique direitos de outrem além do desconstituente do ato ou decisão, pois se este não pode ser *compelido, judicial ou administrativamente*, a desconstituir o ato ou decisão que o beneficia, também *não pode ser impedido* de desconstituir o ato ou decisão que o beneficia quando este ato ou decisão se fundou em norma inconstitucional assim declarada pelo STF em ADIn ou ADC<sup>316</sup>.

De outra parte, os prazos prescricionais e decadenciais estão previstos *em lei*, não cabendo ao Poder Judiciário *criar* prazos prescricionais ou decadenciais a par dos já definidos em lei, nem criar *forma de contagem* para eles diferente da determinada em lei, permitindo-se-lhe, todavia, o uso excepcional de analogia ou de interpretação analógica quando cabível.

#### 4.3.1. Declaração de inconstitucionalidade e repetição de indébito tributário

Não obstante a clareza do raciocínio expendido no item precedente, acirrada polêmica se instaurou no STJ no concernente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, quer no controle abstrato, quer no incidental, sobre o prazo prescricional da ação repetição de indébito.

Inicialmente, predominou no STJ o entendimento de que a contar da data da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF no controle abstrato ou da entrada em vigor da resolução senatorial suspensiva da execução da norma nos

---

**fé.** § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à **validade** do ato.”

<sup>316</sup> Da mesma forma, se não pode ser *obrigado* a “constituir” um ato ou uma decisão desfavorável a si mesmo, também *não pode ser impedido* de fazê-lo quando o ato ou decisão for emitido para adequar uma situação à declaração de (in)constitucionalidade proferida pelo STF em ADIn ou ADC.

termos do art. 52, X, da CF-88, renasceria o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário<sup>317</sup>.

Recentemente, tal posição foi superada, passando a prevalecer a tese de que a declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato e a resolução do Senado, editada mediante prévia declaração de inconstitucionalidade da norma no controle incidental exercido pelo STF, não poderiam servir de termo *a quo* para o prazo prescricional da ação repetitória de indébito tributário<sup>318</sup>.

A tese anteriormente sufragada pelo STJ, ao permitir, sem base legal para tanto, que o prazo prescricional da ação de repetição de indébito tributário *recomeçasse a correr do zero* a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da entrada em vigor da resolução do Senado, na prática, importava na criação de uma *norma geral* sobre prescrição em matéria tributária, tema este que está *sob reserva de lei complementar*, por força do disposto no art. 146, I, “b”, da CF-88<sup>319</sup>.

Ora, se nem mesmo o *legislador ordinário* poderia instituir a *norma geral* criada jurisprudencialmente pelo STJ, com maioria de razão não poderia fazê-lo o

<sup>317</sup> Nessa linha: “AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - FINSOCIAL - PRESCRIÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Com efeito, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido. Dessarte, **para as hipóteses restritas de devolução do tributo indevido, por fulminado de inconstitucionalidade, o dies a quo para a contagem do prazo para repetição do indébito pelo contribuinte deve ser o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, pela Excelsa Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade.** A ação para restituição/compensação do FINSOCIAL, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade (RE 150.764-1, DJU de 02.04.93, com trânsito em julgado em 04.05.93), enquanto não for editada Resolução do Senado Federal ou houver pronunciamento da Excelsa Corte acerca de sua constitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade, terá seu prazo prescricional em aberto, por não ter sido instituído o termo *a quo* do lustro prescricional, ato que independe totalmente da iniciativa do contribuinte. Oportuno ressaltar que a egrégia Segunda Turma desta colenda Corte, na assentada de 18.12.2003, adotou o entendimento ora esposado (REsp 205.387/MG, julgado em 18.12.2003, Rel. Min. Peçanha Martins). Confira-se também: REsp 544.753/MT, da relatoria deste Magistrado. [...]” (AgRg no Ag 518.043/MT. Rel.: Min. FRANCIULLI NETTO. 2ª turma, julgado em 09.03.2004. DJU: 14.06.2004, p. 198.)

<sup>318</sup> Nesse sentido: “TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. I - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita, *em nada influenciando o termo inicial da prescrição, a declaração de inconstitucionalidade da exação, pelo STF, seja em controle difuso ou concentrado, conforme restou decidido no julgamento dos EREsp nº 435.835/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOSÉ DELGADO, julgado em 24/03/2004.* [...]” (AgRg no REsp 846.875/SP. Rel.: Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª turma. DJU: 26.10.2006, p. 251.)

<sup>319</sup> “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer **normas gerais** em matéria de legislação tributária, **especialmente sobre:** [...]

b) obrigação, lançamento, crédito, **prescrição e decadência tributários;**”

STJ, que não é órgão do Poder Legislativo, nem possui poder normativo que o habilite a tal. Demais, não há duvidar de que se cuidava de norma de caráter geral sobre prescrição, atento que o entendimento do STJ estava sendo aplicado *a todo e qualquer tributo* declarado inconstitucional pelo STF no controle abstrato ou objeto de resolução do Senado, beneficiando *todo e qualquer contribuinte de direito ou responsável tributário* que tivesse legitimidade ativa para propor a ação de repetição de indébito tributário (pessoa física ou jurídica).

#### 4.3.2. A inconstitucionalidade do art. 741, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela Lei 11.232/2005

A partir da edição da Medida Provisória 1.997-37, de 11 de abril de 2000, foi acrescentado parágrafo único ao art. 741 do CPC, transposto para a MP 1.984-17, de 4 de maio de 2000, reeditado pela MP 1.984-20, de 28 de julho de 2000 (que lhe conferiu redação mais precisa), depois pela MP 2.102-26, e em seguida vigorando por força da MP 2.180-35<sup>320</sup>, de 24 de agosto de 2001, até a entrada em vigor da Lei nº 11.232, de 22-12-2005 (com *vacatio legis* de 6 meses após sua publicação, nos termos de seu art. 8º). O dispositivo, na sua última redação antes do advento da Lei nº 11.232/2005, estava vazado nos seguintes termos:

“**Art. 741.** Na execução fundada em título **judicial**, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

**II** – inexigibilidade do título;

**Parágrafo único.** *Para o efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também **inexigível** o título **judicial** fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”*

Posteriormente, a Lei nº 11.232<sup>321</sup>, de 22.12.2005, que promoveu substancial reforma no processo de execução, alterou a redação do *caput* e do parágrafo único do art. 741 do CPC, daquele para restringir a aplicação do artigo 741 às execuções

<sup>320</sup> Esta MP fez inserir dispositivo similitudinário no § 5º do art. 884 da CLT.

<sup>321</sup> A mesma Lei introduziu o art. 475-L no CPC, com o seguinte teor:

“**Art. 475-L.** A impugnação somente poderá versar sobre: [...]

**II** – **inexigibilidade do título;** [...]

§ 1º. **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.” [...]**



contra a Fazenda Pública e deste outro para corrigir um defeito de redação na parte final do parágrafo único, o qual, pela sua literalidade, permitia a declaração de inexigibilidade do título judicial “em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” *mesmo sem a existência de precedente do STF*. Eis a nova redação:

“**Art. 741.** Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

**II** – inexigibilidade do título;

**Parágrafo único.** 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.”

Com a criação do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduziu-se a possibilidade de *rescisão, mediante embargos à execução*, da sentença de mérito transitada em julgado, sem estabelecer prazo algum para tanto. Conquanto não se tenha usado essa expressão, em verdade nisso consiste a inovação, porquanto torna *inexeqüível* a sentença já transitada em julgado fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF.

Não estabelecendo prazo algum para a alegação de inexigibilidade do título judicial, segue-se que *seria admissível enquanto for possível a execução da sentença de mérito transitada em julgado*, convém saber, no mesmo prazo da ação, uma vez que, segundo a Súmula nº 150 do STF, “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

Acresce que ao tornar “inexigível” o título judicial, nos termos do inciso II do art. 741, permitiu que *independentemente de embargos à execução*, mediante *simples petição da parte* ou até mesmo *de ofício*, o juiz possa declarar a nulidade da execução fundada no título judicial transitado em julgado<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão do STJ: “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - NULIDADE - VÍCIO FUNDAMENTAL - ARGÜIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO - CABIMENTO - ARTIGOS 267, § 3º; 585, II; 586; 618, I, DO CPC. I - Não se revestindo o título de liquidez, certeza e *exigibilidade*, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em *nulidade*, como vício fundamental; *podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como, pode e cumpre ao Juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil.*” (REsp nº 13.960. Rel.: Min. WALDEMAR ZVEITER. In: RSTJ 40/447). No mesmo sentido: RSTJ 85/256; STJ-RT 671/187, maioria; STJ-RT 733/175; RT 596/146, JTJ 157/214, 158/181, JTA 95/128, 107/230, Lex-JTA 619/315, RJTAMG 18/111.

Observe-se que o parágrafo único do art. 741 *não criou uma nova hipótese de cabimento da ação rescisória*: criou, bem ao revés, *uma hipótese em que se prescinde totalmente de ação rescisória (e, portanto, de seu prazo bienal)* para desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado.

De feito, os Tribunais pátrios de há muito admitem o cabimento da ação rescisória para desconstituir sentenças de mérito transitadas em julgado fundadas em lei declarada inconstitucional, bem como as sentenças que, rejeitando a aplicação da lei sob color de inconstitucionalidade, contrariaram a Constituição por ser a lei constitucional. A jurisprudência não só aplica a hipótese prevista no art. 485, V, às sentenças que violam a Constituição (que também é uma lei, a Lei Maior), como não aplica às sentenças que contrariam a Constituição as restrições contidas nas Súmulas 343 e 400 do STF ao cabimento da ação rescisória.

Mas a garantia da coisa julgada contra leis que venham a prejudicá-la tem assento constitucional no art. 5º, XXXVI, da CF-88, segundo o qual “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. A ação rescisória só é admissível, como regra, contra as sentenças de mérito transitadas em julgado por possuir, igualmente, *assento constitucional* (CF-88, arts. 102, I, “j”, 105, I, “e”, e 108, I, “b”). É o único meio judicial constitucionalmente admitido para rescisão das sentenças de mérito transitadas em julgado.

Acresce que a ação rescisória é ação de *competência originária* dos Tribunais. Compete *privativamente* aos Tribunais processar e julgar ação rescisória. Não há *nenhum juízo de primeira instância* que tenha competência constitucional para processar e julgar ação rescisória. Essa opção constitucional reflete a *importância* que a CF-88 confere à coisa julgada e a *excepcionalidade* que defere à sua rescisão.

Essa excepcionalidade não deriva apenas de que a instância superior deve ter competência para cassar a sentença de 1º grau (pois, se assim fosse, os Tribunais não seriam competentes para processar e julgar as ações rescisórias *de seus próprios julgados*), mas precipuamente da necessidade de cometer o julgamento dessas causas exclusivamente aos Tribunais — *órgãos colegiados, com representatividade variada*<sup>323</sup>, e compostos de juízes em regra mais antigos na carreira —, capazes, ao menos em princípio, de garantir mais eficazmente o instituto da coisa julgada.

---

<sup>323</sup> Juízes de carreira e juízes oriundos do Ministério Público e da advocacia.

Ademais, a CF-88 teve o cuidado de não atribuir competência rescisória a juízo de instância inferior à do juízo cuja decisão será rescindida. Assim, não há possibilidade de instâncias **inferiores** rescindirem, mediante ação rescisória, julgados de instâncias **superiores**.

O mesmo não se dá na hipótese do art. 741, parágrafo único, do CPC, já que este comete ao juízo da execução (que normalmente é o juízo de 1º grau, salvo as hipóteses de ações de competência originária dos Tribunais) o poder-dever de declarar a inexigibilidade de qualquer título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, não fazendo nenhuma ressalva à hipótese em que o título judicial haja emanado de instância superior à do juízo da execução. Como admitir que o juízo de 1º grau (juízo da execução) rescinda acórdão transitado em julgado de uma Corte Superior?

Poderia suceder ainda que o juízo de 1º grau (juízo da execução) rescindisse acórdão, passado em julgado, **prolatado pelo próprio STF** antes de este mudar de orientação jurisprudencial, visto que o art. 741 do CPC **não exige** que a jurisprudência do STF já se tenha **consolidado** sobre o tema, nem que a inexigibilidade do título judicial seja declarada pelo juízo da execução com base na **atual** jurisprudência do STF sobre o assunto, mas apenas que exista **um precedente qualquer** do STF (ainda que em controle incidental) declarando a inconstitucionalidade da norma em que esteja fundado o título judicial. Míngua, portanto, **razoabilidade** ao disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC.

Destarte, ao possibilitar ao juiz da execução rescindir de ofício ou a requerimento da parte nos autos da própria execução ou mediante embargos à execução *toda e qualquer* sentença de mérito<sup>324</sup> transitada em julgado fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF (no controle difuso ou no concentrado), o art. 741, parágrafo único, do CPC, na sua novel redação, incorre em flagrante inconstitucionalidade, seja (a) por criar um meio não admitido constitucionalmente de rescindir sentenças de mérito transitadas em julgado, seja (b) por atribuir competência rescisória a qualquer juiz de primeira instância<sup>325</sup>, usurpando a competência reservada pela Constituição só e unicamente aos Tribunais e atribuindo competência aos juízos de instância inferior de

---

<sup>324</sup> Bem entendido, toda e qualquer sentença de mérito *sujeita a execução*.

<sup>325</sup> Compare-se a abrangência do dispositivo legal (completiva de qualquer sentença exequível, independentemente de qualquer juízo de ponderação de valores concretamente em conflito) com as hipóteses excepcionalíssimas de relativização da coisa julgada, que exigem uma aplicação criteriosa do princípio da proporcionalidade para determinar qual dos princípios em tensão deverá prevalecer por possuir *peso concreto* maior.

revisar e rescindir acórdãos já transitados em julgado proferidos em instâncias superiores, em absurda subversão da “hierarquia” recursal constitucionalmente estabelecida<sup>326</sup>. Vulnera, dessa forma, tanto o art. 5º, XXXVI, da CF-88, como os arts. 102, I, “j”, 105, I, “e”, e 108, I, “b”, da CF-88. Viola ainda o princípio da razoabilidade, radicado na cláusula do devido processo legal substantivo (CF-88, art. 5º, LIV e LV)<sup>327</sup>.

<sup>326</sup> Contra o referido dispositivo, entre muitos outros da MP 1.984, foi ajuizada a ADIn nº 2251-2, a qual, entretanto, não chegou a ter julgado o seu mérito por falta de aditamento da petição inicial. Eis a sua ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1984-19, DE 29 DE JUNHO DE 2000. 1. Falta de aditamento da inicial, pelo Partido autor da Ação, para impugnar as últimas reedições da Medida Provisória, ocorridas no curso do processo. 2. Não cabe à Advocacia Geral da União suprir essa falta. Pedido indeferido. 3. Ação julgada prejudicada, cassadas, em consequência, as medidas cautelares já concedidas.” (ADIn nº 2251-2. Rel.: Min. SIDNEY SANCHES. DJU: 24.10.2003, p. 11.)

<sup>327</sup> Não obstante, o STJ vem aplicando normalmente o disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC, enfatizando, porém, sua inaplicabilidade (a) às sentenças (ou acórdãos) transitadas em julgado antes da sua entrada em vigor (à consideração de que a lei regente, assim da rescisória, como dos “embargos rescisórios”, é aquela vigente à época do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão) e (b) a outras espécies de sentenças (ou acórdãos) inconstitucionais que não as expressamente referidas no parágrafo único do art. 741 do CPC. Tem admitido ainda a sua invocação nas ações executivas *lato sensu* (nas quais não há oportunidade para oposição de embargos à execução), e independentemente da data da prolação do precedente do STF (ou seja, para o STJ, é indiferente que o precedente do STF declaratório da inconstitucionalidade seja anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença cuja inexigibilidade será argüida, desde que, como visto, o trânsito em julgado tenha ocorrido já na vigência do novel parágrafo único do art. 741 do CPC). Confira-se, por todos:

“PROCESSO CIVIL. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

3. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

**4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.**

**5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.**

6. À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a

Cumpra, por derradeiro, salientar que se o prazo decadencial de 2 (dois) anos da ação rescisória já se houver exaurido, a coisa julgada, até então desconstituível, transfunde-se em “coisa soberanamente julgada”, não podendo ser ressuscitado o prazo para rescindir a sentença em razão da declaração de inconstitucionalidade do STF (pois esta não é dotada desse poder), quer em controle abstrato, quer em controle concreto<sup>328</sup>.

#### 4.4. A manipulação dos efeitos da decisão definitiva de mérito em ADIn e ADC

Conforme precedentemente explicitado (item 2.2.1.), o art. 27 da Lei nº 9.868-99 permite a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que atendidos os pressupostos nele especificados (*quorum* de 2/3, razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

Todavia, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não permite a restrição dos efeitos da declaração de *constitucionalidade* em ADIn ou em ADC, mas apenas da de **inconstitucionalidade**. É o que se extrai de sua literalidade:

**“Art. 27. 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 que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”**

De feito, se fosse permitido ao STF restringir os efeitos da declaração de *constitucionalidade* em ADIn e em ADC, **inverter-se-ia a presunção de**

---

inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).” (STJ. Recurso Especial nº 720.953. 1ª Turma. Rel.: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJU: 22.08.2005, p. 142.)

<sup>328</sup> Nesse sentido vem decidindo o TRF da 4ª Região. Confira-se: “AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. ART. 741, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL FUNDADO EM DECISÃO QUE CONTENHA INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. 1. Em que pese o objetivo do legislador, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 741 do CPC, ter sido o de impedir a execução de julgados fundados em interpretações errôneas da Constituição, o fato é que está pacificado neste Tribunal ser indispensável, para evitar a execução de título baseado em orientação tida por inconstitucional pelo STF, a necessária ação rescisória, desconstituindo decisão transitada em julgado. 2. O fato de a finalidade da lei ser a de evitar o pagamento de valores reconhecidos pelo STF como indevidos não elimina a garantia da segurança jurídica e da coisa julgada, somente atacável pela ação rescisória, no prazo cabível para tanto.” (TRF-4ª Região. Agravo no agravo de instrumento. Processo: 200404010151533-SC. 6ª turma. Rel.: JOSE PAULO BALTAZAR JUNIOR. DJU: 04.05.2005, p. 799.)

**constitucionalidade de que desfrutam as normas**, pois apesar de reconhecer a constitucionalidade da norma *ab origine*, que é presumida até declaração judicial em contrário, o STF estaria determinando o seu *descumprimento* até a data por ele prefixada para que a norma pudesse ser *considerada* como *constitucional*, gerando uma enorme insegurança jurídica.

A *ratio* justificativa da restrição dos efeitos da declaração de *inconstitucionalidade* é exatamente preservar os efeitos concretos produzidos pela norma até o momento da declaração de inconstitucionalidade em virtude da sua presunção de constitucionalidade. Ora, esse motivo não está presente na restrição dos efeitos da declaração de **constitucionalidade**, uma vez que esta apenas confirma a presunção de constitucionalidade da norma, não se justificando, em princípio, a preservação de efeitos concretos produzidos em virtude do *desrespeito* à presunção de constitucionalidade da norma.

Dessarte, em linha de princípio, não é admissível a restrição dos efeitos da declaração de **constitucionalidade** em ADIn ou em ADC, mas tão-só da de inconstitucionalidade. Aliás, assim decidiu recentemente o STF<sup>329</sup>.

De outra parte, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não se aplica aos processos subjetivos, mas só e unicamente aos processos objetivos, até porque a Lei nº 9.868-99 regulamenta apenas o procedimento da ADIn e da ADC.

Todavia, isto não impede, de forma alguma, a restrição dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF (ou pelos juízos de 1º grau e pelos Tribunais) no controle *incidental, com espeque no princípio da*

---

<sup>329</sup> “Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 187 da Lei Complementar n. 75/93. Constitucionalidade. Embargos que traduzem, na verdade, pretensão de declaração de constitucionalidade da norma com efeitos *ex nunc*. Impossibilidade. Inversão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.” (ADIn 1.040-ED. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 01.09.2006). Nesse caso, o Procurador-Geral da República havia proposto ADIn visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 187 da LCnº 75/93, que exigia do candidato ao cargo de Procurador da República a comprovação de dois anos de formado por ocasião da inscrição no concurso. A cautelar fora negada pelo STF (portanto, mantida intacta a presunção de constitucionalidade da norma) e, ao final, foi julgado improcedente o pedido da ADIn, declarando-se, em caráter definitivo, a constitucionalidade da norma. Tempos depois, o Procurador-Geral da República peticionou nos autos requerendo a restrição dos efeitos da declaração de *constitucionalidade*, argumentando que, malgrado a dicção do art. 27 da Lei nº 9.868-99, seria igualmente cabível a restrição dos efeitos da declaração de *constitucionalidade*, necessária no caso para preservar a situação de vários Procuradores da República que estavam em exercício há anos por força de decisões judiciais concretas que lhes permitiram prestar o concurso e ser empossados, com fundamento da *inconstitucionalidade* da norma, a despeito do indeferimento da cautelar na ADIn. O STF rejeitou os embargos de declaração, à consideração de que não poderia inverter a presunção de *constitucionalidade* da norma, por ele mantida no julgamento da cautelar e no julgamento final de mérito da ADIn. Saliou ainda que a situação individual dos Procuradores referidos nos embargos não poderia ser examinada no bojo da ADIn, mas admitiu a possibilidade dessa análise em processos subjetivos (controle difuso).

*proporcionalidade*, que também deve orientar a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com esteio no art. 27 da Lei nº 9.868-99 (cfr., *retro*, item 2.2.1.), isto é, nos processos abstratos.

De fato, as mesmas razões que justificam a restrição dos efeitos nos processos abstratos, previstas no art. 27 da Lei nº 9.868-99, podem igualmente estar presentes nos processos subjetivos, legitimando assim a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos processos subjetivos<sup>330</sup>.

A diferença está em que nos processos *subjetivos* não há necessidade de obediência ao *quorum* qualificado de 2/3 para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como na possibilidade de qualquer juízo de 1º grau ou Tribunal proceder a essa restrição eficaz, justamente porque essa restrição de efeitos não se lastreia no art. 27 da Lei nº 9.868-99 (aplicável apenas **ao STF** e aos **processos abstratos**), mas na própria Constituição, designadamente no princípio da proporcionalidade.

Em verdade, como já visto, o STF já havia modulado os efeitos de decisões suas proferidas no controle *incidental*, muito antes da existência do art. 27 da Lei nº 9.868-99<sup>331</sup>. A essa luz, verifica-se que tal dispositivo, 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, estabelecendo o seu procedimento 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”.

<sup>330</sup> Cfr. na AC 189-MC-QO (DJU: 27.08.2004) o erudito voto do Min. GILMAR MENDES.

<sup>331</sup> Nesses casos, embora sem reconhecê-lo expressamente, o STF atribuiu efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, preservando efeitos pretéritos da norma inconstitucional apesar de sua nulidade absoluta (paraeficácia do ato nulo). Dentre outros, merecem destacados casos de funcionários de fato (cujos atos permaneceram válidos e ensejaram direito à remuneração pelo trabalho), de servidores que mudaram de cargo mediante ascensão funcional (concurso interno), sem o necessário concurso público (que permaneceram nos cargos, proibindo-se apenas novas ascensões funcionais) e de verbas recebidas com base em norma inconstitucional (que não foram devolvidas, mas apenas cessadas a partir da decisão do STF). Confira-se ainda: “OFICIAIS DE JUSTIÇA - EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR AGENTES DO EXECUTIVO. I. Mesmo declarada a inconstitucionalidade da lei que colocou agentes do Executivo à disposição dos juízes, para exercício das funções de Oficiais de Justiça, esses serventuários não são usurpadores, mas funcionários do Estado com defeito de competência. II. **SE O DIREITO RECONHECE A VALIDADE DOS ATOS ATÉ DE FUNCIONÁRIOS DE FATO, ESTRANHOS AOS QUADROS DO PESSOAL PÚBLICO**, com maior razão há de reconhecê-la se praticados por agentes do Estado no exercício daquelas atribuições por força de lei, **que veio a ser declarada inconstitucional**. III. **É válida a penhora feita por agentes do Executivo**, sob as ordens dos juízes, nos termos da lei estadual de São Paulo, s/n, de 03.12.1971, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o executado.” (RE nº 79628. 1ª Turma. Rel.: Min. ALIOMAR BALEEIRO. DJU: 13.12.1974.) No mesmo sentido: RE nº 78594. Rel.: Min. BILAC PINTO. 2ª Turma. DJU: 04.11.1974. RE nº 78209. DJU: 11.10.1974. Cf. ainda: RREE 78533 e 78596. *Vide, retro*, item 2.2.1.

Já na vigência do art. 27 da Lei nº 9.868-99, o STF tem reiterado o entendimento de que é possível a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental<sup>332</sup>. Contudo, não o tem admitido quando se cura de **revogação**, coerentemente com a sua jurisprudência segundo a qual a Constituição posterior simplesmente revoga a legislação anterior incompatível (teoria da mera revogação ou mera não-recepção), não havendo que falar em inconstitucionalidade superveniente (como advoga a teoria da revogação por inconstitucionalidade). Assim, se não há declaração de inconstitucionalidade, não haveria efeitos dela a restringir<sup>333</sup>.

Conquanto discordemos da premissa de que não há declaração de inconstitucionalidade superveniente em tais casos — pois ao afirmar que a norma foi **revogada** pela norma constitucional posterior, o STF formula uma **declaração** de inconstitucionalidade, **ainda que implícita**, sobre a norma pré-constitucional (tese da revogação por inconstitucionalidade)<sup>334</sup> —, concordamos com a conclusão de que não

<sup>332</sup> “Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. **Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.**” (RE 197.917. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 07.05.2004.). “**Servidor público: provimento derivado. Inconstitucionalidade: efeito *ex nunc*. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica.** A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos, 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17-2-1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27-8-1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25-6-1999. **Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.**” (RE 442.683, Rel. Min.: CARLOS VELLOSO. DJU: 24.03.2006.)

<sup>333</sup> “A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia “*ex tunc*” (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, **excepcionalmente**, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular **juízo negativo de recepção**, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - **A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade**”. (RE 395.902-AgR, Rel. Min.: CELSO DE MELLO. DJU: 25.08.2006). No mesmo sentido: RE 438.025-AgR. Rel. Min.: CELSO DE MELLO. DJU: 25.08.2006.

<sup>334</sup> Cfr., *retro*, item 2.4.3.1.



é possível a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (**explícita ou implícita**) em casos que tais, porque a consequência da **revogação** é a **cessação total da vigência e, portanto, da eficácia** da norma a partir da revogação<sup>335</sup>. Ora, ao Poder Judiciário não é dado manipular os efeitos dessa **revogação (atividade puramente legislativa)**, à semelhança do que faz com os efeitos da sanção de nulidade (**atividade jurisdicional**), sob pena de malferir o princípio da separação dos Poderes.

De fato, não cabe ao Poder Judiciário **alterar a data de revogação de uma lei**, protraindo-a para data diversa da querida pelo Poder Legislativo, no uso de seu poder **político** de legislar. A edição ou não de lei revogatória, bem como a data do início da sua vigência e da sua eficácia revogatória configura decisão de natureza essencialmente **política**, não cabendo ao Poder Judiciário atuar em substituição ao Poder Legislativo, usurpando as funções constitucionalmente reservadas a este Poder. Dizer se uma norma nula produziu ou poderá produzir tais e quais efeitos residuais é da competência do Poder Judiciário; **prorrogar a vigência de uma lei** é atribuição do Poder Legislativo.

Destarte, não é lícito ao STF, nem a qualquer outro juízo, seja no controle *incidental*, seja no controle *abstrato*, manipular os efeitos da decisão que reconhece a **revogação** de uma norma pré-constitucional por uma norma constitucional contrária ulterior.

De outra parte, cumpre fazer duas observações importantes: (a) o art. 27 da Lei nº 9.868-99 autoriza apenas a **RESTRICÇÃO** dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e não a **AMPLIAÇÃO** desses efeitos; (b) essa **RESTRICÇÃO** não precisa ser necessariamente **TEMPORAL**, podendo ser de ordem **SUBJETIVA**, **OBJETIVA**, **ESPACIAL**<sup>336</sup>, etc. Assim, v.g., o STF pode restringir os efeitos da

<sup>335</sup> Cfr., *retro*, item 2.4.3.2. No caso específico da inconstitucionalidade superveniente por alteração formal do parâmetro constitucional, a revogação constitui *sanção mais grave* que a de nulidade absoluta, dado que a revogação não admite a permanência de efeitos pretéritos residuais (efeitos reflexos, secundários) como a sanção de nulidade admite *no período que vai do início da existência da nulidade até o seu reconhecimento judicial (e, excepcionalmente, até depois deste)*.

<sup>336</sup> É o que se infere da parte final do preceito: “**Art. 27.** 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 que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.**” Embora, a rigor, a segunda hipótese esteja compreendida na primeira (pois decidir que a declaração “*só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*” é uma das formas de “*restringir os efeitos daquela declaração*”), **ela serve para explicitar que o poder restringente do STF não se circunscreve ao poder de modulação temporal da declaração, abrangendo, em tese, o poder de restringir quaisquer efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** O art. 4º da Lei nº 11.417-2006, ao reconhecer similar poder restringente ao STF no que concerne à súmula aprovada nos termos do art. 103-A da CF-88, adotou, *mutatis mutandis*,

declaração de inconstitucionalidade a apenas alguns dos potenciais destinatários da norma ou a apenas um dos Estados-membros abrangidos por esta.

Dentre os que advogam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868-99, há quem o estime de todo inconstitucional, sob o argumento de que norma infraconstitucional não poderia deferir tal poder ao STF, e há os que admitem a eficácia *ex nunc*, mas inadmitem a possibilidade de uma fixação de data posterior para o início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à consideração de que se estaria atribuindo eficácia não apenas *ex nunc* (= desde agora), mas puramente *pro futuro*, à declaração do STF, ao livre arbítrio deste, enfraquecendo-se demasiadamente a força normativa da Constituição<sup>337</sup>.

A primeira objeção não colhe, porquanto, como já referido, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 tão-somente *regulamentou* um poder preexistente reconhecido e aplicado pelo STF.

A segunda objeção é mais ponderável. O legislador pátrio, à diferença do constituinte austríaco, optou por não preestabelecer um prazo máximo para que a declaração do STF principiasse a produzir efeitos, apostando na prudência e no *self restraint* dos Ministros do STF, para evitar que, em alguma situação específica, a impossibilidade da restrição dos efeitos pelo STF além desse prazo-limite pudesse conduzir à não-declaração de inconstitucionalidade, agravando-se ou mantendo-se o estado de inconstitucionalidade.

Tratando-se de uma opção política, só o tempo e a práxis do STF dirão se foi acertada. Juridicamente, não entrevemos nenhum óbice insuperável a essa prática, desde que fundada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em ordem a resguardar outros princípios constitucionais em jogo, o que afastaria, na espécie, o argumento do enfraquecimento da força normativa da Constituição, porquanto se estaria resguardando a força normativa de princípios *constitucionais* merecedores de prevalência na situação. Ademais, essa possibilidade não é incompatível

---

redação virtualmente idêntica: “**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.”

<sup>337</sup> Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 697-698.

com o regime da nulidade absoluta, havendo inclusive previsões legais similares no direito privado brasileiro<sup>338</sup>, conforme precedentemente enfatizado (item 2.4.3.2.).

No que toca à aplicação efetiva do art. 27 da Lei nº 9.868-99 nos processos objetivos, o STF tem sido bastante parcimonioso, talvez pelas contundentes críticas de logo formuladas pela doutrina ao aludido dispositivo, que estimularam a propositura das ADIns nº 2.154 e 2.258, ambas pendentes de julgamento (relator: Min. PERTENCE).

Apesar de vigente há vários anos, são raros os processos objetivos em que o STF aplicou efetivamente o referido preceito legal<sup>339</sup>. Assim, ao menos por

---

<sup>338</sup> Com efeito, *excepcionalissimamente*, o ato nulo pode gerar efeitos jurídicos válidos *mesmo após o início a produção de efeitos da declaração judicial de nulidade absoluta*. Exemplos: (a) o art. 1617 do CC/2002 (art. 367 do CC/1916) determina que a filiação paterna ou materna pode resultar de casamento **já declarado nulo por sentença; assim, o filho que nasce após o trânsito em julgado da sentença declaratória de nulidade é reconhecido juridicamente como filho do casal, a despeito de declaração judicial de nulidade do casamento já ter começado a produzir efeitos**; (b) o art. 183, XIV, do CC/1916 proibia a mulher de casar-se novamente no prazo de 10 (dez) meses depois da dissolução da sociedade conjugal em virtude da declaração judicial de nulidade do casamento anterior. Assim, malgrado já dissolvida a sociedade conjugal pelo trânsito em julgado da sentença declaratória de nulidade do casamento, o casamento absolutamente nulo (contraído de boa ou má-fé) continuaria a produzir o efeito juridicamente válido de **impedir** (era causa **impeditiva**) um novo casamento antes de decorrido esse prazo de 10 meses. Quanto a este último exemplo, cf.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico...*, p. 60.

<sup>339</sup> Eis um raro exemplar, em cujo voto o Relator, Min. JOAQUIM BARBOSA, assim propôs a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: “Efetivamente, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade *ex tunc* da norma é imprevisível, mas avaliável. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa de servidores estaduais. Lembrando que converti o rito da presente ação para o do art. 12 da Lei 9.868, e considerando essa peculiaridade do caso, entendo que no presente julgamento de mérito é necessário limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, com base no art. 27 da Lei 9.868. Com essas considerações, Sr. Presidente, voto pela procedência da presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais’, contida na alínea *a*, do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do Estado do Rio Grande do Sul. **Nos termos do art. 27 da Lei 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais. Como marco dessa limitação, sugiro que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito a partir de 31-12-2004.**” (ADIn nº 3.022, julgada em 02.08.04, DJU: 04.03.2005.) Releva notar que a publicação oficial da decisão foi feita em data posterior à data prefixada para o início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Mais recentemente decidiu o STF: “O Tribunal, aplicando efeitos *ex nunc*, julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL para declarar a inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado da Paraíba, que altera os limites territoriais do Município do Conde — v. Informativo 431. (...) Justificou-se a aplicação dos efeitos *ex nunc*, em face da adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99, uma vez que, na espécie, a norma hostilizada permanecera em vigor por dezesseis anos, período em que diversas situações jurídicas foram consolidadas, notadamente nos âmbitos financeiro, tributário e administrativo, as quais deveriam ser mantidas, sob pena de ofensa à segurança jurídica.” (ADIn nº 3.615. Rel. Min.: ELLEN GRACIE, Informativo 438.)

ora, não se vislumbra um cenário de banalização do poder restrigente dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> Em Portugal, a situação é bastante diferente: segundo RUI MEDEIROS, o Tribunal Constitucional português tem modulado os efeitos de quase 1/3 (um terço) das suas decisões de inconstitucionalidade, muitas das quais sobre matéria tributária, para desobrigar o Fisco de devolver tributos inconstitucionalmente cobrados, em ordem a salvaguardar o equilíbrio orçamental. Tal generosidade do TC no uso dessa faculdade excepcional tem sido, por isso mesmo, alvo de acerbas críticas, como a de VITAL MOREIRA: “A frequência com que o Tribunal Constitucional recorre à limitação de efeitos corre o risco de transformar a exceção em regra, sendo de temer que se crie a concepção de que o ‘crime compensa’ e de que vale sempre a pena criar normas inconstitucionais, porque, por mais flagrante que seja desde o início a inconstitucionalidade, sempre haverá fortes probabilidades de o Tribunal Constitucional, ao declarar a norma inconstitucional, vir a salvaguardar os actos e factos entretanto consumados.” (*Apud* FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 200.) Cf. ainda STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional...*, p. 696.

## 5. A NATUREZA DÚPLICE DA ADIN E DA ADC

### 5.1. A produção de coisa julgada material e efeito vinculante nas decisões definitivas de procedência e de improcedência

#### 5.1.1. A questão no direito comparado

A Constituição Federal de 1988 não foi expressa sobre a produção de coisa julgada *erga omnes* e de efeito vinculante por acórdãos de *improcedência* em ADIn e ADC. Embora o art. 102, § 2º, da CF-88 se refira a “decisões”, sem excluir as de improcedência, cumpre descortinar se tal preceito merece uma interpretação literal ou mais restritiva.

Insta, pois, averiguar se *todos os acórdãos definitivos de mérito* do STF no controle *abstrato* produzirão *res iudicata adversus omnes* e efeito vinculante.

A matéria no direito comparado não é pacífica. Em Espanha, entende FERNANDEZ SEGADO<sup>341</sup> que as sentenças no controle abstrato fazem coisa julgada *erga omnes* quer quando declaram a *inconstitucionalidade* da norma, quer quando lhe declaram a *constitucionalidade*. Ou seja: assim as sentenças de procedência (“estimatorias”), como as de rejeição (“desestimatorias”) “son eficaces *erga omnes*”. De outro aviso é ANDRÉS RIBAS MAURA<sup>342</sup>: em se tratando de improcedência por razões de *forma* (“desestimación por razones de forma”) é possível o “replanteamiento” da inconstitucionalidade<sup>343</sup>; no que toca à “desestimación por razones de fondo”, colaciona doutrina (ENTERRÍA) e jurisprudência do Tribunal Constitucional favorável à sua possibilidade.

RAUL BOCANEGRA SIERRA, em monografia específica acerca do valor das sentenças do Tribunal Constitucional<sup>344</sup>, encontra subsídios na própria LOTC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) para transparentar que

“solamente pues, también en Derecho español, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal puede tener eficacia *erga omnes*, fuerza de ley, en la medida misma en que esa es justamente su eficacia, pero no, desde luego *las sentencias que estiman la constitucionalidad de*

<sup>341</sup> *La jurisdicción...*, p. 118.

<sup>342</sup> *La cuestión...*, pp. 130-135.

<sup>343</sup> ALMAGRO NOSETE comparte o mesmo entendimento. Cfr: *Justicia constitucional: Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1980, pp. 126-127; 170-172 *et passim*.

<sup>344</sup> *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 256-262 *et passim*. (Grifou-se.)

*una ley, que dejan abierta siempre la posibilidad de su posterior declaración de inconstitucionalidad, incluso, por supuesto, por medio del planteamiento de la llamada cuestión de inconstitucionalidad, dada la nulidad radical de los preceptos que aparentemente lo impedirían, conclusión ésta, por lo demás, que encuentra una sólida fundamentación dogmática.”*

Não se pense, contudo, que, para o autor, às sentenças “desestimatorias” faleça de todo ponto efeito vinculativo, porquanto “vinculan a los órganos y sujetos que *puieron* intervenir [embora não o tenham feito] en el correspondiente procedimiento [que seriam, no direito brasileiro, os legitimados ativos], pero no a los que no tuvieran ocasión de hacerlo”, como os particulares. A estes é dado interpor recursos de amparo ou “cuestiones de inconstitucionalidad” contra as leis antes declaradas constitucionais, propiciando assim ao Tribunal Constitucional “el ejercicio de una constante revisión de la constitucionalidad de las leyes, que es una de sus funciones primeras.”<sup>345</sup>

Quanto à Itália, testimonia ZAGREBELSKY<sup>346</sup>, evidenciando a diversa natureza eficaz de ambas as espécies de decisão:

*“[...] Mentre la decisione di incostituzionalità è, per così dire, senza ritorno, perché la legge viene eliminata dall’ordinamento né mai potrebbe la Corte né alcun altro riesaminare la decisione, la pronuncia di rigetto non impedisce che la stessa questione venga in futuro risolta e neppure che la stessa Corte possa, in una successiva circostanza, dichiarare questa volta l’incostituzionalità della legge passata una prima volta indenne al suo controllo (Corte cost. 7/1958).*

Se le sentenze di accoglimento sono, come si spiegherà, decisioni di accertamento alle quali la costituzione ricollega effetti generali sotto certi aspetti costitutivi, l’efficacia delle sentenze di rigetto è totalmente diversa, *non contenendo alcuna certificazione dello status di conformità della legge alla Costituzione. Per queste ragioni, le decisioni di rigetto sono prive di incidenza nel sistema delle fonti del diritto e sulla loro vigenza.”*

E mais ao diante arremata:

*“Le decisioni di rigetto della Corte costituzionale posseggono dunque un’efficacia assai limitata, di ordine solo processuale. Essa non è paragonabile né a quella del “giudicato”, efficacia di cui sono dotate le pronunce della giurisdizione comune, e nemmeno paragonabile a quel che si denomina il “giudicato costituzionale”, categoria riferibile invece alle decisioni di accoglimento.”*

---

<sup>345</sup> *El valor...*, p. 280.

<sup>346</sup> *La giustizia...*, pp. 256-257.

Isso tudo porque, no direito italiano, como no direito brasileiro antes da introdução da ADC, a Corte constitucional não foi dotada pela Constituição de “un generale potere di *attestazione della costituzionalità o dell’incostituzionalità* delle leggi, ma [de] un potere *repressivo* dell’incostituzionalità.”

### 5.1.2. A questão no STF

No Brasil, há entendido o STF que, em ADIn e em ADC, tanto a declaração de *inconstitucionalidade* como a de *constitucionalidade* fazem coisa julgada (formal e material) *erga omnes*, isto é, tanto o acórdão de *improcedência* como o de *procedência* do pedido produzem *res iudicata erga omnes* e efeito vinculante.

Assim, o STF atribui à ADIn e à ADC uma natureza dúplice ou ambivalente<sup>347</sup> (v., *retro*, item 4.1.3.). Essa concepção é mais consentânea com a celeridade necessária ao julgamento dos processos objetivos e é dessumível da dicção do art. 102, § 2º, da CF-88, que se refere a “decisões”, sem excluir as de improcedência<sup>348</sup>. Contudo, essa ambivalência não é absoluta: na ADC, v.g., o legitimado ativo é obrigado a instruir a petição inicial com documentos comprobatórios da existência de uma controvérsia judicial relevante para fins de aferição do interesse processual objetivo<sup>349</sup> (Lei 9.868-99, art. 14, III), ao passo que na ADIn não há tal

<sup>347</sup> “Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.” (Rcl 1.880-AgR. Rel. Min.: MAURÍCIO CORRÊA. DJU: 19.03.2004)

<sup>348</sup> “Aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade seria dotada de efeitos ou conseqüências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Argumenta-se que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida — **incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada** — ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade.’ (Rcl nº 2.256, voto do Min. GILMAR MENDES. DJU: 30.04.2004.)

<sup>349</sup> “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a

exigência; o procedimento de ambas as ações é ligeiramente diverso, etc. Portanto, a ambivalência ou duplicidade diz respeito à similitude do objeto e à identidade dos *efeitos produtíveis* por ambas as ações.

Releva observar que o fato de a declaração de constitucionalidade, na ADIn ou na ADC, poder ser sucedida por uma declaração de inconstitucionalidade em razão de uma inconstitucionalização superveniente da norma não malfere a eficácia de coisa julgada material *erga omnes* nem o efeito vinculante que promanam da declaração anterior, pois a **todas** as sentenças inere uma cláusula *rebus sic stantibus* implícita (v., *retro*, item 4.1.5.). De feito, como já frisado, o STF já houve ensancha de consignar, na trilha do *Bundesverfassungsgericht*, que a decisão declaratória de constitucionalidade não ficará em salvo de modificação posterior em razão do surgimento de novas e relevantes “circunstâncias fáticas” que possam interferir no juízo dantes formalizado<sup>350</sup>.

---

inexistência de pronunciamentos judiciais antagonicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções relevantes’, de dissídio judicial, cuja existência — precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta — faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” (ADC 8-MC. Rel. Min.: CELSO DE MELLO. DJU: 04.04.2003). No mesmo sentido: ADC 1. Rel. Min.: MOREIRA ALVES. DJU: 16.06.1995. Na ADC nº 8, o Min. CELSO DE MELLO aferiu a relevância da controvérsia judicial pelo prisma *quantitativo* (número de decisões concretas conflitantes). Todavia, quer-nos parecer que tal critério é insuficiente, devendo ser conjugado com o critério *qualitativo*, porquanto é possível que embora não existam ainda numerosas decisões judiciais conflitantes, a questão assumo grande relevo para o controle abstrato, justificando uma solução rápida e uniforme pelo STF.

<sup>350</sup> RE 105.012.Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. In: RTJ, 136/758.



## 6. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO LIMITAÇÃO AO EFEITO VINCULANTE E À EFICÁCIA *ERGA OMNES*

Assim como as leis, a decisão do STF em ADIn ou ADC precisa ser *interpretada* para poder ser aplicada<sup>351</sup>. A decisão do STF em ADIn ou ADC possui o *mesmo grau de generalidade e de abstração* da lei ou do ato normativo declarado constitucional/inconstitucional. Por conseguinte, a decisão do STF em ADIn ou ADC — incluindo-se o próprio texto que a exprime em vernáculo —, necessita de *interpretação* tanto quanto as leis, interpretação esta que deve ser feita por meio de *métodos e critérios hermenêuticos* semelhantes.

*Tal como as leis*, a par dos critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.), a decisão do STF em ADIn ou ADC deve passar outrossim pelo crivo da proporcionalidade e da razoabilidade. De fato, assim como as leis podem, *em tese ou em casos concretos específicos*, desatender os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade, as decisões do STF em ADIn ou ADC também podem malferi-los *em tese* (v.g.: uma série de hipóteses de aplicação compreendidas na decisão, *abstratamente identificáveis*, revela-se desproporcional ou irrazoável) ou *em determinados casos concretos* (ou seja, quando a ofensa à proporcionalidade e/ou à razoabilidade só possa ser verificada examinando-se as peculiaridades do caso concreto).

---

<sup>351</sup> A interpretação é inerente ao ser humano: “onde está o homem, está a interpretação”. O homem percebe o mundo interpretando-o. Logo, a decisão do STF em ADIn ou ADC não pode, logicamente, ser imune à interpretação. E a inesgotabilidade do sentido é um dos fundamentos da hermenêutica. Sobre ser um imperativo lógico, a “interpretabilidade” da decisão do STF em ADIn ou ADC é condição necessária à própria sobrevivência daquela, porquanto é a *renovação* da interpretação que atualiza e vivifica a norma e a decisão proferida acerca dela. Nessa linha, pontifica, com absoluta propriedade, RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO: “Onde está o homem está a interpretação. Não adiantaria ali estar o Direito se não estivesse ele constantemente sendo interpretado, sendo submetido à apreensão do sentido que possa oferecer. Sem isso, é como se não estivesse lá. De fato, não o estaria. Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o *sendo* da interpretação, é paralisia, é estagnação. Não passa de algo virtual. Mera potencialidade. E assim perde a razão de ser. *A própria interpretação já feita é paralisia e estagnação*. Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural — *inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita* —, é sempre nova apreensão de sentido, é sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo. *Toda nova interpretação é uma interpretação nova*. Em decorrência, se se deseja dar vida vivente ao Direito, não se fale em Direito. Fale-se em interpretação dele. Esta é que se aplica à existência efetiva das relações convivenciais”. (*Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.) (Grifou-se.)

Desconsiderar ou negar essa realidade, à sombra de uma pretensa infalibilidade jurisdicional — ainda que ficcional — ou em prol de uma fria coerência interna, concorre para que o sistema jurisdicional seja mais fechado, mais injusto, mais desumano, mais incoerente com seus fins, ou seja, contribui não para o seu aprimoramento, mas para sua degenerescência.

Portanto, *tal qual sucede com as leis*, tanto os critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.) como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>352</sup> podem ser utilizados para *evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais, não-equitativas*, de decisões do STF em ADIn e ADC.

Aliás, uma das missões mais sublimes do julgador é a de *amoldar* o comando genérico e abstrato da lei às situações concretas da vida. Com efeito, qualquer leguleio, e até mesmo um computador, é capaz de fazer uma operação simples de subsunção de uma situação fática a uma situação prevista normativamente, mas a

<sup>352</sup> Tanto a *gênese*, como a *real natureza* do princípio da proporcionalidade ainda são objeto de controvérsia doutrinária. De fato, para uns, tal princípio seria decorrência lógica do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF-88); para o STF e alguns doutrinadores, do princípio do devido processo legal considerado no seu sentido substantivo (*substantive due process of law*), cuja *sedes materiae* seria o art. 5º, LIV e LV, da CF-88; para outros, o princípio da proporcionalidade não derivaria de nenhum outro princípio constitucional. Nesse sentido, propugna WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, pioneiro no estudo do princípio da proporcionalidade no Brasil: “Não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio da proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade [...], ou de algum(n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional [...]. Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º), com objetivos que na prática se conflitam (art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.” (*Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 84.) Quanto à real natureza do princípio da proporcionalidade, lavra controvérsia ainda maior. Para uns, ele não seria verdadeiramente um *princípio*, mas sim uma *máxima ou regra* (“máxima ou regra da proporcionalidade”), porque não se submete à ponderação, isto é, a máxima da proporcionalidade seria *sempre* aplicável para resolver as colisões entre outros princípios, de sorte que não haveria como ponderá-la em face de outros princípios para excluir a sua aplicação como meio de solução de colisões normativas. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito seriam assim *elementos* ou *máximas parciais*, e não *subprincípios*. É a posição de ROBERT ALEXYS: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. **Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.**” (*Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimpressão. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002, p. 112.) Para outros, seria um *metaprincípio*, ou “princípio dos princípios” (WILLIS FILHO). Por fim, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA e EROS GRAU o classificam, respectivamente, como “*postulado normativo aplicativo*” e “*postulado normativo de interpretação/aplicação do direito*”(cf. seu voto-vista na ADIn 2591. Rel.; MIN. EROS GRAU. DJU: 29.09.2006, p. 31). Para além disso, os característicos que o diferenciam do princípio da razoabilidade também são frequentemente confundidos ou simplesmente negados. Sem embargo disso tudo, o fato é que parece ser incontroverso o seu papel de relevante limitador da aplicação de normas injustas, desproporcionais, não-equitativas e desarrazoadas.

complexidade da vida exige muito mais do julgador para que se alcancem a justiça e a paz social. Para atingir esse desiderato, o juiz, interpretando todo o sistema, pode usar dos métodos hermenêuticos para fazer *interpretações corretivas* e, quando o sentido da norma for de tal sorte inequívoco que impeça uma interpretação corretiva<sup>353</sup>, pode até mesmo *afastar sua aplicação ao caso concreto ou sua própria validade* com esteio nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>354</sup>.

### 6.1. Casos em que o próprio STF relativizou o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*

Assentada a premissa de que as decisões do STF em ADIn e ADC, dado o seu elevado grau de generalidade e abstração, equivalente ao da lei ou ato normativo por ela declarado constitucional ou inconstitucional, podem ser *interpretadas e até ter sua aplicação ao caso concreto afastada* pelo juiz com base nos métodos hermenêuticos tradicionais e nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais dessas decisões em ADIn e ADC, cumpre analisar alguns casos em que o próprio STF, expressa ou

---

<sup>353</sup> Porque há limites intransponíveis à interpretação corretiva, não se podendo pretender que a norma diga o contrário do que claramente disse, sob pena de configurar-se o chamado “estupro legal”. Verdade é que “interpretar um texto importa necessariamente em mudá-lo”, pois a linguagem humana é falha por natureza: o receptor sempre entende a mensagem à luz de suas próprias experiências de vida, de sua mundividência, e o próprio emissor da mensagem, passado algum tempo e com sua cosmovisão alterada pelas experiências vividas, também a compreenderá de forma diferente. Contudo, o intérprete não pode desviar-se do texto a ponto de distorcê-lo inteiramente: o texto sempre constituirá um limite, mais ou menos flexível, à sua própria interpretação.

<sup>354</sup> O papel do princípio da razoabilidade como *harmonizador do geral com o individual* (dever de *equidade*) é bem delineado por HUMBERTO ÁVILA: “A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.” (*Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.) Em outra passagem, clarifica o seu pensamento: “Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso **se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária**. Nessas hipóteses as condições de aplicação das regras são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. No caso analisado as condições de aplicação da regra foram satisfeitas. No caso a condição a condição de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deve ser excluído de um mecanismo especial de pagamento de tributos quando efetuar uma importação, foi preenchido. Ainda assim a regra não foi aplicada: o contribuinte não foi excluído *naquele caso*. Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem **a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral**. [...] A razoabilidade atua na **interpretação das regras gerais** como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).” (*Teoria...*, p. 142.) (Grifou-se.)

tacitamente, *excepcionou* (ou relativizou) o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* dessas decisões.

#### 6.1.1. O caso da Rcl nº 1067

No caso da Reclamação nº 1067, o STF manteve decisão de um juiz que deferira pedido de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública determinando o pagamento imediato de certa verba, em aparente afronta à decisão do STF na ADC nº 4, que as proibira, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Sucedo que se cuidava de uma parcela relativa à pensão devida a uma viúva idosa, suprimida pelo órgão previdenciário em desconformidade com jurisprudência sedimentada do STF a seu respeito em inúmeros casos concretos por este apreciados. O STF enfrentou o seguinte dilema: deveria garantir o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da sua decisão na ADC 4, que aparentemente estava sendo desrespeitada pela decisão antecipatória da tutela, ou deveria prestigiar a sua firme jurisprudência quanto à questão de fundo, observada pela decisão antecipatória da tutela, bem como a efetividade da prestação jurisdicional, já que a pensionista provavelmente já não estaria viva após o trânsito em julgado da sentença que lhe garantisse o direito à verba pleiteada?

Na oportunidade, o STF escolheu a segunda opção, firmando a seguinte diretriz: sempre que a decisão reclamada estivesse, no concernente à questão de fundo, em harmonia com a jurisprudência do próprio STF (*mesmo que desprovida de efeito vinculante e eficácia erga omnes*), aquela não deveria ser cassada, ainda que proferida em descompasso com a decisão da ADC nº 4. Eis a ementa da Rcl-AgR 1067:

“1 - Tutela antecipada concedida para reconhecimento do direito da viúva do servidor à percepção da integralidade da pensão, com fundamento no art. 40, § 5º, da Constituição. 2 - Reclamação buscando garantia da autoridade da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. **3 - Liminar indeferida, por implausibilidade da alegação, pelo reclamante, de dano irreparável, ante a coincidência, na questão de fundo (integralidade da pensão), entre o sentido da decisão reclamada e a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal.**” (Rcl-AgR 1067/RS. Pleno. Rel.: Min. OCTAVIO GALLOTTI. DJU: 03.09.1999, p. 27.)

De feito, essa solução é a mais justa, razoável e proporcional, visto como seria formalismo extremamente prejudicial à parte exigir que esta percorresse

todas as instâncias recursais, eventualmente até o STF, simplesmente para que pudesse obter o que já se sabe de antemão que o mesmo STF lhe asseguraria em grau de recurso, correndo ela o risco de falecer no curso da lide sem alcançar a satisfação da sua pretensão, cabendo aos seus herdeiros usufruírem do bem da vida pelo qual tanto lutou. O ônus para a parte seria imenso<sup>355</sup>, ao passo que o benefício para o órgão previdenciário consistiria apenas na rolagem da dívida, de sorte que os malefícios advindos dessa medida superariam os benefícios, tornando-a ofensiva ao princípio da proporcionalidade (especialmente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

É verdade que, ao depois, no julgamento final da referida Rcl 1067, o STF considerou que, em verdade, a decisão reclamada não violava a decisão na ADC nº 4, visto que esta não alcançava as demandas *previdenciárias*<sup>356</sup>, porquanto a Lei 9.494/97 (objeto da ADC nº 4) só abrangeria *servidores públicos*. Todavia, a diretriz fixada originalmente permaneceu válida, continuando a ser aplicada pelo STF a outros processos<sup>357</sup>.

Em outros casos, o STF, apesar de afirmar textualmente que a decisão reclamada *não observava* o efeito vinculante da ADC nº 4, não a cassava, justamente porque coincidente, quanto à matéria de fundo, com jurisprudência (não vinculante) do mesmo STF, prestigiando assim a efetividade da prestação jurisdicional. Confira-se o seguinte paradigma:

**“RECLAMAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - ALEGADO DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE DE JULGAMENTO EFETUADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADC 4-DF) - PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO - BENEFICIÁRIA QUE TEM 86 ANOS DE IDADE - DECISÃO RECLAMADA QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO STF - CIRCUNSTÂNCIA QUE RECOMENDA O INDEFERIMENTO**

<sup>355</sup> Sobretudo ao seu *direito fundamental* à efetividade da prestação jurisdicional.

<sup>356</sup> O acórdão final recebeu a subseqüente ementa: “O Plenário deste Supremo Tribunal fixou o entendimento de que a decisão prolatada no julgamento liminar da ADC nº 4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica aos casos que tenham por objeto matéria de natureza previdenciária. Precedentes: Reclamações nºs 1.122 e 1.015, Rel. Min. Néri da Silveira; 1.014, Rel. Min. Moreira Alves. Reclamação julgada improcedente.” (Rcl-AgR 1067/RS. Pleno. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. DJU: 14.02.2003, p. 60.) Tal entendimento foi posteriormente cristalizado na súmula nº 729 do STF: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

<sup>357</sup> Como, por exemplo, se observa na seguinte ementa: “Reclamação: descabimento: antecipação de tutela que, quanto à questão de fundo - integralidade de pensão de servidor público - está de acordo com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal, além de se tratar de questão previdenciária, que não é alcançada pelas vedações da L. 9.494/97 objeto da ADC 4-MC. Precedentes.” (Rcl-AgR 3935/CE. Pleno. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU: 10.08.2006, p. 20.)

DA MEDIDA LIMINAR - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se justifica a concessão de medida liminar, em sede de reclamação, se a decisão de que se reclama - **embora NÃO OBSERVANDO a eficácia vinculante que resultou do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º)** - ajustar-se, com integral fidelidade, à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão de fundo (auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º, da Constituição, na redação anterior à promulgação da EC nº 20/98, no caso). - A eventual outorga da medida liminar comprometeria a efetividade do processo, por frustrar, injustamente, o exercício, por pessoa quase nonagenária, do direito por ela vindicado, e cuja relevância encontra suporte legitimador na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>358</sup>

Embora no acórdão cuja ementa foi acima transcrita não haja nenhuma alusão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não é necessário esforço exegético para concluir pela sua aplicação implícita ao caso.

Idêntica **aplicação implícita de tais princípios** pode ser observada na exegese **restritiva** emprestada pelo STF aos dispositivos restritivos de antecipação de tutela referidos na Lei nº 9.494-97 e na interpretação **ampliativa** do conceito de “causa de natureza **previdenciária**”, em ordem a abranger as causas concernentes a pensões e aposentadorias *estatutárias*, **que só se enquadrariam na definição de causas previdenciárias em sentido lato (lato sensu)**. Assim, o STF, em geral, não tem cassado decisões antecipatórias de tutela em favor de aposentados e pensionistas de servidores públicos, **considerando a usual idade avançada desses beneficiários**<sup>359</sup> (*periculum in mora qualificado*) e ausência de referência expressa a eles nos dispositivos legais restritivos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública<sup>360</sup>. Para

<sup>358</sup> Rcl-AgR 1132/RS. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. Pleno. DJU: 04.04.2003, p. 39.

<sup>359</sup> Conquanto nem sempre seja explícito a esse respeito, é certo que o STF sempre considera, ainda que implicitamente, a costumeira idade avançada desses beneficiários. Tal consideração ficou bem caracterizada no seguinte acórdão do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO. ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97. PENSÕES ESTATUTÁRIAS. REVISÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. [...] III - O artigo 2º-B, da Lei nº 9.494/97, impôs a necessidade do trânsito em julgado para a execução de sentenças que determinem a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, devendo a norma ser interpretada restritivamente. IV - **Não foram incluídas na vedação as revisões de pensões estatutárias, motivo porque inexistente óbice à execução provisória quando presente essa situação. Com efeito, via de regra, os titulares de pensões são pessoas em idade avançada ou portadores de necessidades especiais, onde é imperiosa a imediata satisfação do direito, sob risco de que, em face da demora, o provimento jurisdicional seja inócuo.** V - Entendimento, em hipótese análoga, que deu origem ao enunciado nº 729 da Súmula do Pretório Excelso: ‘A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.’ Recurso não-conhecido.” (REsp 608.704/CE. Rel.: Min. FELIX FISCHER. DJU: 01.07.2004, p. 271.)

<sup>360</sup> Em relação a um servidor público **aposentado**, decidiu o STF: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Art. 1º da Lei nº 9.494/97. Constitucionalidade reconhecida em medida cautelar. ADC nº 4. Inaplicabilidade. Antecipação de tutela em causa de natureza

além disso, mesmo no pertinente a servidores públicos **em atividade** (causas **puramente estatutárias**), tem mantido decisões antecipatórias de tutela que se limitam a **restabelecer** o *statu quo ante*, isto é, que não concedem vantagens novas, nunca usufruídas antes, mas apenas **restauram** vantagens que vinham sendo usufruídas mas que foram indevidamente suprimidas, sem determinar o pagamento de verbas anteriores ao ajuizamento da ação (atrasados), ou **impedem** a supressão dessas vantagens pela Fazenda Pública<sup>361</sup>.

### 6.1.2. O caso da ADIn nº 223

No julgamento da ADIn nº 223, o STF indeferiu o pedido de liminar para suspender a vigência da MP nº 173, que vedava a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público nas hipóteses que especificava. Na ocasião, o STF, reconhecendo expressamente a sua incapacidade de prever as múltiplas situações concretas que poderiam ocorrer, preferiu não declarar a inconstitucionalidade *em tese* da MP nº 173, mas ressaltou expressamente a possibilidade de os juízes declararem *incidentalmente* a sua inconstitucionalidade diante da situação específica sob seu exame (declaração de inconstitucionalidade *in concreto*).

Assim, reconhecendo a dificuldade de delimitar *in thesi* até que ponto eram razoáveis as restrições impostas à concessão de medidas cautelares pela MP nº 173, em razão de sua generalidade e abstração, o STF considerou que a questão seria mais bem decidida no controle difuso, no exame caso a caso levado a efeito pelos juízes de todo o País.

Eis a ementa do acórdão:

---

previdenciária. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Aplicação da súmula 729. A decisão da ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.” (Rcl-AgR 2446. Relator: Min. CEZAR PELUSO. DJU: 05.08.2005, p. 6.). No atinente a pensionista de policial militar, decidiu o STF: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4-6 - ALCANCE DO PRONUNCIAMENTO - MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. O que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6 não alcança conflito de interesses de natureza previdenciária, pouco importando a espécie da parcela em jogo e a entidade devedora envolvida.” (RCL-MC 2.480-PE. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. DJU: 05.11.2004, p. 6.)

<sup>361</sup> “SERVIDOR PÚBLICO. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Restabelecimento. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial.” (Rcl-AgR 3483. Rel.: Min. CÉSAR PELUSO. DJU: 28.04.2006, p. 5.)

“Ação direta de inconstitucionalidade contra a medida provisória 173, de 18.3.90, que veda a concessão de 'medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas provisórias números 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168': indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores.

Sentido da inovadora alusão constitucional a plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase a função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário.

Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal.

Conseqüente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não.

***Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário.***

***Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar.***

**Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.”** (ADIn 223. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJU 29.06.1990, p. 6218.)

Considerou-se que a decisão *abstrata* do STF declaratória de *constitucionalidade*, dada a sua eficácia *erga omnes*, poderia malferir a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, bem como que uma decisão *abstrata* do STF declaratória de *inconstitucionalidade*, ponderada a sua eficácia *erga omnes*, poderia, por outro lado, coarctar o poder do juiz de declarar *incidentalmente* a inconstitucionalidade da MP 173 quando as *peculiaridades do caso concreto* o exigissem.

O que torna este acórdão emblemático é o reconhecimento explícito de que a decisão *abstrata* do STF, *se aplicada efetivamente erga omnes*, poderia ser, *em determinados casos concretos*, injusta, irrazoável, não-eqüitativa, em suma, *inconstitucional*. No caso, a solução alvitada pelo STF para evitar isso consistiu no



*indeferimento* da medida liminar na ADIn (o que não alterava em nada a situação da norma, porque, segundo a sua jurisprudência atual, o *indeferimento* da cautelar em ADIn ou em ADC não possui efeito vinculante nem surte efeitos *erga omnes*), acompanhado da ressalva de que a questão poderia ser examinada no controle difuso em cada caso concreto<sup>362</sup>.

Contudo, mesmo que não houvesse sido feita essa ressalva, cremos que ainda assim seria possível ao juiz declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da norma no caso concreto sob seu julgamento, após *interpretar* a decisão abstrata do STF e verificar se as *particularidades do caso concreto* tornavam sua *aplicação* a este desproporcional, irrazoável, injusta, inconstitucional. O inverso também poderia ocorrer: em virtude das peculiaridades do caso concreto, o juiz poderia declarar a *constitucionalidade in concreto* de uma norma declarada *inconstitucional in abstracto* pelo STF<sup>363</sup>.

O fato é que o STF, assim como o legislador, não é dotado de onisciência que o habilite a prever todas as situações possíveis de ocorrer, nem, ainda que isso fosse factível, a linguagem humana é tão precisa que possa abranger num único enunciado todas as possíveis exceções à regra que intenta estabelecer.

Assim, é plenamente possível (e, mais do que isso, indispensável<sup>364</sup>), no nosso sistema, *de iure condito*, a utilização da técnica da distinção

---

<sup>362</sup> Solução semelhante foi adotada na ADIn-MC-QO n.º 272: “LIMINARES: PROIBIÇÃO DE SUA CONCESSÃO EM MANDADOS DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINÁRIAS E CAUTELARES, DECORRENTES DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (M.P. 181 e 182). INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIMINAR PARA SUSPENDER AQUELA PROIBIÇÃO. Tendo-se que o pedido de concessão de liminar para que os efeitos das Medidas Provisórias n.º 181 e 182 - que proibiam cautelares em determinadas ações - não satisfaz aos requisitos necessários ao seu deferimento, cabe indeferi-lo. Ademais, devendo ser decidido [*sic*], pelo Congresso Nacional, em breves dias, a conversão ou não de tais Medidas ou lei, desaconselha-se o deferimento da liminar. *De lembrar que a própria inicial da O.A.B ressalta que podem os Juízes por via incidental, no exame dos casos concretos, deixar de atender à vedação, se a considerarem inconstitucional, contida nas Medidas Provisórias.*” (Relator: Min. ALDIR PASSARINHO. DJU: 14.04.2000, p. 3.)

<sup>363</sup> Suponha-se, exemplificativamente, que seja editada uma lei permitindo o uso de drogas em pequena quantidade e o STF declare a sua *inconstitucionalidade* em ADIn ou ADC, ao argumento de que a Constituição não tolera o uso de drogas *de forma alguma*, independentemente da quantidade envolvida. Tal decisão declaratória de inconstitucionalidade possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Contudo, seria razoável, proporcional, justo e constitucional impedir, com base nessa decisão, o uso de drogas para fins terapêuticos, por pacientes sob supervisão médica? É óbvio que não, apesar da amplitude da formulação da decisão do STF, que, em tese, abrangeria essa hipótese específica. Mas relevaria indagar: será que essa hipótese específica foi mencionada no acórdão? Será que foi ao menos cogitada pelos Ministros do STF? Será que os Ministros não teriam feito uma ressalva a essa hipótese específica se dela tivessem cogitado? Será que a inclusão dessa hipótese específica na decisão estaria em harmonia com outras decisões do STF sobre ela?

<sup>364</sup> Para evitar a petrificação do direito, o legislador constituinte estatuiu que as súmulas vinculantes poderiam ser revogadas pelo STF, bem como que o efeito vinculante da ADIn e a ADC não alcançariam o STF. Todavia, há que haver outras válvulas de escape no sistema para impedir o seu colapso por

(*distinguish*), à semelhança do que se faz no sistema anglo-saxão, no qual a vinculação aos precedentes das Cortes superiores convive harmonicamente com o emprego do método distintivo (*distinguish*) tanto pela Corte prolatora do precedente vinculante como pelas Cortes inferiores, até como forma de oxigenação e de sobrevivência mesma do sistema de vinculação aos precedentes (*stare decisis*).

Ademais, no sistema anglo-americano, a par da técnica da distinção<sup>365</sup>, utilizável incluídamente pelas Cortes inferiores<sup>366</sup>, permite-se às Cortes que criaram o precedente vinculante a superação, a “revogação” total (*overruling*) ou parcial (*overriding*<sup>367</sup>), prospectiva (*prospective overruling*<sup>368</sup>) ou retroativa (*retrospective overruling*), do precedente vinculante. Conquanto o uso de tais mecanismos de abandono da vinculação ao precedente seja mais adequado para a própria Corte que

engessamento, tais como a possibilidade de uso da técnica distintiva (*distinguish*) pelas Cortes e pelos juízos vinculados, a qual visa a integrar e complementar o sistema de vinculação ao precedente, e não a miná-lo.

<sup>365</sup> CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA assim define em que consiste essa técnica distintiva: “O *distinguish*, portanto, significa criar uma exceção à regra geral na medida em que, como o caso que atualmente se decide se encontra por ela abrangido, deveria ser mas de fato não é por ela alcançado.” (*Do efeito vinculante...*, p. 247.)

<sup>366</sup> Sobre reconhecer essa possibilidade às Cortes **vinculadas** mesmo no que denomina de “modelo normativo forte”, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA arriscou enumerar as hipóteses excepcionais em que seria utilizável a técnica da distinção: “No modelo normativo forte os órgãos **vinculados** não podem limitar, restringir ou revogar o princípio formulado no caso precedente, ao qual devem estrita e rigorosa obediência, **ressalvadas raras hipóteses em que podem se valer da técnica da distinção (*distinguish*)**. As exceções em que, atuando sob o modelo normativo forte, a Corte vinculada pode fazer distinções, temperando e flexibilizando a aplicação da regra estabelecida no precedente vinculante são as seguintes: **a)** quando houver concorrência com outras regras derivadas de outros precedentes vinculantes ainda válidos; **b)** quando a regra se baseou em um claro e inadvertido erro; **c) quando a corte vinculada se defrontar com situações que a corte vinculante claramente não queria abranger quando estabeleceu a regra;** **d)** quando houver desenvolvimento posterior do direito. Essas exceções são plenamente compatíveis com o modelo normativo forte porque são razões que permitem ao juiz se afastar da literalidade de um texto legislativo sem incidir em violação de seu conteúdo.” (*Do efeito vinculante...*, p. 308.) Assim, para o autor, da mesma forma que o juiz pode afastar a aplicação de uma lei nessas hipóteses sem violar o seu conteúdo, poderia afastar a aplicação do precedente vinculante, que teria *status* equivalente ao da lei nesse sistema. (*Do efeito vinculante...*, p. 308.)

<sup>367</sup> Pondera CELSO SILVA, com espeque em EISENBERG: “Na teoria, o *overriding* nada mais seria do que um caso de uma revogação **parcial** de uma doutrina precedente **geral**, em virtude de uma norma **especial superveniente** que afastaria de forma limitada, através de uma distinção consistente, o âmbito de aplicação da doutrina vinculante. [...] Na prática, porém, quando a corte revoga parcialmente uma doutrina precedente, freqüentemente lida com os mesmos tipos de situações que estavam envolvidas nos precedentes.” (*Do efeito vinculante...*, p. 297.)

<sup>368</sup> Existe ainda uma modalidade de *prospective overruling* utilizada no sistema da *common law* denominada de *signaling* ou *caveat* (traduzíveis como  *sinalização* ou *aviso*, respectivamente). Por meio desta técnica, embora ainda aplique ao caso *sub judice* a diretriz traçada em precedente vinculante anterior, a Corte sinaliza que num próximo caso poderá não mais aplicar a doutrina por ela estabelecida em precedente vinculante anterior. Por meio dessa sinalização, por amor à *confiança* até então depositada no precedente vinculante, a Corte avisa claramente à comunidade jurídica que a doutrina vinculante não mais será seguida em casos futuros, razão pela qual, não raro, considera insubstituíveis as decisões prolatadas posteriormente à sinalização em contraste com esta, porquanto a partir desta cessa a confiança até então colocada no precedente vinculante. Para CELSO SILVA a *signaling/caveat* e a *prospective overruling*, embora assemelhadas, constituem técnicas de invalidação distintas. (*Do efeito vinculante...*, pp. 295-296.)

criou o precedente vinculante, seu uso pelas Cortes inferiores não é absolutamente interdito, não obstante mais restrito<sup>369</sup>.

Dessarte, compete ao juiz efetivamente *interpretar* a decisão abstrata do STF, formulando inclusivamente um juízo sobre o que realmente quis o STF decidir (interpretação teleológica), ou seja, cabe ao juiz perguntar-se, dentre outras coisas, se os Ministros do STF, ao decidirem abstratamente sobre a constitucionalidade da norma, tinham em mente casos concretos como o que se lhe apresenta para julgamento, e, se não cogitaram de casos que tais, como teriam decidido se a questão tivesse sido ventilada no julgamento da ADIn ou da ADC. Todos os métodos hermenêuticos tradicionais, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, podem ser empregados para verificar se a decisão abstrata do STF em ADIn ou ADC pode ser aplicada ao caso concreto ou se há razões poderosas o bastante para afastá-la *in casu*, a despeito de sua eficácia *erga omnes* e de seu efeito vinculante<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Explicita ALEXYS: “A *técnica de distinguir* é usada onde a norma a ser observada do ponto de vista da lei casual é entendida tão estritamente — por exemplo, através da introdução de uma característica não presente nos fatos do caso — que ela não mais se aplica. Neste processo vale a pena continuar considerando o precedente como tal. Ao contrário, a *técnica de prevalecer* consiste na rejeição do precedente. Aqui, só um ponto de interesse: *tanto a distinção quanto o prevalecimento requerem justificação*”. (*Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2001, p. 262.)

<sup>370</sup> O *distinguish* deve ainda ser utilizado para o mesmo fim no que respeita às súmulas vinculantes. Portanto, a símile do que ocorre com as leis em geral e com as decisões abstratas do STF em ADIn e ADC, para decidir se o caso concreto se amolda ou não à previsão contida no enunciado da súmula vinculante, o juiz pode lançar mão da técnica distintiva e, se for o caso, afastar a aplicação da súmula vinculante ao caso concreto, desde que o faça *fundamentadamente*, demonstrando as razões da inaplicabilidade da súmula (ou seja, indigitando as circunstâncias de fato ou de direito que a justificam), já que o *onus argumentativo* passa a ser seu. As súmulas vinculantes não são imunes à interpretação e aos critérios hermenêuticos acima apontados. Em verdade, é altamente recomendável a comparação das circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto *sub examine* com as circunstâncias fático-jurídicas dos precedentes que embasaram a súmula vinculante. Aliás, se tal cotejo é indispensável para a realização do *distinguish* no direito anglo-americano (no qual se confrontam profunda e extensamente essas circunstâncias fático-jurídicas), é-o igualmente no nosso sistema de súmula vinculante, no qual tais circunstâncias fático-jurídicas e a própria *rationale* de tais súmulas correm o risco de ser esquecidas em virtude da “canonização” do enunciado da súmula vinculante, que passaria a ter uma indevida existência *autônoma* em relação àquelas, como se o enunciado sumular, assim petrificado, existisse por si mesmo. Por fim, insta salientar que, em relação a súmulas não-vinculantes, o STF tem lançado mão da técnica do *distinguish* para afastar a aplicação de uma súmula (em tese aplicável) ao caso concreto, mediante comparação analítica entre as circunstâncias fático-jurídicas dos precedentes que deram origem à súmula e as do caso concreto. Assim tem procedido, *e. g.*, em relação à sua súmula 691, como se colhe do seguinte excerto da decisão do Min. GILMAR MENDES no HC 88917-reconsideração-MS (DJU: 10.08.2006, p. 29): “A exigência da conformação desse conjunto fático para a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é corolário de uma idéia forte de precedente que deve ser construída por esta Corte. **Constatada a diluição cada vez maior da polaridade entre os sistemas europeu-continental e anglo-americano de jurisdição, torna-se imperiosa a adoção de um conceito forte de precedente judicial, que exija para cada caso a realização do devido *distinguish* entre as circunstâncias fáticas que, reunidas, darão ensejo, ou não, à incidência do precedente jurisprudencial ao caso concreto sob exame do Tribunal. No presente caso, entendo como presentes**

## 6.2. O caso da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública

Cumpra observar que há vários casos em que outros juízos além do STF, expressa ou tacitamente, *excepcionaram* (ou relativizaram) o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* das decisões do STF em ADIn ou ADC.

O STJ, por exemplo, tem excepcionado ou relativizado o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do STF na referida ADC nº 4 quando há risco de morte para o requerente, embora a antecipação da tutela importe no pagamento de vantagem pecuniária antes do trânsito em julgado.

Em casos que tais, com esteio no princípio da proporcionalidade, o STJ faz uma ponderação entre o direito à vida constitucionalmente garantido, sem a qual não há como se possa usufruir dos demais direitos constitucionais, e o direito infraconstitucionalmente garantido à Fazenda Pública de só efetuar o pagamento da vantagem pecuniária após o trânsito em julgado, conferindo primazia ao primeiro no caso concreto.

Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. ADMISSÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS. RISCO DE VIDA.

I - Esta Corte Superior vem entendendo, em regra, pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, conforme a decisão do Pretório Excelso acerca de liminar na ADC nº 4; **admitindo-a apenas em casos excepcionais, em que a necessidade premente do requerente tornaria imperiosa a concessão antecipada de tutela.**

II - A vedação não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo imperiosa a antecipação da tutela como condição de sobrevivência do requerente.” (AgRg no REsp 397.275/SP. Rel.: Min. FRANCISCO FALCÃO. 1ª turma. DJU: 02.12.2002, p. 234.)

De feito, em casos quejandos, não nos parece que o STF teria deixado de fazer essa ressalva feita pelo STJ se a houvesse antevisto por ocasião do julgamento da ADC nº 4. Destarte, embora o teor da decisão do STF na ADC nº 4

---

as circunstâncias que justificam a aplicação da jurisprudência do STF formada em torno do tema debatido neste *writ* (HC nº 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005; HC nº 85.185/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC nº 87.353/ES, de minha relatoria).”

aparentemente conflite com a decisão antecipatória da tutela<sup>371</sup>, não há dúvida de que esta consubstancia a solução mais justa, proporcional, razoável e equitativa para o caso concreto.

---

<sup>371</sup> Embora, a rigor, o conflito, de regra, seja apenas *aparente*, à semelhança do que se observou no julgamento final da referida Rcl 1067 pelo STF (v., *retro*, item 6.1.1.) — porque o requerente normalmente referido nos acórdãos do STJ sobre o tema não é servidor público —, o fato é que os acórdãos do STJ a este respeito, mesmo quando não atentam para essa circunstância, não omitem a decisão do STF na ADC nº 4, mas, ao revés, reconhecem a existência do conflito e afastam fundamentadamente a aplicação daquela ao caso concreto. A título de exemplo, confira-se a subseqüente ementa: “ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. ESTADO DE NECESSIDADE. VIDA HUMANA. *Conquanto o colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário da medida liminar na ADC nº 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado. Precedentes.*” (REsp 409172/RS. Rel. Min.: FELIX FISCHER. 5ª turma. DJU: 29.04.2002, p. 320.) Assim, conquanto a premissa (existência de conflito *real* com a decisão na ADC nº 4) não fosse correta, o modo de proceder do STJ o foi, pois ao afastar a aplicação do precedente vinculante, a Corte e os demais juízos têm de desincumbir-se do *ônus argumentativo* de demonstrar o porquê dessa inaplicação do precedente vinculante ao caso concreto, isto é, têm o *ônus argumentativo* de demonstrar os motivos pelos quais o precedente vinculante não deve ser seguido no caso concreto (a razão do *distinguish*).

## CONCLUSÕES

Ao cabo do presente estudo, após uma análise crítica da doutrina e da jurisprudência, sobretudo da do STF, voltada para a necessidade de pluralização do debate sobre o papel do STF no controle abstrato de constitucionalidade e as inegáveis limitações fático-jurídicas deste, chegou-se às seguintes conclusões principais:

1. A *inconstitucionalidade* é uma **relação**: uma *relação de incompatibilidade* com uma Constituição eleita como parâmetro de confronto. Essa é a sua natureza jurídica, assim como a *constitucionalidade* tem a natureza jurídica de uma *relação de compatibilidade*.

2. A conseqüência da inconstitucionalidade nem sempre será a nulidade ou a revogação da norma. *Excepcionalmente*, poderá ser a inexistência *jurídica* da norma, ou seja, a inexistência da norma enquanto *norma jurídica*. Destarte, no Brasil, a *sanção* à inconstitucionalidade comissiva pode consistir na *inexistência jurídica* (excepcionalmente), na *nulidade absoluta* (regra) e na *revogação* (inconstitucionalidade superveniente).

3. A inexistência pode ser *material* ou *jurídica*. No primeiro caso, não há ato (jurídico ou não), fisicamente falando: é o “não-ato”. No segundo caso, o ato pode até existir no mundo fenomênico, no mundo dos fatos, mas não se qualifica como *ato jurídico*, como ato reconhecido pelo Direito, relevante para o Direito, dotado de *juridicidade* e, por conseguinte, de alguma eficácia jurídica. Ato juridicamente inexistente é aquele ato material que não reúne os elementos mínimos exigidos pelo próprio Direito para ingressar no mundo jurídico.

A *invalidade*, por outro lado, consiste na desconformidade do ato com o sistema positivo em questão, incompatibilidade esta incapaz de descaracterizar o ato como *jurídico*, mas capaz de afetar-lhe a regularidade jurídica e, em regra, a produção de seus efeitos jurídicos válidos.

A nulidade e a anulabilidade constituem *sanções* aplicadas pelos sistemas positivos à invalidade. Portanto, a nulidade e a invalidade, longe de constituírem *graus de invalidade* ou *espécies de invalidade*, configuram *penas* aplicadas à invalidade pelo ordenamento jurídico.

A nulidade e anulabilidade, embora sejam sanções à *invalidade*, atuam no plano da *eficácia*, ou seja, configuram ***sanções de natureza eficaz à invalidade***. Assim, o ato inválido é punido no plano da *eficácia*: o ordenamento jurídico atribui a sanção de nulidade ou de anulabilidade ao ato inválido (conforme o grau da invalidade) ***para recusar-lhe a eficácia***. **As sanções de nulidade e de anulabilidade retiram a eficácia do ato inválido.**

Em regra, quanto maior a invalidade, maior a sanção e, conseqüentemente, maior a ineficácia do ato.

Todavia, há atos *apenas aparentemente jurídicos* (atos materialmente existentes, mas juridicamente inexistentes) que produzem *efeitos jurídicos* que merecem ser preservados pelo Direito. O ato *materialmente* inexistente não pode gerar nenhum efeito: “o nada nada causa”. Mas um ato apenas juridicamente inexistente que aparente juridicidade pode induzir seus destinatários a erro e causar efeitos jurídicos *permanentes*. Dessarte, um tal ato deve ser tratado, ***na medida do possível***, como inábil a produzir qualquer efeito jurídico. O limite fático, e às vezes jurídico, representado pela idéia de *reserva do possível* não pode ser negligenciado pelo Direito, que não pode alterar a natureza das coisas, porque o discurso não tem o condão de transformar, por si mesmo, a realidade.

4. No Brasil, o controle da constitucionalidade exercido pelo STF e pelos juízes e Tribunais é de natureza *jurisdicional*, não só porque efetuado por órgãos do Poder Judiciário, mas, sobretudo, porque assume ***forma e conteúdo judicial***: as decisões têm de ser juridicamente fundamentadas; não há espaço para o exame da conveniência ou da oportunidade da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade; as decisões são proferidas no bojo de um processo judicial (peculiar no caso de ação direta, mas ainda assim, um processo); vigora o princípio da inércia jurisdicional; as decisões produzem efeitos típicos de decisões judiciais (mesmo nos processos objetivos há sentenças declarando a nulidade ou não de uma norma); as decisões se sujeitam a recursos judiciais (como embargos de declaração), etc. Entretanto, o controle abstrato feito pelo STF, pelo alcance prático da sua decisão, assume uma feição marcadamente *política*.

5. No controle por via principal (abstrato), a questão constitucional constitui a questão *principal*: o *pedido mediato* da ação direta é a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e o *pedido imediato* é a prolação de *acórdão* declaratório da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma,

capaz de eliminar o estado de incerteza e insegurança jurídica a este propósito. Por conseguinte, do *dispositivo* do acórdão deverá constar a procedência ou a improcedência do pedido, com a conseqüente declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma e a produção de coisa julgada material *erga omnes* a este respeito.

Já no controle incidental (concreto), a constitucionalidade ou não da norma constitui autêntica **questão prejudicial** (*quæstio præiudicialis*), no sentido *técnico-processual da expressão*, ou seja, constitui *questão prévia* cuja solução **influencia**, mas **não impede** a análise das questões seguintes.

6. Essa é a regra. Todavia, **excepcionalmente**, a questão constitucional poderá ter a natureza de questão *preliminar* nos processos *subjetivos* e *objetivos*, bem como poderá assumir a natureza de questão *prejudicial* nos processos *objetivos*. Neste último caso, justamente por se cuidar de controle *incidental exercido no bojo de um processo objetivo*, a decisão do STF (e a do TJ na representação de inconstitucionalidade) sobre a questão constitucional **preliminar** ou **prejudicial** à questão constitucional **principal** objeto da ADIn ou da ADC (ou da representação perante o TJ) *não produz coisa julgada*, mas autoriza a comunicação ao Senado para a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da CF-88.

7. O pedido na ADIn consiste na declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de nulidade absoluta da norma (eficácia *declaratória*). Não consiste na *revogação* da norma, nem em sua *anulação* (eficácia *desconstitutiva*). Portanto, da parte dispositiva do acórdão definitivo deverá constar que se julgou *procedente* o **pedido** da ação para declarar a inconstitucionalidade da norma ou **improcedente** o **pedido** da ação, declarando-se constitucional a norma impugnada.

O pedido da ADC consiste na declaração da constitucionalidade da norma (eficácia *declaratória*). Julgado *procedente* o **pedido** da ADC, da parte dispositiva do acórdão definitivo deverá constar a declaração de constitucionalidade da norma; julgado *improcedente* o **pedido** da ADC, deverá constar que a norma foi declarada *inconstitucional*.

8. O pedido de medida cautelar na ADIn e na ADC não é o de uma declaração do STF de que a norma objeto de controle é *provisoriamente inconstitucional* ou *provisoriamente constitucional*, respectivamente, mas sim o de concessão de alguma medida *capaz de garantir a eficácia do provimento final* do STF.



Essa medida cautelar, capaz de garantir a eficácia do provimento final, não é única, mas variável de processo a processo, podendo consistir na suspensão *do andamento dos processos subjetivos* (judiciais e/ou administrativos) em que se discuta a constitucionalidade da norma, na suspensão *da prolação de decisões* (judiciais e/ou administrativas) que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, ou em qualquer outra medida cabível que o STF considere adequada à situação em vista da norma objeto de controle.

Já quanto à suspensão da *vigência* da norma, prática que o STF vem paulatinamente abandonando, não a reputamos, em princípio, juridicamente possível, porquanto incompatível com a natureza *judicial* (não-legislativa) da decisão do STF, o qual pode declarar a *nulidade absoluta* de uma norma, mas não pode *revogá-la*, nem *suspender sua vigência*, ainda que temporariamente, sem ofensa ao Princípio da Separação de Poderes. Para que pudesse fazê-lo, seria indispensável norma expressa na CF-88. No entanto, em nenhum dispositivo a CF-88 outorgou ao STF o poder de revogar ou suspender a vigência de lei: o que lhe reconheceu, na linha da tradição do nosso Direito, foi a possibilidade de declarar a *nulidade absoluta* da norma em abstrato (juízo jurídico sobre a sua *validade*), e não a de *revogá-la*, nem a de *suspender-lhe a vigência* (juízo político sobre a sua eficácia normativa).

De fato, não se destina o controle abstrato de constitucionalidade *simplesmente* a “remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política”. Não exerce o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato, o papel de “*legislador negativo*”, por vários motivos. *Primo*, se esta fosse sua *única* atribuição no controle abstrato, os efeitos da decisão seriam os de mera *revogação* (normalmente *ex nunc, pro futuro*) e não os de *nulidade absoluta* (normalmente *ex tunc*), naturalmente retrooperantes, como o próprio STF, com absoluta razão, tem iteradamente admitido. Inverter-se-iam as conseqüências: o que é *regra* passaria a ser *exceção* e vice-versa.

*Secundo*, uma lei **revogada** pode ser **repristinada**, ao passo que uma lei **declarada inconstitucional pelo STF** não pode sê-lo. Se o STF fosse, *em rigor*, um legislador negativo, e suas decisões *rigorosamente* dotadas de “força de lei”, as leis declaradas inconstitucionais pelo STF poderiam ser repristinadas por outras leis posteriores ou por decisões posteriores do STF no controle abstrato. *Tertio*, as próprias decisões do STF no controle abstrato poderiam ser “revogadas” como se leis fossem, o que é inadmissível.

*Quarto*, se o STF fosse um autêntico “legislador negativo”, emitindo decisões “com força de lei” no estrito sentido da expressão, não poderia declarar a *constitucionalidade nem a inconstitucionalidade* de norma alguma, pois tal poder não foi outorgado pela CF-88 ao legislador, encontrando-se sob *reserva constitucional de jurisdição*.

*Quinto*, o STF não exerce, *propriamente*, um papel de *legislador negativo*, visto que a eficácia da sua decisão é *meramente declaratória*, e não *desconstitutiva*. Se o STF pudesse de fato *eliminar*, “*remover* do ordenamento positivo” a lei inconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade não seria uma ação *meramente declaratória* de inconstitucionalidade, mas sim uma ação *desconstitutiva* da lei. Mas a ADIn não tem o poder de *revogar*, de *rescindir*, de *eliminar* nenhuma lei: tem *apenas e tão-somente* o poder de *declarar* a inconstitucionalidade e, por conseqüência, a nulidade da lei com eficácia *erga omnes*, isto é, impedindo que se invoque validamente a lei inconstitucional como se constitucional fosse. Nisso se exaure a sua eficácia. Por sua vez, a ADC, quer seja julgada procedente, quer seja julgada improcedente (declarando-se a *inconstitucionalidade* da norma com efeito vinculante e com eficácia de coisa julgada *erga omnes*), também não detém essa virtude até mesmo por impossibilidade lógico-jurídica: na primeira hipótese (*procedência* do pedido na ADC) porque não há declaração de inconstitucionalidade alguma, e na segunda porque o acórdão de *improcedência* do pedido de uma ação possui sempre *eficácia meramente declaratória*, razão pela qual não poderia jamais *desconstituir* (ou *remover*, *revogar*, *rescindir*, *eliminar*, etc.) a norma objeto da ADC. *Por fim*, a natureza *judicial* da decisão do STF não parece compatível com a natureza *legislativa* da decisão *política* de um *legislador negativo*.

9. O ato nulo, em regra, é *parcialmente ineficaz* (*até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade*). Raramente poderá ser *totalmente eficaz* (*até que produza efeitos a declaração judicial de nulidade*), ou seja, com eficácia equiparada à de ato plenamente válido (como o casamento nulo contraído, porém, de boa-fé pelos cônjuges, dito em razão disso “putativo” — CC/2002, art. 1.561), e raramente será *totalmente ineficaz*.

Essa *eficácia parcial* do ato absolutamente nulo foi cunhada, pela doutrina civilista com a denominação de “*paraeficácia do ato nulo*”, ou, simplesmente, de “*paraeficácia do nulo*”. Essa teoria calha à perfeição à lei inconstitucional.

Por essa teoria, agasalhada na prática pelo ordenamento brasileiro (ex.: CC/2002, art. 1.561; CC/1916, art. 221), o ato absolutamente nulo *gera efeitos*, não **todos os efeitos próprios e permanentes** a que visava o ato, mas alguns **efeitos reflexos, secundários, nem sempre visados diretamente** com a celebração do ato, mas que merecem ser mantidos.

**10.** Portanto, a lei inconstitucional é, em regra, nula de pleno direito, com a necessária ressalva da validade dos seus efeitos reflexos, feita inexplicitamente pela própria Constituição. Além de recorrer às normas específicas do ordenamento jurídico que reconheçam validade aos efeitos pretéritos residuais dos atos nulos, pode o juiz valer-se dos *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade* para determinar *quais os efeitos pretéritos residuais do ato nulo que devem ser mantidos*, que devem ser *havidos como válidos*. Essa aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para determinar quais os efeitos pretéritos residuais do ato nulo pode ser feita tanto no controle *abstrato* pelo STF, como no controle *concreto* por qualquer juiz ou Tribunal.

É conforme essa perspectiva que deve ser interpretado o art. 27 da Lei nº 9.868-99. De modo que será sopesando os interesses e valores *em abstrato*, **por meio do princípio da proporcionalidade**, que o STF deverá avaliar se há razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem uma **restrição** nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, portanto, de nulidade absoluta da norma.

*Fora do princípio da proporcionalidade, a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF é, em si mesma, inconstitucional.*

Ao permitir a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF e, sobretudo, ao permitir o diferimento de seus efeitos para depois do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado pelo STF, o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não tornou a norma inconstitucional numa norma *meramente anulável*, em vez de *absolutamente nula*, como é da tradição de nosso Direito Constitucional.

É que pela (a) própria *excepcionalidade dessa medida* (evidente na exigência de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e de um *quorum* qualificado de dois terços dos membros do STF, *i.e.*, 8 (oito) Ministros), pela (b) possibilidade de manutenção de efeitos residuais válidos decorrentes do ato nulo (paraeficácia do ato nulo), pela (c) eficácia meramente declaratória (não-

desconstitutiva) da decisão (indicada na locução “ao declarar a inconstitucionalidade [...]” no princípio do art. 27), pela (d) inexistência de prazo decadencial para a declaração de inconstitucionalidade da norma, e pela (e) expressa alusão à mera restrição dos *efeitos* da declaração (“restringir *os efeitos daquela declaração* ou decidir que ela só tenha *eficácia* a partir de [...]”), tratando a questão no plano da *eficácia* e não no da *validade*, não se pode afirmar que o art. 27 da Lei nº 9.868-99 tenha tornado as normas inconstitucionais em normas *meramente anuláveis*. Tal artigo introduziu apenas mais uma *hipótese legal de mitigação* da ineficácia dos atos absolutamente nulos a par das já existentes, sem descaracterizar os atos inconstitucionais como atos *absolutamente nulos*.

11. Ademais, a atribuição de eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* à desconstituição de atos *anuláveis* depende da disciplina adotada em cada sistema jurídico positivo.

No direito positivo brasileiro, ao menos no direito privado (CC/2002, art. 182; CC/1916, art. 158), a desconstituição de atos *anuláveis* opera efeitos *retroativos* (*ex tunc*), **mas que só se produzem após a decisão judicial anulatória**. Assim, a diferença fundamental entre a nulidade e a anulabilidade, no nosso direito positivo, não reside na retrospectividade ou prospectividade da eficácia da decisão judicial, mas sim na necessidade (ato anulável) ou desnecessidade (ato nulo) de decisão judicial para que se lhes possa negar eficácia.

O que se pode afirmar é que o *rigor sancionatório* é decrescente: a inexistência jurídica reclama uma ampla reconstituição do *statu quo ante* — limitada apenas pela reserva do possível —, a nulidade exige uma reconstituição menor (permitindo a permanência de efeitos residuais válidos — paraeficácia do ato nulo, como se verá de seguida) e a anulabilidade se satisfaz com uma reconstituição ainda menos radical, de certa forma moldável pela vontade das partes (que podem ratificar o ato anulável no todo ou em parte), bem como sujeita à convalidação pelo decurso do tempo.

12. Tanto a eficácia *erga omnes* da decisão *interlocutória* (medida cautelar), como a eficácia *erga omnes* da decisão *definitiva*, bem como a coisa julgada *erga omnes*, decorrem da natureza *objetiva* do controle abstrato de constitucionalidade.

13. O efeito vinculante *não é decorrência necessária* da natureza objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade, mas sim da *opção do*

*legislador constituinte* de *incrementar* ou não a *eficácia* da decisão proferida no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

14. O efeito vinculante, a eficácia *erga omnes* e a coisa julgada *erga omnes* não se confundem. Estas duas distinguem-se marcadamente quanto ao seguinte: (a) a coisa julgada *erga omnes* é uma qualidade exclusiva dos ACÓRDÃOS DEFINITIVOS DE MÉRITO do STF em ADIn e ADC, que lhes confere *imutabilidade* e *indiscutibilidade*, *por quem quer que seja (erga omnes)*, não se estendendo às **decisões interlocutórias e despachos** do STF proferidos em ADIn e ADC; (b) a eficácia *erga omnes* corresponde à *eficácia natural do acórdão* do STF enquanto ato judicial proferido em processo objetivo e é produzida tanto (b.1) pelas *decisões cautelares de deferimento* (decisões interlocutórias), quanto (b.2) pelos acórdãos *definitivos* de mérito do STF (correspondentes às sentenças de mérito) em sede de ADIn e ADC, quer sejam (b.2.1) de *procedência*, quer sejam (b.2.2) de *improcedência* do pedido; todavia, a *eficácia natural do acórdão* do STF em ADIn e ADC não pode ser afastada por “terceiros juridicamente prejudicados” como ocorre nos processos subjetivos, uma vez que nisso consiste o seu caráter *erga omnes*; (c) a eficácia *erga omnes* também abrange os despachos de mero expediente e as decisões interlocutórias, incluindo as que *indeferem* medidas cautelares, *enquanto atos judiciais*; mas normalmente tais atos judiciais só interessam aos intervenientes no processo abstrato em questão; o *indeferimento* da medida cautelar significa apenas que o STF não considerou satisfeitos os pressupostos necessários (*fumus boni iuris* e *periculum in mora* ou, ao menos, *conveniência* da medida) à concessão da medida cautelar e que essa *decisão judicial* do STF deve ser respeitada *como tal*, sem que possa ser *negada ou desobedecida por ninguém*, mas não implica a impossibilidade de qualquer juiz declarar a (in)constitucionalidade da norma no caso concreto, até porque a *não-concessão* da medida cautelar, à diferença da *decisão final de improcedência* do pedido e da *concessão* da medida cautelar, não *inova* nem *modifica* em nada o regime jurídico referente à (in)constitucionalidade da norma.

A diferença entre a eficácia *erga omnes* e a *eficácia natural da sentença e dos demais atos judiciais* proferidos nos processos *subjetivos* consiste unicamente na *possibilidade de afastamento dessa eficácia pela alegação de prejuízo jurídico por terceiros*, que não existe nos processos *objetivos*.

Em razão da natureza *objetiva* do processo da ADIn e da ADC, não é admissível a alegação de “prejuízo jurídico” por “terceiros”: o processo objetivo é

destinado exatamente a resolver a questão constitucional *em tese*, de modo *uniforme para todos*. O fundamento jurídico da alegação de prejuízo jurídico por terceiros é a ofensa ao *devido processo legal* (impeditivo de que qualquer “terceiro” seja privado de seus bens ou de sua liberdade sem possibilidade de defesa no processo), que é garantido *no processo objetivo* aos legitimados ativos e passivos da ADIn e da ADC, que atuam em *substituição* a todos (terceiros).

Nisso consiste a diferença entre a “eficácia natural da sentença”, qual definida por LIEBMAN nos processos *subjetivos*, e a eficácia *erga omnes* existente nos processos *objetivos*. Justamente pela possibilidade de afastamento da eficácia natural da sentença e dos demais atos judiciais proferidos nos processos *subjetivos* mediante a alegação de prejuízo jurídico por terceiros é que distinguimos entre a eficácia “aparentemente *erga omnes*” (das sentenças e demais atos judiciais nos processos *subjetivos*) e a eficácia “realmente *erga omnes*” (dos acórdãos e demais atos judiciais proferidos nos processos *objetivos*), impossível com esse afastamento.

Por seu turno, o efeito vinculante é instituto *diverso e independente* da coisa julgada.

De fato, a decisão concessiva de medida cautelar **produz efeito vinculante**, mas **não produz coisa julgada *erga omnes***, porquanto só as **sentenças** (*lato sensu*, isto é, sentenças *stricto sensu* e acórdãos) **de mérito** são capazes de fazer coisa julgada, nunca as *meras decisões interlocutórias*, como as decisões concessivas de medida cautelar em ADIn e ADC, por sua natureza mesma *revogáveis e alteráveis*, características estas de todo incompatíveis com a *imutabilidade e indiscutibilidade* que caracterizam a coisa julgada. Ou seja: pode haver efeito vinculante sem coisa julgada *erga omnes*.

Ademais, como o efeito vinculante decorre da opção do legislador, é perfeitamente possível haver coisa julgada *erga omnes* desacompanhada de efeito vinculante, como acontecia no Brasil antes da EC nº 3-93. Isto é: pode haver coisa julgada *erga omnes* sem efeito vinculante.

Assim, o efeito vinculante **não é** (a) uma espécie de coisa julgada *erga omnes* com limites *objetivos* mais *amplos*, nem (b) um *efeito específico* da coisa julgada *erga omnes* (pois não depende dela para *existir*), nem (c) um *efeito aderente* à coisa julgada *erga omnes* (pois atua em âmbito diverso: a coisa julgada *erga omnes* atua nos processos em que for discutida a *mesma* questão constitucional, enquanto o efeito vinculante atua nos processos em que for discutida questão constitucional *semelhante* à

decidida pelo STF), nem (d) um efeito de qualquer forma *condicionado* pela coisa julgada *erga omnes* (pois esta não exerce nenhuma *influência* sobre o efeito vinculante, seja sobre sua *existência*, seja sobre sua *validade*, seja sobre sua *eficácia concreta*).

A *finalidade* desses dois institutos também é diversa: a coisa julgada *erga omnes* serve para tornar imutável e indiscutível a decisão definitiva de mérito do STF em ADIn e ADC; o efeito vinculante serve para tornar obrigatória a aplicação da decisão do STF em ADIn e ADC a hipóteses *similares* à que foi objeto de julgamento da ADIn ou da ADC. Assim, se foi declarada, com efeito vinculante, a inconstitucionalidade da norma “X” numa ADIn, os juízes de todo o país, nos processos subjetivos de sua competência, são compelidos a declarar a inconstitucionalidade da norma “Y” que tenha *teor idêntico* — ou *semelhante* no que interessar — ao da norma “X”.

Os *limites subjetivos* da coisa julgada *erga omnes* e do efeito vinculante também são diferentes: basta lembrar que a coisa julgada *erga omnes* atinge inclusive o STF, impedindo-o de *redecidir* a mesma lide objetiva, quer no mesmo processo objetivo, quer em outro processo (objetivo ou subjetivo), ao passo que o efeito vinculante não atinge o próprio STF, o qual pode, no julgamento de norma de *conteúdo semelhante* ao de norma por ele mesmo declarada (in)constitucional, decidir de forma diferente.

Assim, se numa ADIn o STF declarou a inconstitucionalidade da norma “X” e essa decisão transitou em julgado, não pode depois declarar sua constitucionalidade no mesmo ou noutro processo (objetivo ou subjetivo), em virtude da coisa julgada *erga omnes*, que também o alcança. Mas pode perfeitamente declarar a constitucionalidade da norma “Y”, mesmo que possua redação idêntica ou semelhante à da norma “X”, pois o efeito vinculante da sua própria decisão na ADIn não o alcança.

Ademais, o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo no exercício da sua atividade típica (legiferante), ao passo que a coisa julgada *erga omnes* o atinge nessa mesma situação. A coisa julgada *erga omnes* alcança os particulares, enquanto o efeito vinculante não os atinge.

Se o efeito vinculante em ADIn e ADC não possuísse âmbito de atuação diverso do da coisa julgada *erga omnes*, seria um instituto de todo despiciendo, pois nada acrescentaria a esta.

Portanto, o efeito vinculante consiste na *obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, à exceção do STF, e da Administração Pública direta e indireta*

(federal, estadual e municipal) de *decidir, em situações análogas, em conformidade com a decisão do STF na ADIn ou na ADC*. Já a coisa julgada *erga omnes* consiste na *imutabilidade e indiscutibilidade*, por quem quer que seja, da decisão final de mérito do STF em ADIn ou ADC, impedindo que se *decida de novo* a *mesma* questão constitucional que já foi decidida pelo STF.

Assim, o efeito vinculante e a coisa julgada *erga omnes* também se distinguem quanto à técnica processual: o reconhecimento da objeção de coisa julgada *erga omnes* acarreta a extinção do feito sem resolução de mérito (CPC, art. 267, V, c/c art. 301, §§ 1º a 3º), ao passo que o reconhecimento da incidência do efeito vinculante na espécie não é causa de extinção do feito sem resolução de mérito, impondo-se a prolação de decisão *de mérito* conforme à decisão do STF produtora do efeito vinculante.

**15.** *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 do art. 103-A da CF-88. Trata-se, portanto, do mesmo instituto (efeito vinculante), a incrementar a eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC (controle abstrato) e a eficácia das súmulas por ele aprovadas nos termos do art. 103-A da CF-88 (oriundas do controle concreto de constitucionalidade exercido pelo STF). Os *limites subjetivos* de ambas as espécies de efeito vinculante são idênticos. Até a medida processual prevista para garantir a eficácia concreta do efeito vinculante da súmula aprovada nos moldes do art. 103-A da CF-88 é a mesma empregada para garantir a eficácia concreta do efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC: a reclamação.

Todavia, o *âmbito de atuação* do efeito vinculante da súmula vinculante é *diverso* do âmbito de atuação do efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC.

De fato, conquanto o efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC não opere nos processos em que se discute questão constitucional *idêntica* à decidida pelo STF, mas apenas nos em que se discute questão constitucional *análoga*, em razão da existência de coisa julgada *erga omnes a impedir qualquer decisão do juiz, ainda que em conformidade com a decisão do STF munida de efeito vinculante*, o efeito vinculante da súmula vinculante atua *exclusivamente* nos processos em que se discute questão constitucional *idêntica* à tratada na súmula vinculante, uma vez que não há o óbice da coisa julgada *erga omnes*.



Assim, *por força da manifesta opção do legislador constituinte* (CF-88, art. 103-A), a súmula vinculante não pode ser aplicada à solução de questões constitucionais *análogas* à questão constitucional objeto da súmula, mas tão-somente à solução da *mesma* questão constitucional (referente à mesma norma).

**16.** Somente a *parte dispositiva* do acórdão do STF produz efeito vinculante. Os *motivos determinantes* da decisão, ainda que indispensáveis para a correta inteligência do dispositivo, não são hábeis a produzir efeito vinculante.

A vinculação aos motivos determinantes pode ser substituída com bastante vantagem pela *súmula vinculante*.

De feito, a súmula vinculante desempenha muito melhor o papel que se quer atribuir à vinculação aos motivos determinantes, porquanto: **(a)** seu teor é conhecido de todos, visto que deve ser *publicada na imprensa oficial*, por imposição da própria CF-88 (art. 103-A, *caput*), só produzindo efeito vinculante a partir dessa publicação oficial, ao contrário da *fundamentação* das decisões do STF em ADIn e ADC, cujo teor não é publicado oficialmente (arts. 28, *caput*, e 21, parágrafo único, da Lei nº 9.868-99); **(b)** a súmula vinculante trata exatamente do assunto em questão, dispensando (*rectius*, impedindo) aplicação analógica, pois limita-se às questões *idênticas* (CF-88, art. 103-A, § 1º); **(c)** é mais segura, já que para sua edição se exigem reiteradas decisões no mesmo sentido (CF-88, art. 103-A, *caput*), diminuindo-se, ante a grande variedade de causas examinadas pelo STF, o risco de generalização indevida, tão elevado na vinculação aos motivos determinantes.

Demais disso, a súmula vinculante possui *previsão constitucional explícita* (CF-88, art. 103-A), ao contrário da vinculação aos motivos determinantes.

Assim, a *utilidade prática* da extensão do efeito vinculante aos fundamentos determinantes da decisão do STF em ADIn e ADC desapareceu com a instituição da súmula vinculante por meio da EC nº 45-2004.

**17.** Assim como o STF, o Poder Legislativo, *no exercício da sua atividade típica*, não se submete ao efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC, nem ao efeito vinculante adveniente da súmula vinculante. Todavia, *no exercício de suas funções atípicas*, tanto o STF como o Poder Legislativo assujeitam-se ao efeito vinculante.

A Administração Pública tem o *dever* de negar aplicação, por inconstitucionalidade, a normas *semelhantes* à norma declarada inconstitucional pelo STF em ADIn e ADC porque jungida ao efeito vinculante da decisão do STF. E não

apenas o *Chefe* do Poder Executivo, mas *todos os servidores* integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, *independentemente de qualquer autorização prévia da sua Chefia*, têm esse *dever*, porque igualmente assujeitados ao efeito vinculante pela CF-88.

O fato de o efeito vinculante não atingir os particulares não significa que estes não possam sofrer as conseqüências do efeito vinculante. É que, embora não haja um *vinculum iuris* a sujeitar diretamente os particulares ao efeito vinculante das decisões do STF em ADIn e ADC, ficando estes inteiramente livres para tomar decisões privadas (como, *e.g.*, celebrar contratos) contrárias à orientação dimanada do STF, estas mesmas decisões poderão ser declaradas nulas, judicial ou administrativamente, porque os órgãos judiciais e administrativos estão obrigados, nas respectivas decisões, a observar o efeito vinculante da decisão do STF.

**18.** A decisão do STF em ADIn ou ADC, *em rigor*, não repristina a legislação anterior eventualmente revogada pela norma declarada inconstitucional pelo STF, já que, sendo a norma inconstitucional nula *ab initio*, em verdade nunca teria tido o poder de revogar a norma anterior, e se esta nunca foi revogada, não precisaria, *nem poderia*, ser repristinada pela decisão do STF.

Ademais, a repristinação autêntica é operada por uma *lei* subsequente, e não por uma *decisão judicial*, ainda que de contornos “quase legislativos”. De outra parte, a autêntica repristinação, por via de regra, não gera efeitos *ex tunc* (retroativos), mas apenas *ex nunc* (prospectivos), ao passo que o “efeito repristinatório” da decisão *definitiva* do STF em ADIn ou ADC, em princípio, produz efeitos retroativos e o “efeito repristinatório” das decisões provisórias (cautelares) pode produzir efeitos retroativos, contanto que a decisão seja expressa a este respeito (Lei nº 9.868/99, art. 27 c/c art. 11, § 2º). Por fim, a verdadeira repristinação não pode ser tácita, necessitando vir expressa na lei repristinadora (LICC, art. 2º, § 3º), enquanto o “efeito repristinatório” das decisões em ADIn e ADC opera independentemente de previsão expressa na decisão do STF.

Portanto, o denominado “efeito repristinatório” operado pela decisão do STF em ADIn e ADC, não pode significar senão que, a partir desta decisão, a legislação anterior volta a gozar da *presunção relativa de vigência e de constitucionalidade* de que desfrutava até a entrada em vigor da norma inconstitucional posterior que supostamente a revogava, sem robustecê-la, nem enfraquecê-la, de sorte que nada impede que qualquer juiz declare a inconstitucionalidade da norma anterior,

afastando assim a presunção *relativa* de vigência e de constitucionalidade de que usufruía.

**19.** É possível a declaração de inconstitucionalidade sem a formulação de pedido cumulado em relação à norma pretérita quando esta apresenta vício de inconstitucionalidade *menos grave* do que o da norma posterior impugnada, a fim de, pelo menos, *reduzir* o estado de inconstitucionalidade gerado pela aplicabilidade da norma posterior.

**20.** Os atos e decisões inconstitucionais continuam sujeitos às denominadas “fórmulas de preclusão” mesmo após a decisão do STF em ADIn ou ADC, a qual não tem a virtude de renovar prazos decadenciais e prescricionais já esgotados, porquanto possui *eficácia meramente declaratória* (e não *desconstitutiva*). Mesmo em relação ao ato jurídico perfeito *inválido*, ao direito adquirido *inválido* e à coisa julgada *inválida*, a decisão do STF só pode ser usada como *fundamento jurídico* em ação individual ou coletiva, proponível, segundo o princípio da *actio nata*, dentro no prazo decadencial ou prescricional previsto especificamente para o desfazimento do ato ou decisão em questão, consistindo numa premissa jurídica *indiscutível* à conta da coisa julgada *erga omnes*.

**21.** O art. 27 da Lei nº 9.868-99 não permite a restrição dos efeitos da declaração de *constitucionalidade* em ADIn ou em ADC, mas apenas da de **inconstitucionalidade**.

Embora o art. 27 da Lei nº 9.868-99 não se aplique aos processos subjetivos, mas só e unicamente aos processos objetivos, isso não impede, de forma alguma, a restrição dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF (ou pelos juízos de 1º grau e pelos Tribunais) no controle *incidental*, *com espeque no princípio da proporcionalidade*, sem necessidade de obediência ao *quorum* qualificado de 2/3 para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como já vinha fazendo o STF antes da edição daquela Lei.

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. Essa RESTRIÇÃO não precisa ser necessariamente TEMPORAL, podendo ser de ordem SUBJETIVA, OBJETIVA, ESPACIAL, etc. Assim, *v.g.*, 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.

**22.** Todos os acórdãos definitivos de mérito (de procedência ou de improcedência) do STF em ADIn e ADC produzem *res iudicata adversus omnes* e efeito vinculante.

**23.** Assim como as leis, a decisão do STF em ADIn ou ADC precisa ser *interpretada* para poder ser aplicada. A decisão do STF em ADIn ou ADC possui o *mesmo grau de generalidade e de abstração* da lei ou do ato normativo declarado constitucional/inconstitucional. Por conseguinte, a decisão do STF em ADIn ou ADC — incluindo-se o próprio texto que a exprime em vernáculo —, necessita de *interpretação* tanto quanto as leis, interpretação esta que deve ser feita por meio de *métodos e critérios hermenêuticos* semelhantes.

*Tal como as leis*, a par dos critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.), a decisão do STF em ADIn ou ADC deve passar outrossim pelo crivo da proporcionalidade e da razoabilidade. De fato, assim como as leis podem, *em tese ou em casos concretos específicos*, desatender os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade, as decisões do STF em ADIn ou ADC também podem malferi-los *em tese* (v.g.: uma série de hipóteses de aplicação compreendidas na decisão, *abstratamente identificáveis*, revela-se desproporcional ou irrazoável) ou *em determinados casos concretos* (ou seja, quando a ofensa à proporcionalidade e/ou à razoabilidade só possa ser verificada examinando-se as peculiaridades do caso concreto).

O STF, assim como o legislador, não é dotado de onisciência que o habilite a prever todas as situações possíveis de ocorrer, nem, ainda que isso fosse factível, a linguagem humana é tão precisa que possa abranger num único enunciado todas as possíveis exceções à regra que intenta estabelecer.

Assim, é plenamente possível (e, mais do que isso, indispensável), no nosso sistema, *de iure condito*, a utilização da técnica da distinção (*distinguish*), à semelhança do que se faz no sistema anglo-saxão, no qual a vinculação aos precedentes das Cortes superiores convive harmonicamente com o emprego do método distintivo (*distinguish*) tanto pela Corte prolatora do precedente vinculante como pelas Cortes inferiores, até como forma de oxigenação e de sobrevivência mesma do sistema de vinculação aos precedentes (*stare decisis*).

Dessarte, compete ao juiz efetivamente *interpretar* a decisão abstrata do STF, formulando inclusivamente um juízo sobre o que realmente quis o STF decidir (interpretação teleológica), ou seja, cabe ao juiz perguntar-se, dentre outras

coisas, se os Ministros do STF, ao decidirem abstratamente sobre a constitucionalidade da norma, tinham em mente casos concretos como o que se lhe apresenta para julgamento, e, se não cogitaram de casos que tais, como teriam decidido se a questão tivesse sido ventilada no julgamento da ADIn ou da ADC. Todos os métodos hermenêuticos tradicionais, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, podem ser empregados para verificar se a decisão abstrata do STF em ADIn ou ADC pode ser aplicada ao caso concreto ou se há razões poderosas o bastante para afastá-la *in casu*, a despeito de sua eficácia *erga omnes* e de seu efeito vinculante.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimpressão. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002. 607 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2001. 355p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002. 143 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 176 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 193 p.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Reimpressão. Trad. J. M. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. 92 p.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 216 p.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Coligidor: Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932.

\_\_\_\_\_. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. 249 p.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996. 90 p.

\_\_\_\_\_. *Lei complementar: teoria e comentários*. São Paulo: Saraiva, 1985. 131 p.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. 621 p.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.

\_\_\_\_\_. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 88 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 164 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 322 p.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Deuxième édition revue et augmentée. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

CALDERON, Juan A. Gonzalez. *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1943.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Madrid: Civitas, [s.d.]. 194 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1008 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Ristampa inalterata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. 134 p.

\_\_\_\_\_. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè, 1976. 154 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. 484 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 176 p.

CONAC, Gérard; MAUS, Didier (Directeurs). *L'exception d'inconstitutionnalité: expériences étrangères; situation française*. Paris: STH — Centre de Recherche de Droit Constitutionnel de l'Université de Paris I, 1990. Les Cahiers Constitutionnels de Paris I.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. 71 p.

COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 348 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006. 320 p.

D'AMICO, Marilisa. *Parti e processo nella Giustizia Costituzionale: studio introduttivo*. Torino: G. Giappichelli editore, [s. d.]. 352 p.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 544 p.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes judiciais: das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 142 p.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995. 72 p.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 432 p.

DOMINGO, Nicolás González-Deleito. *Tribunales Constitucionales: organización y funcionamiento*. Madrid: Tecnos, 1980. 158 p.



DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992. 1112 p.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005. 126 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica — Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986. 383 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición (reimpresión). Madrid: Civitas, 1988. 264 p.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo; ESPÍNOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Atualizador: Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 3 v.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004. 281 p.

FALCÓN, Javier Pardo. *El consejo constitucional francés: la jurisdicción constitucional en la Quinta República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. 591 p.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001. 173p.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. 158 p.

FERNANDES, André Dias. A inadmissibilidade de provas ilícitas e a suposta inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na visão do STF. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 15/2002, v. 3, pp. 408-415, verbete nº 3/19357, 1ª quinzena de agosto de 2002.

\_\_\_\_\_. A posição hierárquico-normativa do tratado internacional no Direito brasileiro e suas implicações. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 4/2003, v. 1, pp. 135-140, verbete nº 1/18093, 2ª quinzena de fevereiro de 2003.

\_\_\_\_\_. Ao derredor da coisa julgada. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco (IAP)*, Recife, v. 1, pp. 69-97, 1996.

\_\_\_\_\_. Controlo de constitucionalidade e supremacia constitucional: uma nova visão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 333, pp. 409-423, jan./fev./mar. de 1996; *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE)*, São Paulo, v. 156, pp. 67-89, 1997.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade e constitucionalidade supervenientes, revogação e controle de constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, ano 3, nº 6, pp. 211-227, jul./dez. de 1999.

\_\_\_\_\_. O Senado Federal e o controle da constitucionalidade. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência (RNDJ)*, Ribeirão Preto, v. 4, nº 47, pp. 41-47, novembro de 2003.

\_\_\_\_\_. O verdadeiro papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, ano 4, nº 7, pp. 29-37, jan./jun. de 2000. *Revista Cearense Independente do Ministério Público (RCIMP)*, Fortaleza, ano II, nº 5, pp. 9-19, abril de 2000.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004. 382 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994. 134 p.

\_\_\_\_\_. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. 286 p.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. I.

FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 378 p.

FRIESENHAHN, Ernst. *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Trad. ital. Angelo Antonio Cervati. Milano: Giuffrè, 1965. 150 p. In: Quaderni della giurisprudenza costituzionale, 4.

GALEOTTI, Serio. *La nuova Costituzione francese*. Milano: Giuffrè, 1960. 83 p.

GHIGLIANI, Alejandro E. *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1952. 133 p.

GORDO, Alfonso Pérez. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: BOSCH, 1982. 190 p.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. 233 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. 174 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad.: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2<sup>a</sup> ed. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I. 354 p.

HAINES, Charles Grove. *The American doctrine of judicial supremacy*. New York: Russell & Russell inc., 1959. 705 p.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 336 p.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. In: Codice di Procedura Civile e norme complementari. Ristampa. Milano: Giuffrè, pp. 1-23, 1990.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. 315 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3<sup>a</sup> ed. brasileira. Trad.: Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 332p.

LOTUFO, Renan (Coord.). *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. São Paulo: Manole, 2005. 116 p.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

LUCHAIRE, François. *Le Conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. 435 p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 472 p.

\_\_\_\_\_. Local de ocorrência do fato gerador do ISS. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, nº 1/96, pp. 14-16, 1ª quinzena de janeiro de 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. 462 p.

MARTÍNEZ, Asunción García. *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid: TRIVIUM, 1992. 244 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. 235 p.

\_\_\_\_\_. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MATIAS, João Luis Nogueira. O conceito de negócio jurídico. *Revista Logos Veritas*, Santarém, nº 4, pp. 54-62, 2000.

MAURA, Andrés Ribas. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Universitat de les Illes Balears (UIB), 1991. 160 p. Cuadernos Civitas.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia (1ª parte)*. São Paulo: Saraiva, 2003. 270 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 247 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 259p.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, v. 1. nº 4, pp. 8-30, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania — necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, nº 3, pp. 21-43, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. 371 p.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Celso Bastos Editor- IBDC, 1999. 518 p.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor – IBDC, 2000. 872 p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III. 648 p.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. IV.

MIRANDA, Jorge (Org. e trad.). *Constituições de diversos países*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979, 2 v.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, t. II. 546 p.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. II. 1052 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003. 342 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 553 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 343 p.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. 246 p.

NASCIMENTO FILHO, Firly. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade: atuação da mesa da Assembléia Legislativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. 250 p.

NERY JUNIOR, Nelson. *Toria geral dos recursos*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2004. 698 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2003. 1855 p.

NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra editora, 1994. 124 p.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.

NOSETE, Jose Almagro. *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1980. 447 p.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría (Org.). *Tribunal Constitucional: trabajos parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales, 1980. 634 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I. 499 p.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Aspectos procedimentais do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, v. 3, pp. 98-106, 2003.

\_\_\_\_\_. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. 223 p.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 241 p.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. 255 p.

RODRÍGUEZ, José M. Martínez Pereda; RIVAS, Juan José González *et al.* (Preparadores). *Constitución Española: doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de derechos humanos*. Segunda edición. Madrid : Colex, 1993. 804 p.

ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992. 160 p. Collection: Clefs/Politique.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. da 6<sup>a</sup> ed. ital. São Paulo: Saraiva, 1971, v. I. 420 p.

SÁNCHEZ-CRUZAT, Jose Manuel Bandrés. *Derecho fundamental ao proceso debido y el tribunal constitucional*. Madrid: Aranzadi, 1992. 683 p.

SANTOS, Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *A técnica de elaboração da sentença civil*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 318 p.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

\_\_\_\_\_. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: [s. n.], 1984. 194 p.

SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. 286 p. Colección: Estudios – Derecho Público.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 319 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 900 p.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação de tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. 208 p.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 201 p.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 216 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1003 p.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público*. São Paulo: LTr, 1985. 160 p.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Second edition. First reprint. New York: The Foundation Press, inc., 1991. 1778 p.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 413 p.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003. 350 p.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. 275 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Nuova edizione. [Bologna]: il Mulino, 1989. 532 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001. 166 p.