



CONSELHO EDITORIAL:

| | |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| Adel El Tasse | José Augusto Delgado |
| Ana Paula Gularte Liberato | José Renato Gaziero Cella |
| Antonio Carlos Efig | Luís Alexandre Carta Winter |
| Carlyle Popp | Luiz Antonio Câmara |
| Claudia Maria Barbosa | Luiz Regis Prado |
| Eduardo Biacchi Gomes | Marcos Wachowicz |
| Elizabeth Accioly | Melissa Folmann |
| Francisco Carlos Duarte | Néfi Cordeiro |
| Helena de Toledo Coelho Gonçalves | Paulo Gomes Pimentel Júnior |
| Ivo Dantas | Paulo Nalin |
| James Marins | Rainer Czajkowski |
| Jane Lucia Wilhelm Berwanger | Roberto Catalano Botelho Ferraz |
| João Bosco Lee | Roland Hasson |
| José Antonio Savaris | Vladimir Passos de Freitas |

ISBN: 978-85-362-2692-7



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@juruia.com.br
marketing@juruia.com.br

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Dantas, Ivo.
D192 Novo processo constitucional brasileiro./ Ivo Dantas./
Curitiba: Juruá, 2010.
454p.

1. Direito constitucional. 2. Processo. I. Título.

CDD 342.023 (22.ed)
CDU 342.4

000712

Visite nossos sites na internet: www.juruia.com.br e www.editorialjuruia.com

Ivo Dantas

Professor Titular Doutor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto IberoAmericano de Derecho Constitucional México. Miembro del Consejo Asesor del Anuario IberoAmericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Juiz Federal do Trabalho – (aposentado). Advogado, Parecerista e Consultor.

NOVO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Curitiba
Juruá Editora
2010

CAPÍTULO III

DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: TEORIA GERAL

SUMÁRIO: 1. *O novo ciclo constitucional brasileiro e suas características.* 2. *A Constituição Federal de 05.10.1988 e os mecanismos atuais de Controle da Constitucionalidade.* 3. *O controle difuso: aspectos constitucionais e processuais: Mandado de Segurança, Ação Civil Pública e Controle da Constitucionalidade.* 3.1. *Do Incidente de Inconstitucionalidade nos Tribunais. A Reserva de Plenário. O Senado Federal e o art. 52, X da CF.* 3.2. *A EC 45/04 e as influências no Controle de Constitucionalidade.* 3.3. *O art. 102, III d da Constituição Federal: o Recurso Extraordinário.* 4. *Alguns conceitos fundamentais* 5. *O caráter vinculante (ou vinculatório): primeiras palavras.* 5.1. *Antecedentes normativos no Brasil.* 6. *O art. 103-A da CF e a Súmula Vinculante.* 7. *A Lei 11.417/06 e a edição da Súmula Vinculante.* 8. *O § 3º do art. 5º da CF: a recepção dos tratados e convenções.*

1 O NOVO CICLO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O ciclo constitucional brasileiro iniciado com a Constituição de 05.10.1988, não se encontra imune às influências do Direito Constitucional estrangeiro (= processo), que nas últimas décadas vem sofrendo radicais modificações, tanto de conteúdo quanto de forma.

Neste sentido, pode-se lembrar como o fazem Gomes Canotilho e Vital Moreira ao analisarem o texto português³³⁸ que a Constitui-

³³⁸ Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 36 e ss.

ção Brasileira “não difere muito dos demais documentos contemporâneos”, já que alarga a matéria constitucional, incorporando direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, além de preocupar-se com a organização econômica da sociedade.

Ademais, pode-se lembrar que é

lei específica, necessária e hierarquicamente superior, além de que é pressuposto da produção normativa; tipifica os órgãos do poder público, determina as formas de expressão política, prevê a fiscalização da própria Constituição (controle da constitucionalidade) e sua forma de mudança formal (emenda e revisão).

Por outro lado, o texto de 1988 é um dos mais longos dentre as Constituições contemporâneas, só perdendo em dimensão para o da Iugoslávia (405 artigos), da Índia (336 mais 8 anexos), do Uruguai (322), do Peru (307), e de Portugal (291), enquanto o nosso possui 250 artigos em suas Disposições Permanentes (incluindo as Disposições Constitucionais Gerais) e mais 89 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (até a Emenda Constitucional 38)³³⁹.

Afora o total de 339 artigos, o texto, fiel às nossas tradições, traz consigo um *Preâmbulo*³⁴⁰ que, em nossa maneira de pensar, é parte integrante de seu conteúdo, visto que aponta, ao mesmo tempo, para a sua origem e para a direção ideológica que lhe desejaram imprimir seus autores.

Raul Machado Horta, em estudo intitulado **Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais**³⁴¹, ao tratar do item “Norma e Realidade”, escreve que

³³⁹ Vale esclarecer que o aumento no número de artigos do ADCT (em 1998 eram 70 artigos) se deve ao fato de que tem-se admitido *Emendas Constitucionais Aditivas* ao seu texto, o que, sem dúvida, se trata de uma fraude ao sentido das *Disposições Constitucionais Transitórias* que, tecnicamente são aquelas que o constituinte estabelece com o objetivo de criar uma *fase de transição* do antigo, para o novo modelo constitucional.

Esta questão está a merecer uma posição séria, por parte da Doutrina e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, sob pena de o referido abuso continuar de forma ilimitada. Ademais, o próprio Congresso Nacional (agora renovado pelas eleições de 2002) deveria engajar-se neste movimento, com o objetivo de evitar que *Disposições Transitórias* se tornem *Disposições Permanentes*, como é o caso, para citar apenas um exemplo, da CPMF (Contribuição Provisória de Movimentação Financeira), criada pela Emenda 3/93, e que, sempre que se aproxima o término de sua existência, nova Emenda é aprovada, no sentido de sua prorrogação, transformando-a (não tenho dúvidas) em definitiva.

³⁴⁰ Sobre o tema, veja-se nosso livro *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. revista e aumentada, Curitiba: Juruá, 2001.

³⁴¹ *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: v. 33, 33, 1991, p. 24-25.

sob o ângulo técnico-formal, a Constituição de 1988 introduziu aprimoramentos significativos na apresentação do texto constitucional. Alterou a técnica das Constituições Federais anteriores, para conferir precedência aos Princípios Fundamentais da República Federativa e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais. É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais e dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.

Em nossa maneira de entender, a existência de *Princípios Fundamentais* traz, sob o ângulo formal, uma conseqüência das mais importantes, já que determinará a diretriz a ser seguida na interpretação de toda e qualquer norma constitucional, além, evidentemente, da “impregnação valorativa” de que nos fala Machado Horta.

Decorrencia deste entendimento é que, para nós (e já o dissemos em diversas oportunidades), a presença de *Princípios Constitucionais Fundamentais* e de *Princípios Gerais* (setoriais) significa a existência de uma *hierarquia (interna) de princípios na própria Constituição* que funcionará, de modo decisivo, no instante de apreciar-se a constitucionalidade, ou não, de determinada norma³⁴², seja ela infraconstitucional, ou inserida na própria Constituição sobretudo, pelo Poder de Reforma (Revisão ou Emenda).

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 05.10.1988 E OS MECANISMOS ATUAIS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Com a aprovação e vigência da Constituição Federal de 05.10.1988 o *Controle de Constitucionalidade* sofreu inúmeras e decisivas modificações, sobretudo em relação aos textos anteriores, todas elas no sentido de uma maior defesa do texto da Lei Maior, do que é exemplo a ampliação que se deu, pelo art. 103, à Legitimação Ativa para propositura das *Ações Diretas de Inconstitucionalidade*.

³⁴² A propósito, leia-se nosso livro *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

Por outro lado, a criação de novos institutos (ex.: *Inconstitucionalidade por Omissão*, *Ação Declaratória de Constitucionalidade* e *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*), as novas atribuições que foram conferidas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal como decorrência das novas ações, ao lado da mencionada amplitude da *Legitimação Ativa* para a propositura de ADIN explicam a frequência com que, a partir de 1988, tem sido proposto, junto àquele pretório, grande número de *Ações Diretas de Inconstitucionalidade*, isto sem falarmos nas possibilidades de que, por via de *Controle Incidental*, principalmente, no tocante aos *Direitos e Garantias Individuais e Sociais*, inúmeras questões sejam submetidas à apreciação dos Tribunais (via recursos ordinários) e do Supremo Tribunal Federal, através de *Recurso Extraordinário*.

Atualmente, a *Ação Direta de Inconstitucionalidade* e a *Ação Declaratória de Constitucionalidade* estão previstas no art. 102 inc. I, alínea *a*, com a redação que lhe foi dada pela EC 3/93, sendo que em nível de legislação infraconstitucional, delas trata a **Lei 9.868** (10.11.1999), enquanto que a *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* é objeto da **Lei 9.882** (03.12.1999). Quanto ao Controle Incidental, o instituto do *recurso extraordinário* encontra-se regulado pela **Lei 8.950** (13.12.1994), a qual, em seu art. 2º tratou, expressamente, dos arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil, dando-lhes nova redação³⁴³, em cuja análise deverá ser levada em conta a EC 45/04, adiante comentada, sendo que a Repercussão Geral que lhe foi introduzida pela EC 45, encontra-se estudada em capítulo próprio.

A Constituição Federal, ao fixar a competência originária do STF, determina em seu art. 102:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

De outro lado, o *controle incidental* encontra-se previsto no mesmo art. 102, inc. III da Lei Maior, nos seguintes termos:

Art. 102. [...]

³⁴³ As Leis 9.868 (10.11.1999) e 9.882 (03.12.1999) estão analisadas nos capítulos seguintes.

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*

Em decorrência da EC 3/93, foi acrescentado ao mencionado art. 102, o § 1º, através do qual se deu a criação de um novo instituto, como se vê:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Lado a lado com a *Arguição Incidental por meio de Exceção* e a *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, como foi dito, o ordenamento jurídico brasileiro admite a *Ação de Inconstitucionalidade Interventiva*, a *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão* (texto originário de 1988), a *Ação Declaratória de Constitucionalidade* e a *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, as duas últimas introduzidas em nosso sistema através da Emenda Constitucional 3/93.

Desta forma, e em relação à *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, prescreve a Constituição em seu 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.

Em seguida (art. 103, § 2º) determina o texto da Lei Maior:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Finalmente, a mesma EC 3/93, ao lado da criação da *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, acresceu ao art. 102, o § 1º, um novo instituto, como se vê:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Evidente que a análise de cada uma das espécies mencionadas comporta uma série de questões tanto de *natureza política* quanto de *natureza processual*, pelo que, em conseqüência, nossas reflexões passam a ter uma natureza híbrida, limítrofe entre o *Direito Constitucional* e o *Direito Processual*, ou, se desejarmos, estaremos desenvolvendo nossas análises no campo do *Direito Constitucional Processual* (como preferem alguns) ou *Direito Processual Constitucional*³⁴⁴.

Apesar de que a Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 3, de 17.03.1993, em seu art. 102 I, a, determinar que compete ao STF processar e julgar, originariamente, “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, não fez nenhuma referência a necessidade de que houvesse uma lei para regulamentar o preceito³⁴⁵.

Neste sentido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu Título VI, arts. 169 a 175 tratava da matéria, no que era secundado pelas Leis 4.337 (01.06.1964) e 5.778 (16.05.1972). Todos estes diplomas legais foram revogados pela Lei 9.868, de 10.11.1999, a qual “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.

3 O CONTROLE DIFUSO: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS: MANDADO DE SEGURANÇA, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE³⁴⁶

Apesar de muito se falar em dois grandes sistemas de controle da constitucionalidade, o incidental ou de origem americana e o con-

³⁴⁴ Veja-se neste livro o capítulo onde a matéria está tratada.

³⁴⁵ Diferentemente, o art. 102, § 1º, ao prever que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

³⁴⁶ Veja-se o interessante livro de Leonardo Castanho Mendes, *O Recurso Especial e o Controle difuso de Constitucionalidade. De acordo com a recente reforma do CPC, inclusive a Lei 11.3412, de 07.08.2006*. São Paulo: RT, 2006.

centrado, ou de origem austríaca, a verdade, em última análise, é que já não se pode estabelecer esta divisão de forma rígida, como, de resto, a própria separação radical das famílias do *Common Law* e do *Civil Law* já não mais responde à realidade dos fatos.

Neste item estaremos preocupados com o *controle difuso* e seus aspectos constitucionais e processuais no sistema brasileiro, pelo que é oportuna a lição de Raul Machado Horta ao destacar que as nossas diversas formas de controle utilizam a expressão “*arguição por*”, originária do *Direito Constitucional francês*.

Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser argüida em qualquer grau ou juízo.

Para Sálvio de Figueiredo Teixeira no controle pela via incidental,

o que se torna necessário evidenciar é que a inconstitucionalidade, como exceção, pode ser argüida no curso do processo normal, logicamente perante qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo (nessa hipótese, a declaração exigirá a maioria absoluta), tendo efeito apenas ‘inter partes’. Como exceção – continua – apenas quando a arguição for perante o STF, e por este examinada e declarada, terá efeito erga omnes; assim mesmo, somente após a suspensão da lei ou ato normativo decretada pelo Senado (Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal)³⁴⁷.

Alfredo Buzaid, em clássica monografia intitulada *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*³⁴⁸ ensina que

o poder de declarar a inconstitucionalidade compete, no sistema do direito público brasileiro, privativamente ao Judiciário. Exerce-o não apenas o tribunal de segundo grau, ou o Supremo Tribunal Federal; qualquer juiz, quando deve resolver os litígios submetidos ao seu conhecimento, pode decretá-la porque é da índole de sua função, ao dizer o direito em cada caso concreto, deixar de aplicar a

³⁴⁷ *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, 28, 1974, p. 31. Destaque nosso.

³⁴⁸ São Paulo: Saraiva, 1958, p. 59.

lei, que contraria, direta ou indiretamente, a Constituição”, isto porque, “nenhum magistrado deve aplicar uma lei que em sua opinião, seja inconstitucional”³⁴⁹.

Nagib Slaibi Filho³⁵⁰ estabelecendo uma síntese dos processos de controle adotados no ordenamento brasileiro, escreve que

*insta observar que o sistema constitucional pátrio somente prevê o controle de constitucionalidade sobre os atos materiais e atos jurídicos singulares de forma incidental; já os atos normativos vão admitir tanto o controle incidental como o controle por ação. A distinção se torna necessária para verificar as condições da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade que somente se inclinam sobre os atos jurídicos estatais (e, entre eles, somente os federais e estaduais) e que sejam normativos (isto é, disponham genérica e abstratamente)*³⁵¹.

Finalmente, J. C. Barbosa Moreira³⁵² recorda que

o controle por via principal é exercido pelo Supremo Tribunal Federal em processo de sua competência originária, regulado pelo respectivo Regimento Interno (vide os arts. 169 a 175 do Regimento de 15.10.1980), em vigor desde 01.12.1980), ou por tribunal estadual, conforme dispuser o ordenamento do próprio Estado-membro (Carta da República, art. 125, § 2º).

Em seguida, escreve:

o controle incidental por juízo singular não reclama disciplina processual específica; e, se a reclamasse, não seria num título com a rubrica ‘Do processo nos tribunais’ que ela encontraria sede própria; o controle incidental por tribunal pleno – ou, se for o caso, pelo ‘órgão especial’ a que se refere o art. 93, XI, da Constituição Federal – tampouco exige regulamentação particular: respeitado o preceito do art. 97 da mesma Carta, no concernente ao quorum, pode o colégio conhecer da questão, sem problema de ordem proce-

³⁴⁹ *Op. cit.*, p. 65.

³⁵⁰ **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 50-51.

³⁵¹ Destaques nossos. Afirmado que a norma é incompatível com a Constituição Federal, dá-se o incidente de inconstitucionalidade, que poderá ser arguido quer nos recursos que venham ao tribunal, quer nos processos de competência originária ou, ainda naqueles de duplo grau de jurisdição obrigatório (CPC, art. 475).

³⁵² **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. V, arts. 476 a 565, p. 30-31.

dimental, a qualquer momento em que exerça atividade cognitiva em processo da sua competência.

No estudo do controle difuso, um ponto bastante controvertido pode ser trazido ao debate. Referimo-nos ao **Mandado de Segurança e à Ação Civil Pública e sua utilização como instrumento processual para atacar ato inconstitucional**, temas que merecem algumas considerações visto que, nem sempre, são corretamente compreendidos.

O primeiro dos institutos, ou seja, o Mandado de Segurança³⁵³ foi objeto de previsão na Constituição de 1934, conforme se verifica em seu art. 113, 33 ao prescrever:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as acções petitórias competentes. (destaques nossos. Mantida a grafia original)

Apesar de os textos posteriores ao de 1934 não trazerem, expressamente, a referência ao Mandado de Segurança, boa parte da Doutrina (à qual nos filiamos) entende ser possível a utilização do heróico writ em tal hipótese.

Assim, referindo-se ao texto constitucional de 1946, afirma Celso Agrícola Barbi³⁵⁴ que

(ela) contribuiu indiretamente, e de forma decisiva, para a ampliação das oportunidades de controle de constitucionalidade de lei, ao elevar novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, admitindo-o contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, § 24), abrangendo, assim, os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados etc. Além disso, o aludido inciso suprimiu a exigência anterior de ser o ato atacado pelo mandado de segurança manifestamente ilegal ou inconstitucional, o que ampliou a área de ação do remédio constitucional. Munidos desse processo rápido e simplificado, os cidadãos têm aumentado grandemente o número de ações em que se alega a invalidade de atos, porque fundados em leis inconstitucio-

³⁵³ O instituto no sistema jurídico brasileiro, atualmente, está regido pela Lei 12.016/09, que revogou a Lei 1.533, de 31.12.1951, a Lei 4.166, de 04.12.1962, a Lei 4.348, de 26.06.1964, 5.021, de 09.06.1966; o art. 3º da Lei 6.014, de 27.12.1973, o art. 1º da Lei 6.071, de 03.07.1974, o art. 12 da Lei 6.978, de 19.01.1982, e o art. 2º da Lei 9.259, de 09.01.1996.

³⁵⁴ **Ação Declaratória principal e incidente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 190.

nais. *A jurisprudência e a doutrina nacionais admitem pacificamente essas demandas, salvo quando o objetivo da ação seja a própria lei, isto é, quando a inconstitucionalidade seja o objeto e não o fundamento da ação.*

Mantendo a posição assumida, desta feita em seu clássico **Do Mandado de Segurança**³⁵⁵, volta a insistir Barbi:

Apesar de a Constituição atual não conter disposição explícita como a de 1934, a opinião predominante, e acertada, é no sentido de considerar a expressão 'ilegalidade', nela referida, como abrangente também da inconstitucionalidade que, afinal, é a forma mais grave de ilegalidade.

Dissemos acima que nos filiamos à corrente que admite a impetração do Mandado de Segurança para atacar atos manifestamente inconstitucionais. Em verdade, assim pensamos amparados em três motivos que nos parecem fundamentais e suficientes à posição que defendemos, a saber:

- a) em primeiro lugar, com a sua utilização presta-se homenagem à Constituição atacando ato concreto que não a respeitou, buscando-se, com isto, salvaguardar o real *Valor da Lei Maior*;
- b) não há, principalmente no atual texto de 05.10.88, nenhuma limitação ao uso do instituto, o qual visa "*proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*" (CF, art. 5º, LXIX);
- c) a lentidão do Poder Judiciário Brasileiro poderia tornar ineficaz decisão que viesse a ser tomada em ação ordinária, fazendo, com isto, prevalecer o ato inconstitucional que se deseja ver corrigido.

Aliás, e na linha do que afirmamos, é de observar-se que a **Súmula 267** do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não caberia "*Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*", hoje já não é entendida em sua rigidez inicial, sendo fartos os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial que lhe oferecem uma

³⁵⁵ 6. ed. Rio de Janeiro: 1993, p. 125.

interpretação atenuada, exatamente, em razão de a Constituição Federal não ter apontado limitação alguma à impetração do *writ*³⁵⁶.

Estudando a matéria e referindo-se à decisão mencionada, escrevem Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto³⁵⁷: que

neste acórdão, fixou-se a tese de que cabe Mandado de Segurança contra ato judicial de que caiba recurso, desde que este recurso seja desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial atacado cause prejuízo irreparável ou de muito difícil reparabilidade. O acórdão não foi fruto de votação unânime, mas esta foi a tese vencedora – concluem. (destaque nosso)

Diante disto, quando muito, e na linha hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal com relação ao Mandado de Segurança contra ato judicial, demonstrar-se-ia, em Preliminar, a irreparabilidade do ato inconstitucional atacado e o remédio será cabível.

O segundo dos institutos por nós referido foi a **Ação Civil Pública**³⁵⁸, prevista na atual Constituição Federal em seu art. 129, III,

³⁵⁶ Neste sentido, RE 76.909 (RS), 05.12.1973, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 70/504, Relator Min. Xavier de Albuquerque.

³⁵⁷ *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Mandado de Segurança contra Ato Judicial*. São Paulo: RT, 1989, p. 10.

³⁵⁸ Ver sobre o tema: ABELHA, Marcelo – *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; ALMEIDA, João Batista de – *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009; APPIO, Eduardo – *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2005; BRAN-DÃO, Paulo de Tarso – *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996; CAMPOS, Ronaldo Cunha – *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1989; Carvalho Filho, José dos Santos – *Ação Civil Pública – comentário por artigo da Lei 7.347 de 24.07.1985*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; HILARÉ, Edis; NEY JUNIOR, Nelson – *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. LEITE, Carlos Henrique – *Ação Civil Pública: nova Jurisdição Trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001; LENZA, Pedro – *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003; LOPES NETO, Antônio; ZUCHERATTO, José Maria – *Teoria e Prática da Ação Civil Pública: Comentários à Lei 7347/85*. São Paulo: Saraiva, 1987; MACHADO, Paulo Affonso Leme – *Ação Civil Pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural. Tombamento*. São Paulo: RT, 1987; MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 5. ed. São Paulo: RT, 1997; MANCUSO, Rodolfo de Camargo – *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: RT, 1989; MARTINS FILHO, Yves Gandra da Silva – *Ação Civil Pública Trabalhista*. Recife: Nossa Livraria, 1997; MILARÉ, Edis – *A Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990; MILARÉ, Edis – *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após 10 anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995; PROENÇA, Luis Roberto – *Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2001; ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto

ao tratar da competência do Ministério Público e que, no entender de alguns, admitir seu uso para o controle de inconstitucionalidade, seria um flagrante desrespeito ao mandamento constitucional.

Mais uma vez, faça-se referência ao objeto do Controle Incidental, ou seja, sua atuação é incidente, visto que a ação tem por motivo outra questão. Desta forma, se o MP propõe uma ACP, por exemplo, para anular um determinado edital de concurso ao cargo de Procurador da Assembleia Legislativa, por consagrar tratamento privilegiado para determinada categoria de pessoas, poderá ser pedido o reconhecimento do vício da inconstitucionalidade, em razão de quebra do princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Lei Maior.

Observe-se que no exemplo dado, o que se pede é a anulação do edital em decorrência da inconstitucionalidade apontada, devendo o magistrado incidentalmente, reconhecê-la e determinar a anulação do referido concurso, com efeitos exclusivos para aqueles envolvidos na ação, isto é, no caso concreto.

Pelo que se observa, não houve nenhuma usurpação à competência do Supremo Tribunal Federal que, neste sentido já firmou posição favorável a tese aqui exposta.

3.1 Do Incidente de Inconstitucionalidade nos Tribunais. A Reserva de Plenário. O Senado e o art. 52, X da CF

O controle de constitucionalidade, quando se dá pela via do *Incidente de Inconstitucionalidade* poderá chegar aos Tribunais em algumas hipóteses, a seguir analisadas:

1) A primeira situação dar-se-á quando em decorrência de seu reconhecimento no primeiro grau, o magistrado a acolhe ao longo do processo ou na sentença, por provocação ou *ex officio*. Temos aí, pelo

Parreiras; CAZETTA, Ubiratan – *Ação Civil Pública. 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; SÁ, José Adonis Callou de Araújo – *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; SALVADOR, Antônio Rafael Silva – *Aspectos Processuais da Ação Civil Pública*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997; SCHÄFER, Gilberto – *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002; SILVA, José Luiz Mônaco da – *Inquérito Civil: Doutrina, Legislação, Modelos*. Bauru (SP): Edipro, 2000; SILVA, Wilney Magno de A. – *A Ação Civil Pública e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aldebaran, 1996; SOUZA, Motauri Ciocchetti – *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001; STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de – *Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência; o Direito e o Processo na interpretação dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; VIEIRA, José Marcos Rodrigues – *Da Ação Cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

visto, duas situações, sendo que na hipótese de *decisão interlocutória*, a ação deverá ficar suspensa e os autos remetidos para o Tribunal; na hipótese de o acolhimento ocorrer na *sentença*, tal remessa ocorrerá existindo, ou não, *recurso voluntário* (apelação).

Em outras palavras: se a parte sucumbente conforma-se com a decisão proferida e não recorre da sentença, encerra-se aí o processo, ou deverá ocorrer a sua *remessa ex officio* para o segundo grau?³⁵⁹

No entender de Alcides de Mendonça Lima e Vicente Chermont de Miranda³⁶⁰ os autos serão remetidos, obrigatoriamente, ao segundo grau, visto que, como afirma Mendonça Lima,

os juízes singulares não ficam obrigados a aplicar uma lei que, no seu entender, seja inconstitucional. Mas, nesta hipótese, deverão remeter os autos com sua manifestação devidamente fundamentada ao tribunal superior, conforme a natureza da causa (Tribunal de Justiça; Tribunal Federal de Recursos; Tribunal Eleitoral; Tribunal Regional do Trabalho).

Enquanto não for elaborada uma lei federal estabelecendo a forma processual daquela providência, deverão ser aplicadas, por analogia, as regras referentes aos recursos ex officio, se bem que não haja no caso propriamente um recurso, no sentido técnico.

Vicente Chermont de Miranda, na mesma linha, defende que

sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá ex officio e com efeito suspensivo para o Supremo Tribunal Federal.

Destaquemos como disse Mendonça Lima, que não havendo lei que fixe e estabeleça o procedimento a ser seguido, a solução aqui oferecida encontra-se baseada na *analogia*, pelo que outros autores entendem de forma diferente, ou seja, que inexistindo *recurso voluntário*, aí se encerra a prestação jurisdicional *in concreto*³⁶¹.

³⁵⁹ Relembre-se que, na Espanha, na conformidade do art. 163 da Constituição, “Quando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable en el caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establece la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

³⁶⁰ Cf. BUZAID, *Op. cit.*, p. 86-87.

³⁶¹ Veja-se José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, especialmente, Cap. 3, p. 56-92.

2) A segunda hipótese ocorre quando a inconstitucionalidade é reconhecida apenas no segundo grau, ou seja, os autos subiram em grau de recurso voluntário ou *ex officio*, visando nova análise da matéria objeto da ação. Neste caso, ao ser examinado o recurso, identificou-se (só aí) a inconstitucionalidade.

3) Finalmente, a última hipótese ocorrerá nos julgamentos das ações de competência originária do Tribunal.

Importante aspecto deve ser lembrado: não havendo forma descrita em lei sobre o *incidente*, poderá ele ser apresentado em qualquer momento, inclusive, em qualquer instância ou até mesmo na sustentação oral.

Na segunda instância, ao contrário do que ocorre com a primeira instância, o CPC regula a matéria em seu Título IX – Do Processo nos Tribunais –, Capítulo II – Da Declaração de Inconstitucionalidade –, arts. 480 a 482, sobre os quais teceremos alguns comentários breves.

Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público – diz o art. 480 do CPC – o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão a turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Nos termos do art. 481, “*se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno*”.

Em seguida, o art. 482 estabelece o procedimento a ser seguido pelo Pleno do Tribunal, da seguinte forma:

Remetida a cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requerem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Regimento.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição, poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional, objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Toda a regulamentação mencionada nos leva a insistir que na primeira instância, bem como na turma ou na câmara não há declaração de inconstitucionalidade, pois o(s) magistrado(s), simplesmente, não aplica(m) a lei impugnada ao caso concreto, com efeitos *inter partes*, por considerá-la inconstitucional.

A razão de tal proceder é o fato de que a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade é privativa dos órgãos colegiados, através do *quorum qualificado* determinado pelo art. 97 da CF, nos seguintes termos: “*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*”.

A referência feita pelo art. 97 ao quorum de “*maioria absoluta*” denomina-se de **Reserva de Plenário**, e quer significar uma exigência que decorre da presunção de constitucionalidade de que são revestidas as leis e os atos oriundos do poder público.

Ademais, e nos termos do art. 93, XI da própria Lei Maior,

nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

Destaque-se que o comando do art. 93, XI acima transcrito se refere a “*órgão especial*”, o que implica em dizer-se que os órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras e seções) bem como monocráticos dos tribunais estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade, significando dizer que sempre que acatada uma argüição de inconstitucionalidade por qualquer destes órgãos, o incidente terá de ser submetido ao Plenário ou ao órgão especial do Tribunal, para que seja decidida, pelo quorum do art. 97.

Nesta hipótese, após a decisão do incidente de inconstitucionalidade, os autos serão devolvidos ao órgão de onde foram enviados para que este, levando em consideração o que foi decidido pelo Pleno ou pelo órgão especial, decida o caso concreto (objeto da ação onde foi suscitado o incidente).

Chame-se a atenção de que a Lei 9.756/98 acrescentou ao art. 481 do CPC um parágrafo único nos seguintes termos: “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Pelo enunciado fica evidente que a **Reserva de Plenário** sofreu o que se vem denominando de **flexibilização**, visto que só poderá ser exigida quando se tratar da primeira vez em que a matéria legislativa tem sua constitucionalidade questionada, visto que, a partir daí, ditos órgãos só necessitam fundamentar sua decisão no precedente do Plenário ou do órgão especial do Supremo Tribunal Federal, em razão do caráter vinculatório determinado pelo art. 481 do CPC³⁶².

Finalmente, vale lembrar que na linha do que determina a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, editou a **Súmula Vinculante 10**, produto de quatro precedentes, sendo um AgRg no AgIn 472.897 e três Recursos Extraordinários, de n. RE 319.181, RE 544.246, RE 240.096 e RE 482.090 determinando que “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”³⁶³.

O conteúdo desta súmula tem gerado interpretações contraditórias, tais como a de Ives Gandra Martins em artigo intitulado **Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF**³⁶⁴ e a de Gustavo Santana Nogueira

³⁶² Por falar em vinculação, vale lembrarmos que a Constituição Federal de 1988, em sua versão originária, conferia efeito vinculante apenas às *Ações Declaratórias de Constitucionalidade* (art. 102, § 2º), sendo que a Lei 9.868, de 10.11.1999 (DOU 11.11.1999) o estendeu às *Ações Diretas de Inconstitucionalidade*, em seu art. 28 parágrafo único, como se vê:

“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”.

Sempre entendemos que esta amplitude de efeitos trazida pela Lei 9.868/99 era inconstitucional. Esta situação ficou “resolvida” pela EC 45/04, com a nova redação que deu ao 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”.

³⁶³ DJ 27.06.2008.

³⁶⁴ *Gazeta Mercantil*, 14.07.08; Disponível em: <<http://www.gandramartins.adv.br>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

e Marcus Vinícius Lopes Montez – **A Súmula vinculante 10: tautologia ou inovação?**³⁶⁵, o primeiro apenas expedindo sua opinião, enquanto os segundos se apresentam de forma mais detalhada, trazendo à colação, inclusive, análise dos mencionados precedentes que deram origem à súmula.

Em seu texto, Ives Gandra Martins escreve que

A redação ofertada pelo STF à Súmula Vinculante de n. 10 tem provocado perplexidade nos meios jurídicos e está a merecer, por parte do Pretório Excelso, maior explicitação quanto ao seu conteúdo.

É que, pela literal interpretação do texto sumulado, a partir de sua edição, nenhum magistrado de 1ª e 2ª instâncias ou de Tribunais Superiores poderá decidir sobre questões que envolvam direta ou indiretamente inconstitucionalidades, a não ser que o plenário dos Tribunais declare o dispositivo inconstitucional.

O art. 97 da C.F. não tem dicção tão radical. Trata, apenas, de declaração formal de inconstitucionalidade, estando assim redigido: “Art. 97. 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”.

A Súmula 10, cuja dicção é a seguinte: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”, não trata de declaração formal, mas de afastamento da incidência de norma inconstitucional, em controle difuso, com o que, de rigor, veda a qualquer magistrado de 1ª e 2ª instância ou dos Tribunais Superiores, monocraticamente ou em Câmaras e Turmas, decidir sobre qualquer questão que envolva a constitucionalidade de normas, para afastá-las.

O controle difuso é, portanto, fulminado pela Súmula. Os magistrados – se for esta a interpretação da Suprema Corte, que não creio terão que se julgar incompetentes para decidir questões que envolvam, direta ou indiretamente, a alegação de incidência inconstitucional de norma. Os mandados de segurança passam a ser peças de arqueologia tributária, pois qualquer lesão a direito individual implica necessariamente uma inconstitucionalidade. As turmas e Câmaras de Direito Público perdem sua razão de ser, visto que, no que diz respeito principalmente ao direito público, o afastamento de normas quando sua incidência viola a Constituição – que conta com

344 artigos (250 normas permanentes e 94 transitórias)- é matéria recorrente em suas decisões.

Pior ainda, o Supremo Tribunal Federal e os órgãos especiais dos Tribunais Federais e Estaduais do país, ficarão entulhados de processos, visto que para as matérias que, em controle difuso, foram levantadas questões constitucionais, todos os magistrados passarão a ser incompetentes para julgá-las”.

Logo a seguir, são do mesmo autor as seguintes palavras:

A referida Súmula, para além de desbordar do art. 97, reformula, portanto, toda a tradição do direito brasileiro, desde a introdução, há mais de 100 anos, do mandado de segurança, mediante o qual pode qualquer magistrado de 1ª instância afastar norma cuja incidência se mostre inconstitucional.

A matéria merece profunda reflexão de juristas, professores e magistrados. E da própria Suprema Corte.

Como se disse, Gustavo Santana Nogueira e Marcus Vinicius Lopes Montez são mais detalhistas, começando por afirmarem que

Por uma leitura afoita do referido enunciado sumular, o intérprete poderá se surpreender (e certamente se surpreenderá) por não lograr encontrar maiores digressões doutrinárias ou ‘meta-respostas’, com pretensões de resolverem profundas controvérsias jurídicas, que é o que grande parte da dogmática jurídica espera de enunciados com efeitos vinculantes.

Muito pelo contrário, o leitor, ao percorrer o texto da Súmula vinculante 10 do STF, encontrará, a rigor, uma reprodução da norma obtida do art. 97 da CF³⁶⁶.

Mais adiante, segundo os autores, investigando-se os precedentes da súmula, chegaremos à conclusão de que “a súmula é um novo texto e, portanto, merece ser interpretada”³⁶⁷, razão pela qual trazem ao texto referências aos precedentes acima mencionados, ou seja, um AgRg no AgIn 472.897 e três Recursos Extraordinários, RE 319.181, RE 544.246, RE 240.096 e RE 482.090, os quais serão trazidos a seguir, sempre na síntese apresentada por Nogueira e Montez³⁶⁸.

³⁶⁶ Artigo citado, REPRO, n. 173, p. 233.

³⁶⁷ *Idem*, p. 234.

³⁶⁸ Artigo citado, p. 240-246.

Pelo AgRg no AgIn 472.897³⁶⁹ “o impetrado se insurgiu contra decisão do relator que conheceu e proveu recurso extraordinário deduzido pela União”, postulando o “restabelecimento do acórdão emanado de órgão fracionário do STJ que teria ‘afastado’ a aplicação do art. 56 da Lei 9.430/96 (lei ordinária), sob o argumento de que ela não poderia derogar isenção tributária concedida por lei complementar (a LC 70/91, no caso em espécie)”.

A Turma do STJ, concretamente, deixou de aplicar a lei, embora não tivesse declarado expressamente a inconstitucionalidade da norma, efetuando o controle de constitucionalidade incidentalmente.

No dizer dos autores, “utilizar os signos ‘deixar de aplicar’, ‘afastar’, ou qualquer outro que queira inventar, não mudará a natureza do ato, que claramente se manifesta como declaração de inconstitucionalidade”, após o que trazem as seguintes palavras do Min. Celso de Mello:

Na realidade, essa Suprema Corte tem entendido equivaler, à própria declaração de inconstitucionalidade, o julgamento que, sem declará-la, explícita e formalmente, vem a recusar aplicabilidade ao ato do Poder Público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. [...] o julgamento em questão – como resulta do próprio acórdão recorrido e é ressaltado pela União Federal – realizou-se em confronto com a exigência contida no art. 97 da Lei Fundamental, cuja observância é essencial em tema de declaração de inconstitucionalidade.

Conclui afirmando que:

[...] a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, quando houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção).

Com relação ao RE 319.181³⁷⁰, originário do DF, em que a recorrente (União) se insurgiu contra acórdão do TRF-1ª Reg., a Min. Ellen Gracie (relatora) ao proferir seu voto, escreveu que

³⁶⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. AgReg em AgIn 472.897/PR, 2ª T., j. 18.09.2007, rel. Min. Celso de Mello.

³⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. RE 319.181/DF, 1ª T., j. 21.05.2002, rel. Min. Ellen Gracie.

[...] embora a Corte de origem tenha considerado que não houve declaração de inconstitucionalidade, não é isso que se depreende da leitura do voto condutor do acórdão proferido em sede de apelação [...]

Ante o exposto, **conheço e dou provimento** ao recurso, para cassar a decisão recorrida, a fim de que seja a questão de inconstitucionalidade submetida ao órgão competente.

Ao apresentarem a síntese do RE 240.096-2³⁷¹, e depois de trazerem argumento da decisão de que apenas declarara a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, escrevem os autores que

É cediço que qualquer juiz ou tribunal pode efetuar controle de constitucionalidade, utilizando-se, para tanto, do controle difuso de constitucionalidade, pela via de exceção (também chamado de controle concreto). Outrossim, somente o STF e os Tribunais de Justiça é que podem efetuar controle concentrado de constitucionalidade, pela via de ação direta (também chamado de controle abstrato).

Em ambas as hipóteses, o juiz/tribunal declara a (in)constitucionalidade da norma. Há que se superar o imaginário jurídico que o juiz/tribunal, em sede de controle difuso, não declara a norma inconstitucional, mas afasta sua aplicação no caso concreto. Tal concepção não encontra qualquer respaldo jurídico e científico.

Repita-se: em controle difuso, o juiz/tribunal declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e 'não estará cometendo nenhuma sandice'. A diferença é que tal declaração não ocorre no dispositivo da sentença/acórdão, mas sim, na fundamentação. Como consequência não faz coisa julgada material³⁷².

Finalmente, depois de analisar o RE 544.246-2³⁷³, e sob a forma de arremate, afirmam os autores:

Não é possível compreender uma súmula apenas com seu (reduzido) texto, não só porque o emprego das palavras é muito econômico, mas também porque ela está diretamente associada aos seus precedentes. Em sistemas de direito comparado que adoram a vinculação de precedentes, como os Estados Unidos e a Inglaterra, o que vincula

³⁷¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. RE 240.096/RJ, 1ª T., j. 30.03.1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³⁷² Artigo citado, p. 243.

³⁷³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. RE 544.246-2 1ª T., j. 15.05.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

*não é um simples resumo da decisão anterior, mas sim a **ratio decidendi** da decisão inteira³⁷⁴.*

Objetivamente concluem:

Portanto, a Súmula vinculante 10 do STF, como todas as outras, por si só, nada diz devendo ser compreendida contextualizada com seus precedentes, porém, seus precedentes não estão contidos na Súmula!

E dos quatro precedentes utilizados apenas o último se aproxima do conteúdo da Súmula vinculante 10³⁷⁵.

Duas questões ainda precisam ser trazidas à discussão com relação ao tema, a saber: (a) a participação do Senado, nos termos do art. 52, inc. X poderá ser objeto de *Mutação Constitucional*, conforme entendimento recente do STF? e (b) o ato de suspender a execução da lei gerará, em razão do tempo, que tipo de efeitos: *ex tunc* ou *ex nunc*?

A matéria se encontra na CF/88 em seu art. 52, X nos seguintes termos:

Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal:*

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Estabeleçamos dois momentos para o estudo da primeira questão, ou seja, a participação do Senado, nos termos do art. 52, inc. X.

Em um primeiro momento, vejamos como as Constituições anteriores e a Doutrina sempre trataram a participação do Senado do processo de controle incidental³⁷⁶ para, em seguida, enfrentarmos a questão que hoje se põe sob a denominação de *Mutação Constitucional*.

Desde a Constituição de 1934 que os textos brasileiros referem-se à intervenção da Câmara Alta no processo de controle de constitucionalidade, muito embora, tais referências sempre tenham sido marcadas por uma profunda *lacunosidade*, sobretudo, no tocante ao procedimento a ser seguido.

³⁷⁴ Artigo citado, p. 245.

³⁷⁵ *Idem*, p. 246.

³⁷⁶ Para este ponto, trazemos o texto por nós escrito em nosso livro-tese *O Valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 131-135.

Assim, prescrevia a Lei Maior de 1934, em um período em que ainda era inexistente o denominado *controle por via de ação direta*:

Art. 76. À Corte Suprema compete:

III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

Por sua vez, ao tratar das Atribuições do Senado Federal, determinava:

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1946 (art. 64), o texto de 1967 (art. 45, IV) e a EC 1/69 (art. 42, VII), seguidos pela Constituição de 05.10.1988, deram nova redação ao preceito, acrescentando-lhe a expressão “por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como se observa da norma ora em vigor:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

....

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (destaque nosso)

Logo se percebe, que ao referir-se o texto constitucional a “decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, fica claro que a necessidade de participação do Senado só ocorrerá nas decisões proferidas em *controle incidental*, exatamente porque, sendo seus *efeitos inter partes* ou “*intraprocessual*” como denomina Barbosa Moreira³⁷⁷, a norma (ainda que considerada inconstitucional e não sendo aplicada ao caso concreto) permanece em vigor, o que só deixará de acontecer, após “a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.

³⁷⁷ Op. cit., p. 42

Em outras palavras: embora não haja sentido prático de que a norma tida como inconstitucional continue sendo aplicada, visto que o STF modificaria os efeitos da aplicação pela via do *Recurso Extraordinário*, em teoria nada obsta que o seja, quer pela Administração, ou mesmo pelo Poder Judiciário através de seus órgãos inferiores!³⁷⁸

Enfrentando a matéria em **A Constituição Federal Comentada**³⁷⁹, escreveu Themístocles Cavalcanti, referindo-se ao texto de 1946, que

a intervenção do Senado visa, antes de tudo, expurgar do corpo de leis e decretos aqueles preceitos que não podem ser aplicados por terem sido fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a medida impede-se nova manifestação judicial e evita-se decisão contraditória do mesmo tribunal na interpretação do mesmo dispositivo, o que tem acontecido com relativa freqüência, muitas vezes acertadamente, corrigindo-se erro na interpretação primitiva.

A disposição constitucional coibe um pouco a flexibilidade das interpretações judiciais, mas permite maior coerência e uniformidade na interpretação e aplicação dos textos.

Na hipótese de *controle por via de Ação Direta*, por serem *erga omnes* os efeitos do julgamento, desnecessária será a intervenção do Poder Legislativo (leia-se *Senado*), como, aliás, observava o Min. Thompson Flores (18.04.1977), à época Presidente do STF e, mais recentemente, o Min. Carlos Mário da Silva Velloso na conferência **O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição Brasileira de 1988**³⁸⁰.

Para Carlos Velloso,

a comunicação ao Senado deveria ficar restrita às declarações de inconstitucionalidade havidas no controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, no caso concreto. É que, neste, a lei declarada inconstitucional somente não será aplicada na demanda em que foi

³⁷⁸ Neste sentido, o TRT 3a. Região (Minas Gerais), no RO 4680/94 – Ac. 3a T, 08.06.1994, Relator Juiz Antônio Álvares da Silva, tratando dos Planos Econômicos e sua incidência nos Reajustes Salariais, decidiu que “*embora a decisão de matéria constitucional em RE não tenha efeito vinculante, a decisão do RE 144.756 foi dada pelo STF em razão da competência que lhe outorga o art. 102, III, da CF, como guardião precípua da CF. Por isso, as instâncias inferiores devem seguir a orientação ali perfilhada para que se evitem demandas inúteis e discussões estéreis de quem não tem o poder de dar a última palavra em matéria constitucional*” (Cf. **Revista LTr**, vol. 58, n° 09, setembro de 1994).

³⁷⁹ José Konfino, 1956, vol. II, 3. ed. p. 112-113.

³⁸⁰ **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 125-139.

suscitado o incidente, porque não vigora, no sistema judicial brasileiro, o princípio da força obrigatória do precedente, ou do *stare decisis*. Por isso, no controle *incidenter tantum*, difuso, torna-se necessário que o Senado suspenda a eficácia da lei declarada inconstitucional, o que vem desde a Constituição de 1934. O mesmo, entretanto, não acontece no controle em abstrato, ou em tese, em que a lei, desde o momento em que foi declarada inconstitucional, por decisão da Corte Suprema, deixa de ser aplicável, pois o objeto da ação direta é a própria lei declarada inconstitucional. Ademais, no controle em abstrato, de jurisdição concentrada, quer-se decisão célere, para o fim de fazer prevalecer, de imediato, a norma maior sobre o ato normativo infraconstitucional³⁸¹

Sobre a matéria, o **Anteprojeto Constitucional** elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo **Decreto 91.450**, de 18.7.1985 (a denominada *Comissão Afonso Arinos*), estabelecia entre as competências privativas do Senado Federal, “suspender a eficácia, no todo ou em parte, de lei ou decreto, *incidentalmente declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” (art. 172, inc. VII. Destaque nosso).

Por sua vez, os Projetos “A” (art. 65, X) e “B” (art. 153, X) apresentados à Assembléia Nacional Constituinte de 87-88, modificaram a redação da “Proposta dos Notáveis” sem, no entanto, deixar dúvidas quanto à sua correta interpretação, visto que referiam-se a *decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, nos exatos termos em que se encontra no art. 52, X da Constituição.

Desta forma, até com base em dados históricos, parece-nos correta a interpretação de que *o preceito constitucional dispensa a comunicação ao Senado Federal, em se tratando de Ação Direta*, o que, aliás, se encontra, expressamente, inscrito no **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, que prescreve:

Art. 178. Declarada, *incidentalmente*, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII da Constituição (destaque nosso).

Observe-se que a determinação estabelecida na norma referida, fixando que *a comunicação far-se-á ao Senado Federal depois do*

³⁸¹ *Op. cit.*, p. 137-138.



trânsito em julgado, vem suprir uma das lacunas a que nos referimos acima, no tocante ao procedimento a ser adotado quanto à participação do Senado Federal no controle da constitucionalidade.

A propósito da questão, consultem-se o livro de Paulo Nogueira da Silva, **A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal**³⁸² bem como os artigos de José de Mesquita Lara, **Suspensão pelo Senado Federal da Eficácia de Lei ou Decreto Declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**³⁸³ e Ana Valdez Ayres Neves de Alencar, **A Competência do STF para suspender a execução dos Atos Declarados Inconstitucionais**³⁸⁴.

Apesar de toda a clareza do texto constitucional, atualmente se vem tentado uma *nova compreensão* da participação do Senado no controle incidental, o que se daria em virtude do fenômeno da **Mutação Constitucional**³⁸⁵, ressaltando que, e como foi visto, no sistema brasileiro, inspirado no americano, sempre se reconheceu que tais efeitos da declaração são restritos às partes litigantes (*inter-partes*). A extensão daqueles para *erga omnes* depende, nos termos do art. 52, inc. X, de expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a execução da lei inconstitucional.

Esta *nova compreensão*, que pretende afastar o Senado de sua tarefa, vem sendo apresentada por alguns doutrinadores e alguns membros do Supremo Tribunal, tendo o Min. Gilmar Mendes, nos autos da

³⁸² São Paulo: RT, 1992.

³⁸³ Direito Público – **Revista do Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: vol. II, abril, 1960, p. 43-62.

³⁸⁴ **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, vol. 15, 57, jan-mar, 1978.

³⁸⁵ Ver JUADI LAMMÊGO BULOS, *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997; DAULIN, HSÚ, *Mutación de la Constitución*. Oñati, 1998; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERAZ, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo. Max Limonad, 1986; GEORGE JELLINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; WELLINGTON MÁRCIO KUBLISCKAS, *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009; CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 120; SBROGIO GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ADALBERTO ROBERT ALVES, *A interpretação e a mutação constitucional*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006; CRISTIANO BRANDÃO VECCHI, **Mutação Constitucional: a origem de um conceito problemático**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005; JOSÉ RIBAS VIEIRA, (Org.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

reclamação . 4335/AC afirmado a ocorrência da *mutação constitucional*, como já foi referido, muito embora a CF permanecer íntegra no tocante ao art. 52, inc. X acima transcrito.

Em seu entender, apesar do referido dispositivo encontrar-se vigente, alterações legislativas e jurisprudenciais ocorridas nos últimos anos no processo constitucional brasileiro teriam transformado a “suspensão da execução da lei inconstitucional” em um dever de publicação da decisão pretoriana. Em outras palavras: a nova conformação da jurisdição constitucional brasileira superou o instituto positivado no art. 52, X, CF, restando ao Senado Federal o dever de *dar publicidade à decisão do Supremo*.

Neste novo quadro, as decisões proferidas pelo STF, por elas mesmas, e em confronto direto com o texto constitucional, no exercício do controle difuso de constitucionalidade produziram efeitos *erga omnes*, e não mais *inter-partes*.

Os fundamentos da tese apresentada podem ser assim resumidos:

- (i) a competência inscrita no art. 52, X, CF, foi introduzida numa época em que a concessão de efeitos gerais às decisões do STF era vista como uma violação do princípio da separação dos Poderes;
- (ii) a expansão dos mecanismos de controles abstrato e concentrado possibilitou que os efeitos gerais da decisão do Supremo predominassem sobre os efeitos *inter partes*;
- (iii) a identidade de finalidades (defesa da Constituição) e de procedimento (respeito ao quorum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade) no âmbito dos controles difuso e concentrado justificaria a equiparação dos efeitos;
- (iv) as decisões proferidas pelo STF em sede de ação popular e ação civil pública têm efeitos que repercutem na comunidade como um todo;
- (v) a referida mutação constitucional abrandaria a crise numérica que assola o Pretório Excelso e
- (vi) a positivação de instrumentos de vinculação dos tribunais às decisões do STF proferidas em sede de controle incidental, sem obediência ao disposto no art. 52, X reforçaria a superação do instituto da suspensão da execu-

ção da lei inconstitucional. (art. 481, parágrafo único, bem como o art. 557, § 1º-A, ambos do CPC)³⁸⁶.

Apesar de o raciocínio apresentar certa lógica, importante é indagar se o manejo do instituto da mutação constitucional é legítimo no caso em comento.

É certo que a modificação da Carta Política não se dá apenas pelos *processos formais de reforma constitucional*, admitindo-se, de longa data, a existência de outros procedimentos de alteração da Lei Fundamental, e dentre os quais se destaca a *mutação constitucional*. Neste contexto outra questão fundamental se põe: quais são os limites opostos ao Poder Judiciário na atualização do texto constitucional?

Para a doutrina constitucionalista contemporânea, o que se entende por mutação constitucional é a modificação do sentido, do alcance do texto constitucional, desde que essa alteração não viole o texto da Carta Política. Autores contemporâneos como Hesse, Müller e Canotilho defendem um conceito restrito de mutação constitucional, considerando-a legítima desde que realizada dentro do programa normativo da Constituição. Não se quer com isso negar a possibilidade de a Corte Constitucional realizar interpretações evolutivas, mas demarcar os limites e delinear as possibilidades de atualização da Constituição pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, as mutações só seriam possíveis nos espaços de conformação deixados em aberto pelo próprio constituinte, ou seja, naquelas disposições constitucionais abertas.

O art. 52, X, CF não constitui uma *cláusula aberta*. O seu conteúdo não permite a incidência do fenômeno da mutação constitucional. O Poder Judiciário não pode, sob o pretexto de interpretar evolutivamente a Constituição, subverter os seus conteúdos ou violá-la. Estamos, então, diante de uma *mutação inconstitucional*.

Nos seus votos os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, dão como legítima a suposta mutação constitucional por entenderem que tanto o constituinte, quanto o legislador ordinário reforçaram o controle concentrado de constitucionalidade, bem como produziram medidas tendentes a dar efeitos ampliativos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso.

³⁸⁶ RODRIGO BRANDÃO, Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 280.

Tais entendimentos, na nossa visão, não merecem acolhida, isto porque, ao entender que a força normativa da decisão do Supremo decorre da própria sentença do Tribunal, independentemente da participação do Senado Federal, o Tribunal inova no processo constitucional, afastando regras de competência estabelecidas no texto da Constituição.

A consequência dessa inovação criada pela Corte é, por um lado, a constatação de *ampliação dos seus poderes*, enquanto por outro, ocorre a *redução das competências, constitucionalmente previstas, de outro Poder*.

Esta realidade, por si só, não nos parece legítima, sobretudo porque, não é dado ao magistrado valer-se do seu poder de interpretação do texto constitucional, para esvaziar *plenamente* a competência conferida, de modo expresso, pelo Poder Constituinte a outro "Poder" ou Função do Estado.

O postulado da correção funcional impede que o Tribunal, por meio da atividade hermenêutica, subverta o esquema de separação dos Poderes traçado na Constituição, ainda que se considere obsoleto e anacrônico o instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional. Neste caso, caberia ao Poder de Reforma eliminar a participação do Senado Federal no procedimento, o que, de logo, nos parece impossível, diante do que determina o art. 60, inc. III da CF ao ficar as cláusulas de intangibilidade ao mencionado poder reformador.

Mesmo que a concessão automática de efeitos gerais às decisões proferidas em sede de controle difuso pareça interessante sob o ponto de vista da política judiciária, entendemos que a inovação não pode ser instituída através da interpretação judicial, isto porque, "*a criatividade judicial na atualização da Constituição restringe-se ao âmbito de livre conformação demarcado pelos limites semânticos do texto constitucional*"³⁸⁷.

Com o advento da reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional 45, ficou esclarecido que, se o Supremo Tribunal Federal desejar empregar efeitos gerais às decisões proferidas em sede de controle difuso, deverá este Tribunal proceder a edição de uma *súmula vinculante*.

A esse respeito, vale acrescentar ainda os comentários de Rodrigo Brandão³⁸⁸:

³⁸⁷ RODRIGO BRANDÃO, *Op. cit.*, p. 279.

³⁸⁸ RODRIGO BRANDÃO, *Idem*, p. 282.

*Do exposto, percebe-se que a "interpretação" adotada pelo Ministro Gilmar Mendes colide, frontalmente, com o fruto do exercício do poder constituinte derivado, ou mais precisamente, com a resposta dada pelo Congresso Nacional ao problema da não-vinculação dos órgãos judiciais ao juízo de constitucionalidade prolatado pelo Supremo Tribunal Federal. Pois bem: enquanto o primeiro afirma que todas as decisões do STF em controle incidental possuem per se efeitos gerais, a Reforma do Judiciário reservou tal eficácia especial às decisões do STF em controle incidental que hajam se convolado em súmula vinculante, mediante o preenchimento dos respectivos requisitos. Não se cogitando de violação a cláusulas pétreas, cumpre ao Judiciário seguir a orientação fixada pela Emenda Constitucional 45, ainda que alvitre outra solução que lhe pareça mais conveniente sob a perspectiva da política judiciária. Assim, **permissa venia**, a tese da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 significa a superação pelo Judiciário do juízo político do Congresso Nacional acerca do melhor conteúdo a ser atribuído à constituição, sem que se verifique, ou mesmo se cogite, de violação à cláusula pétrea, circunstância que releva uma ingerência indevida do Judiciário sobre o espaço reservado ao Legislativo para a atualização da constituição.*

Em forma de síntese, podemos dizer que, de fato, o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela uniformização da interpretação constitucional. Contudo, o exercício da defesa da Constituição deve se pautar pelas regras estabelecidas pelo constituinte, e neste sentido as regras são claras: decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental de constitucionalidade, e independentemente de atuação do Senado Federal, só são portadoras de *efeitos inter partes*. Entretanto, o caminho para transformar estes efeitos em efeitos *erga omnes*, a própria Constituição oferece o caminho, qual seja, a edição de *súmulas vinculantes*, nos termos constitucionais (art. 103-A) e na legislação infraconstitucional (Lei 11.417, de 19.12.2006).

A solução trazida ao caso, mediante a denominada Mutação Constitucional, no caso, se nos apresenta como inconstitucional, visto que aquela não poderá ser invocada contra expressa disposição da Constituição.

Passemos ao segundo problema aventado, ou seja, a suspensão da lei pelo Senado gerará, em razão do tempo, *efeitos ex tunc ou ex nunc?*³⁸⁹

³⁸⁹ Também aqui lançaremos mão do nosso texto, escrito no livro *O Valor da Constituição*, p. 168-178.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quanto ao tempo, como lembra José Luiz de Anhaia Mello em livro intitulado **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**³⁹⁰ que o tema

*é dos pontos mais difíceis e complexos, dentro da matéria da constitucionalidade”, a ponto de Gilmar Ferreira Mendes*³⁹¹ *observar que “embora não se possa negar que o conceito de inconstitucionalidade se afigura indissociável da idéia de sanção, é evidente que a redução da inconstitucionalidade à nulidade prepara obstáculos aparentemente intransponíveis no plano dogmático.*

Nem se há de pretender que tal relação seja apreciada, exclusivamente, à luz de pressupostos teóricos e deduções lógicas. Os próprios sistemas de controle de constitucionalidade fornecem elementos para uma aferição diferenciada da invalidade de lei inconstitucional. O simples cotejo das diferentes fórmulas dogmáticas adotadas pelos ordenamentos constitucionais de diversos países está a indicar que a nulidade não é uma conseqüência lógica da inconstitucionalidade – conclui.

Apesar das observações feitas por Rui Barbosa, Hans Kelsen e Gilmar Mendes, indaga-se: reconhecida a inconstitucionalidade, os atos ocorridos na vigência da Lei e agora atingidos pela declaração, serão nulos, anuláveis ou inexistentes?

Objetivando maior clareza de raciocínio, partamos dos conceitos destes três tipos de atos para, em seguida, discutirmos as suas conseqüências ou efeitos.

Para Miguel Reale em suas **Lições Preliminares de Direito**³⁹², são *Atos Nulos* os que

*carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais”, enquanto que por **Atos Anuláveis** devem-se entender como sendo “os que se constituem em desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do Ato, mas sim, a sua eficácia, tornando-os inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhes deveriam corresponder. Daí dizer-se, com terminologia a ser empregada com o devido critério, que os atos nulos são eivados de **nulidade absoluta**,*

³⁹⁰ São Paulo: RT, 1968. p. 106.

³⁹¹ *Op. cit.*, p. 15.

³⁹² São Paulo: José Bushatsky, p. 235-236.

*enquanto que os anuláveis padecem de **nulidade relativa**. O certo é que os segundos podem ser sanados ou ratificados, através de processos que variam segundo a natureza da matéria disciplinada.*

Por fim, e ainda para Reale, são *Atos Inexistentes* (alguns autores os equiparam aos nulos) aqueles que

*carecem de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda **in fieri**, devendo ser declarada a sua **não significação jurídica** se alguém o invocar como base de sua pretensão.*

A utilização dos conceitos acima, ao lado da natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade – *declaratória ou constitutiva* – determinarão os efeitos que decorrerão da própria decisão.

Assim, identificando a natureza de *ato inexistente*, a decisão será *declarativa*, com efeitos retroativos à data em que se deu a elaboração da Lei – *efeitos ex tunc*. É como se nunca tivesse existido a lei (ou ato), por lhe faltar o elemento constitutivo a que denominamos de *adequabilidade ou obediência* à Constituição, quer quanto ao aspecto material, quer quanto ao aspecto formal.

Se, ao contrário, identifica-se uma natureza de *ato anulável* e a decisão tem em si um conteúdo *constitutivo*, os efeitos da inconstitucionalidade serão *ex nunc ou pro futuro*.

A primeira destas posições, no Brasil, tem o apoio, dentre outros, de Carlos Maximiliano, Francisco Campos, Fernando Whitaker da Cunha, enquanto que nos Estados Unidos da América do Norte a ela se filia James Bryce no clássico estudo **El Gobierno de los Estados Unidos en la Republica Norteamericana**³⁹³, todos entendendo que a lei ou ato declarados inconstitucionais não poderão servir de base a direito de espécie alguma.

A propósito, escrevia Francisco Campos, citado por Ronaldo Poletti no livro **Controle da Constitucionalidade das Leis**³⁹⁴:

Um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.

³⁹³ Madrid, p. 54.

³⁹⁴ Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 109-110.

Discutidos os conceitos acima, apresentemos a questão com outras palavras: *qual o instante a ser atingido pela Declaração de Inconstitucionalidade na Ação Direta?* A data da declaração de inconstitucionalidade, ou a data em que a lei ou ato objeto da decisão entra em vigor?

A matéria oferece diferentes implicações e consequências quando a *decisão incidental* é proferida pelo STF, em virtude da competência atribuída ao Senado Federal para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” (CF, art. 52, X).

Se, ao invés, embora ainda se trate de julgamento incidental, a decisão foi proferida pelo juiz de primeiro grau (que não aplicou a lei) ou por Tribunal de segundo grau.

Nesta segunda situação, se não houve recurso extraordinário ao órgão máximo do Poder Judiciário e a decisão incidental transitou em julgado, a sentença valerá como lei para aqueles que participaram da relação processual (efeitos *inter partes*). Faz-se a coisa julgada. O ato contestado é como se não tivesse existido e tudo voltará ao *status quo ante*, ou seja, àquele quadro existente quando do início de vigência da lei invocada como fundamento do pedido não apreciado ou não aceito pela decisão. Retornam às partes à situação originária, já que, para alguns, inexistente a lei (por ser inconstitucional), inexistentes seus efeitos.

Na hipótese em que a decisão, mesmo sob a forma incidental, foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a situação é outra.

Em monografia intitulada **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**³⁹⁵ Regina Maria Macedo Nery Ferrari escreve que

a eficácia no tempo da decisão que decreta a inconstitucionalidade adquire importância ímpar no caso da via de ação direta, quando examinada a lei em tese, seus efeitos se estendem erga omnes, já que o que se discute é se estes se limitam ao futuro (ex nunc) ou se operam retroativamente (ex tunc).

Após lembrar, como o faz Capelletti, que existem dois sistemas (o norte-americano e o austríaco), recorda a autora que pelo primeiro (americano),

³⁹⁵ 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 134.

a norma contrária à norma superior é tida como sendo absolutamente nula, apresentando tal sistema um caráter meramente declaratório, isto é, a sentença que declara a inconstitucionalidade reconhece uma nulidade preexistente, já que ocorre desde o início, a partir do momento de elaboração da norma. Aqui, a eficácia da sentença declaratória opera retroativamente, já que sendo a lei nula ab initio, não pode gerar efeitos.

*No sistema austríaco, a Corte Constitucional não declara a nulidade da lei, mas sim a sua anulabilidade, vale dizer, enquanto não houver pronunciamento neste sentido, a lei é válida e, portanto, obrigatória, reconhecendo que a eficácia constitutiva da sentença se inconstitucionalidade opera para o futuro (ex nunc)*³⁹⁶.

Em nosso entendimento, se a lei é *nula* (para alguns é *inexistente*), a situação a ser atingida pela inconstitucionalidade é aquela referente ao momento em que a norma *entrou em vigor*, e não aquela em que se proferiu a sentença de inconstitucionalidade, pelo que os efeitos retroagem e, evidentemente, se protraem, produzindo, assim, efeitos *ex tunc* e *ex nunc*.

Uma análise feita na Jurisprudência de nossos Tribunais aponta no sentido de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, *retroagem e se protraem*, exatamente por entenderem que a Lei viciada, é *Lei Nula ou Inexistente* e, portanto, não criam direitos nem deveres.

Assim, o Tribunal de Justiça do Paraná, Órgão Especial, no **Ac. 940**, decidiu³⁹⁷ que

Um ato inconstitucional não é lei, não confere direitos, não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É juridicamente considerado como se nunca tivesse existido. Uma lei inconstitucional é nula de pleno direito, antes e depois de declarada a sua inconstitucionalidade, o que legitima a recusa da autoridade a cumpri-la (Súmulas 346 e 473).

No mesmo sentido, o antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR – por decisão do Pleno entendeu que

os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são ex tunc, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acoimado da-

³⁹⁶ *Op. cit.*, p. 135-136.

³⁹⁷ J. em 16.09.1988.

*quele vício; por isso, a revogação da lei não impede que seja decretada a sua inconstitucionalidade*³⁹⁸.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, até poucos anos, orientava-se na mesma direção, ou seja, de reconhecer efeitos *ex tunc* às decisões prolatadas tanto em *controle concentrado*, como em *controle incidental*.

Na hipótese em que reconhece *efeitos ex tunc* em julgamento incidental, mencione-se o **Recurso Extraordinário 35.370-PR**³⁹⁹, Rel. Min. Cunha Vasconcelos, enquanto que no caso de via direta, veja-se o voto proferido em Questão de Ordem na **Ação Direta de Inconstitucionalidade 652-5** – Maranhão, ano 1992⁴⁰⁰, pelo Ministro-Relator Celso de Mello.

Recurso Extraordinário n.º 35.370:

Recorrente: Pinho, Guimarães S.A.

Recorrido: Estado do Paraná.

Ementa

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive, os atos do passado praticados com base nessa lei.

Diz a citada **ADIN 652-5**:

Requerente: Procurador-Geral da República.

Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão.

Ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Controle Normativo Abstrato – Natureza do Ato Inconstitucional – Declaração de Inconstitucionalidade – Eficácia Retroativa – O Supremo Tribunal Federal como Legislador Negativo – Revogação Superveniente do Ato Normativo Impugnado – Prerrogativa Institucional do Poder Público – Ausência de Efeitos Residuais concretos. Prejudicialidade.

- O repúdio do ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem

³⁹⁸ RTFR 129/75.

³⁹⁹ J. em 15.01.1960.

⁴⁰⁰ Publicado no DJ de 02.04.1993, p. 5.615. Leia-se a íntegra do voto, no **Ementário** 1.698-03, p. 610-624.

jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

- A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

- A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo (destaques no original).

O acórdão trata ainda de outros aspectos que, entretanto, não dizem respeito ao tema aqui tratado.

Antes de concluirmos, contudo, vejamos o que acontece com a *Liminar e os seus efeitos*.

Derivada do latim *liminares*, de *limen*, significando limiar, soleira, entrada, porta, o vocábulo pertence à família do termo *limes*, *limitis*, linde, fronteira, limite⁴⁰¹, a *Liminar* é, sem dúvida, um dos instrumentos postos à disposição daqueles que recorrem ao Poder Judiciário, no sentido de fazer efetiva uma posterior decisão que, não amparada por aquela, correria o risco de tornar-se inócua.

Para Othon J. M. Sidou⁴⁰², “a liminar é medida administrativa de juízo, não se condiciona a requerimento da parte e só é tomada no

⁴⁰¹ BETINA RIZZATO LARA, *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 20.

⁴⁰² “Habeas Data”, Mandado de Injunção, “Habeas Corpus”, Mandado de Segurança, Ação Popular – As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, segundo a Nova Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 230.

exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença", enquanto que R. Reis Friede⁴⁰³, na mesma linha, escreve que

*a medida liminar pode ser conceituada como o provimento administrativo cautelar, fundado no poder discricionário do Juiz, admitido sempre que se destaquem relevantes e urgentes os fundamentos do pedido, em mira da qual estará um ato ou omissão capaz de balidar o pronunciamento judicial definitivo que se reconheça, a final, o direito do impetrante no Mandado de Segurança, do Requerente na Medida Cautelar (Ação Cautelar) ou do Autor na Ação Popular e na Ação Civil Pública*⁴⁰⁴.

No caso de *Ação Direta de Inconstitucionalidade* os efeitos temporais da concessão de Liminar não oferece maiores problemas doutrinários nem jurisprudenciais, visto que, como escreve José Carlos Barbosa Moreira no estudo *A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil*⁴⁰⁵

em geral, a eficácia suspensiva dessa medida cautelar é ex nunc; se, porém, a norma impugnada é das que produzem efeito instantâneo (como a que desconstitui situações pretéritas), mas com repercussão para o futuro, dá-se eficácia ex tunc à liminar.

Neste sentido, veja-se a **ADIN 037-A** – Medida Liminar – UF: DF, Rel. Min. Moreira Alves⁴⁰⁶:

Requerente: Procurador-Geral da República.

Requeridos: Presidente da República, Cong. Nacional e TRF 2ª região.

Ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispositivos impugnados por admitirem a ascensão, o acesso, a progressão ou o aproveitamento como formas de provimento de cargos públicos.

Ocorrência, no caso, de relevância jurídica e de conveniência da suspensão de eficácia requerida.

⁴⁰³ Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 49.

⁴⁰⁴ É necessário não confundir a Liminar com a Tutela Antecipada introduzida no sistema processual brasileiro pela Lei 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil.

⁴⁰⁵ As Garantias do Cidadão na Justiça, Coord. do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sarai-va, 1993, p. 13.

⁴⁰⁶ Diário da Justiça, 21.04.1993, p. 6.919.

Pedido liminar deferido, suspendendo-se, "ex nunc", a eficácia do art. 4º da Lei 7.107, de 1988, e da Lei 7.719, de 1989, do art. 10 da Lei 7.727, de 1989, do art. 17 da Lei 7.746, de 1989, dos arts. 8º, III, e das expressões "ascensão e acesso" do art. 10, § único, "acesso e ascensão" do art. 13, § 4º, "ou ascensão" e "ou ascender" do art. 17, e do inc. IV do art. 33, todos da Lei 8.112, de 1990, bem como dos arts. 3º, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 do ato Regulamentar 1, e do art. 2º, II, "a" da Resolução 14, ambos de 1992, editados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O posicionamento adotado na decisão referida tem sido – como se disse – pacífico no Supremo Tribunal Federal, pelo que não há nada a ser acrescentado quanto à matéria.

3.2 A EC 45/04 e as influências no Controle de Constitucionalidade

Em livro intitulado **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**⁴⁰⁷, Athos Gusmão Carneiro escreve que

os recursos, como sabido, podem ser classificados em recursos comuns e recursos extraordinários. Sem maior análise doutrinária, poder-se-á dizer que os recursos comuns respondem imediatamente ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu; como regra geral, assim, fundamental para a admissão do recurso é apenas o fato da sucumbência, em determinados casos exigindo-se um plus, como, v. g., a existência de voto divergente como pressuposto ao cabimento de embargos infringentes do julgado oponíveis contra acórdão.

O recurso extraordinário, no direito 'brasileiro', – prossegue – sempre foi manifestado como recurso propriamente dito (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado imediatamente no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição da Constituição e da lei federal; apenas mediadamente visa a tutela do interesse do litigante. Tem, pois, um caráter político, como bem observou Enrique Vescovi (Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamerica. Buenos Aires, Depalma, 1988).

O interesse privado do litigante funciona, então, mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, to-

⁴⁰⁷ 4. ed. atual., inclusive em conformidade com a Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2-3.

davia, liga-se à existência de uma **questão federal** constitucional ou infraconstitucional, à defesa da ordem jurídica no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu Pontes de Miranda, a '**inteireza positiva**', a '**autoridade**', a '**validade**' e a '**uniformidade de interpretação**'.

Adiante, prossegue Athos Gusmão Carneiro afirmando:

Com a promulgação da vigente Constituição Federal, o recurso extraordinário previsto no sistema constitucional anterior foi desdobrado em recurso extraordinário 'stricto sensu' – RE e recurso especial – Resp., aquele destinado precipuamente à tutela das normas constitucionais nos casos de 'repercussão geral', e com julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (CF, 102, III); este, o recurso especial, voltado à tutela da lei (ou tratado) federal, com julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III).

Uma simples leitura do texto da EC 45/04⁴⁰⁸, leva-nos à conclusão que, de certa forma, e na linha do que vem ocorrendo desde a EC 3/93 (criação da ADC e da ADPF), ao invés de marchar no sentido de *desafogar* o número de processos que são submetidos à Corte, evidentemente que por determinação constitucional, solidificou tendência em sentido contrário, ou seja, de ampliação da competência do STF, pelo que se verifica da nova alínea (d) acrescida ao art. 102, III.

Esta é a lição de José Miguel Garcia Medina⁴⁰⁹:

A Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004 alterou significativamente as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial.

*Manteve-se, em linhas gerais, a regra de que o recurso extraordinário é cabível quando houver, na decisão recorrida, **questão constitucional**, e recurso especial se se tratar de **questão federal**, isto é, questão relacionada a tema de direito federal infraconstitucional. Segundo a nova redação dos arts. 102, III, d, e 105, III, b, no entanto, a questão relativa à validade de lei local contestada em face de lei federal passa a ser considerada **questão constitucional**, e não questão federal, como ocorria antes da referida reforma. Neste*

⁴⁰⁸ Na verdade, a EC 45/04 é fruto da cisão da PEC 29/00, sendo que a outra parte (PEC 29-A), na data em que escrevemos este texto, encontra-se na Câmara dos Deputados para ser apreciada.

⁴⁰⁹ **O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu procedimento.** 4. ed. rev. e atual., de acordo com a EC 45/04. São Paulo: RT, 2005, p. 132.

caso, se está diante de questão constitucional complexa indireta, consoante se analisará de modo mais aprofundado adiante.

*O art. 102, § 3º, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que 'no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros'. Assim, precisará o recorrente demonstrar que o tema constitucional discutido no recurso extraordinário tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral. Pode-se dizer, desse modo, que, para a admissibilidade do recurso extraordinário, a questão constitucional deverá ser **qualificada** pela característica indicada no art. 102, § 3º da Constituição Federal.*

O texto trazido à colação, apesar de longo, teve a intenção e a vantagem de levantar, em síntese, todas as questões que serão objeto das análises a seguir, quando, se diga desde logo, teremos que recorrer à História de nosso constitucionalismo, principalmente, à EC 7/77, para melhor tentarmos entender o conteúdo da qualificativa "*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*".

3.3 O art. 102, III, "d" da Constituição Federal: o Recurso Extraordinário⁴¹⁰

Em última análise, o *Controle Incidental ou Difuso da Constitucionalidade* no sistema brasileiro⁴¹¹, tem como único caminho para chegar ao STF, o denominado *Recurso Extraordinário*⁴¹², o qual, ao

⁴¹⁰ O Recurso Extraordinário traz várias questões a serem debatidas, sendo a principal delas, atualmente, a questão da *Repercussão Geral*, tratada de forma separada em capítulo próprio neste livro e para o qual remetemos os leitores.

⁴¹¹ Veja-se, a propósito, as considerações que são feitas por Arruda Alvim em seu **Manual de Direito Processual Civil – Vol. 1 – Parte Geral** (9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 170-200).

⁴¹² A bibliografia a seguir, mesmo anterior à EC 45/2004, serve para esclarecer diversos pontos relacionados ao instituto: RAUL ARMANDO MENDES, **Da Interposição do Recurso Extraordinário**. São Paulo: Saraiva, 1984; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.), **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 1997; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.), **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991; MARIA STELLA VILLELA SOUTO LOPES RODRIGUES, **Recursos da Nova Constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997; JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1963; SAMUEL MONTEIRO, **Recurso Especial e Extraordinário**. São Paulo: Hemus, 1992; SAMUEL MONTEIRO, **Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância**.

longo de nossa História, desde sua introdução com a Proclamação da República, tem sofrido diversas configurações.

Analisando-o, Castro Nunes em seu clássico livro **Teoria e Prática do Poder Judiciário**⁴¹³ quando em capítulo intitulado *Do Recurso Extraordinário (1. Razão de ser do recurso extraordinário)*, escreve que

a necessidade de uma instância de superposição com autoridade constitucional para cassar os julgados tresmalhados da observância da lei e imprimir à jurisprudência uma direção uniforme não é peculiar aos regimes federativos, embora tenha nestes maior alcance e significação, porque da partilha de poderes entre a União e os Estados resulta um problema que nos Estados unitários não existe, o da legislação e jurisdição separadas, levando à possibilidade de colisões que, sem aquele controle supremo, ficariam sem remédio, reduzidas a letra morta a Constituição e as leis federais e comprometida a segurança dos direitos, a paz social e a existência mesma da União.

Ninguém o disse melhor, entre nós, do que o eminente sr. Epitácio Pessoa, então ministro do Supremo Tribunal: 'Reconhecida a soberania da União e proclamada a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República, forçoso é colocar essas leis sob a proteção de um tribunal federal que lhes possa restabelecer a supremacia quando desconhecida ou atacada pela magistratura dos Estados. Conferir às justiças independentes de 21 Estados autônomos o direito de julgar sem recurso da validade ou aplicabilidade dos atos do Poder Legislativo da Nação seria lançar a maior confusão e obscuridade na legislação, enfraquecer as garantias que ela proporciona às liberdades individuais, perturbar as relações que ela regula e por último quebrar a unidade nacional, que encontra na unidade do direito um dos seus mais sólidos esteios'.

A essa consideração superior cede o princípio da autonomia estadual. Na colisão entre um e outro, entre a autoridade judicante dos Estados e a necessidade de preservar a autoridade, a eficácia e a unidade do direito federal, prevalece este último princípio, que tem no recurso extraordinário o instrumento adequado àqueles fins e

exterioriza, na esfera judiciária, a supremacia da União no mecanismo federativo.

*No atual regime, a redução do federalismo, a preponderância acusada dos fins nacionais no arranjo federativo, a unificação judiciária no plano estadual, a dilatação da esfera legislativa da União assinam ao recurso extraordinário um sentido político ainda mais expressivo e uma compreensão muito mais vasta do que sob as anteriores Constituições*⁴¹⁴.

A análise da evolução histórica do *Recurso Extraordinário* em nosso sistema, não é possível ser examinada em sua inteireza, pois iria além dos limites de nossos objetivos neste momento⁴¹⁵. Assim, com base em José Afonso da Silva, traremos à colação seus primeiros instantes, sobre os quais afirma o referido autor⁴¹⁶:

*Proclamada a República brasileira e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do Direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao velho writ of error do Direito anglo-americano*⁴¹⁷. *Traduziu-se, quase literalmente, as disposições do Judiciary act e leis posteriores, que regulavam o instituto. Desprezou-se o recurso de revista do Direito luso-brasileiro, que a Constituição Política do Império acolhera no seu art. 164, n. 1, quando estipulou que, ao Supremo Tribunal de Justiça, criado no art. 163, competia conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinasse*⁴¹⁸, *e que se destinava "à defesa da lei em tese e ao respeito do seu império, de seu preceito abstrato, indefinido,*

⁴¹⁴ *Op. cit.*, p. 310. Vale lembrar a data da edição do livro, ou seja, 1943, mas que não retira a atualidade da lição. Aconselhamos a leitura de todo o capítulo de Castro Nunes, até porque ele faz incursões pelo Direito Estrangeiro e *Recursos Similares*, apontando as diferenças entre o nosso Recurso Extraordinário, o *recurso de cassação (pouvoir de cassation)*, com a revista e com a ação rescisória.

⁴¹⁵ Sobre os aspectos históricos e os modelos estrangeiros, consultem-se: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11.01.1973) Vol. V (arts. 476 a 565)*. 12. ed. rev. e atual. (inclusive de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional 45). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 577-628; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro* (São Paulo: RT, 1963, p. 3-114), bem como Osmar Mendes Paixão Côrtes, *Recurso Extraordinário - Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro* (Rio de Janeiro: Forense, 2005).

⁴¹⁶ *Op. cit.*, p. 29-30.

⁴¹⁷ Vale lembrar que todo o nosso modelo constitucional de 1891 foi diretamente influenciado pelo modelo americano, graças às concepções de Rui Barbosa.

⁴¹⁸ Ver Regulamento 737 de 1850, arts. 665 e 667. Observação feita pelo autor no seu texto, em pé de página.

2. ed. São Paulo: Hemus, 1988, ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *Teoria e Prática do Recurso Extraordinário Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1977; IRINEU ANTÔNIO PEDROTTI, *Recursos Constitucionais*. São Paulo: Leud, 1991. Veja-se neste capítulo comentário sobre a Lei 11.417 (*Súmula Vinculante*) e em capítulo próprio, *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - Lei 11.418*. Ambas as leis são de 19.12.2006.

⁴¹³ Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 309-310.

sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes”, Ora, até certo ponto, é essa também a destinação do *Writ of error* e do nosso Recurso Extraordinário.

Já tínhamos, portanto – continua José Afonso –, na tradição do Direito nacional, um recurso que, devidamente adaptado às necessidades da Federação, poderia transformar-se no atual Recurso Extraordinário, sem precisar recorrer ao Direito Americano. Mas, na época, as instituições americanas constituíram-se em modelo para as brasileiras. É compreensível que se tenha de lá tirado, também, o Recurso Extraordinário. Transplantou-se o recurso, mas não se podia transplantar uma tradição jurisprudencial e doutrinária que, na América do Norte, lhe dera base segura e aprimorada, para a Federação americana. E, como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista⁴¹⁹.

Deixando de lado a História do Recurso Extraordinário (em razão de nossos limites neste estudo), a vigente Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, com a redação dada pela EC 45/04, assim prescreve sobre o instituto:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – ...

II – ...

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida⁴²⁰:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁴²¹.

Na linha do que se disse acima – amplitude da competência do STF e redução da competência do STJ – afirma Flávio Corrêa Tibúrcio⁴²² que

⁴¹⁹ Sobre *Recepção Legislativa ou Circulação de Modelos*, veja-se nosso livro *Direito Constitucional Comparado – vol. I – Teoria do Direito Comparado. Introdução. Teoria. Metodologia*. 2. ed. totalmente rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, cap. VI.

⁴²⁰ Grifo nosso.

⁴²¹ Alínea acrescentada pela EC 45, de 08.12.2004 e publicada no DOU em 31.12.2004.

a EC 45/04 [...] faz novo agrupamento das hipóteses de cabimento, passando a cometer àquele a apreciação e o julgamento, via recurso extraordinário, do inconformismo surgido em face de decisão que julgou válida lei ou ato de governo local contestado **em face da Constituição Federal** (art. 102, III, c da CF/88, que não sofreu alteração) ou também da irresignação advinda de **decisum** que julgou válida lei local **em face de lei federal** (art. 102, III, d, acrescido pela EC 45/04). Observe-se que a contraposição à lei federal só será analisada pelo STF se a contrariedade advier de decisão cuja fundamentação está baseada em lei local, não se admitindo o recurso extraordinário quando a preterição for fulcrada em **ato de governo local**, situação mantida na competência do STJ, III, b).

[...] Doravante, se o que se confronta com a Constituição ou com lei federal é ‘lei local’, a competência para julgamento é do STF, mediante recurso extraordinário (lembre-se que o ‘ato de governo local’ contestado em face da Constituição continua a autorizar recurso extraordinário – art. 102, III, c); se se trata de ‘ato de governo local’ em contraposição a lei federal, cabe recurso especial, ao STJ.

[...] Nesses casos em que a decisão local funda-se em ato de governo local contestado em face de lei federal, dá-se o que a doutrina convencional chama de ‘contencioso constitucional’.

Zélio Maria da Rocha (A Reforma do Judiciário – Uma avaliação jurídica e política. Comentários à Emenda Constitucional 45/04⁴²³), referindo-se exatamente à alínea d, art. 102, III, escreve que

esse fundamento para o recurso extraordinário dava, na redação original da Constituição, ensejo à interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (antigo art. 105, III, b). Altamente questionável a bipartição feita pela emenda, porque, quando se tratar de lei local em face de lei federal, poderá ser aviado o recurso extraordinário; outro ato local em face da mesma lei federal dará ensejo ao recurso especial.

Em seguida, afirma:

A Constituição especificou, de forma clara, que competia ao Supremo Tribunal Federal funcionar como guardião maior da Constituição Federal e encarregou o Superior Tribunal de Justiça da função

⁴²² A Reforma do Judiciário e o novo Recurso Extraordinário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6137>>. Acesso em: 11 jan. 2005. Grifos no original.

⁴²³ São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57-58.

de ser o órgão máximo da Justiça brasileira quando o tema fosse o direito infraconstitucional federal não especial (excluídos, portanto, os direitos trabalhista, eleitoral e militar).

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, entregou-se ao recurso especial a função de preservar a lei federal, e ao recurso extraordinário restou apenas o debate de índole constitucional, reservada evidentemente sua competência originária, que tem fundamentos diversos.

A alteração trazida com a Emenda 45/04, segundo entendo, foi um retrocesso injustificável, até mesmo contrariando a idéia motora da reforma, que é a de desafogar o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante isso, a alteração foi feita, e agora ao Supremo Tribunal Federal compete a preservação da Constituição Federal e da lei federal quando houver discussão devido a lei local.

*Preservou-se para o Superior Tribunal de Justiça apenas ato de governo local que não seja de caráter legislativo*⁴²⁴.

Ponto que foi objeto de inúmeros debates por parte de doutrinadores nacionais, diz respeito ao efeito vinculante proferido nas decisões de *Controle Concentrado*, valendo lembrar que, no difuso, tal se dará por meio da *Súmula Vinculante*.

Oportuno, portanto, que se veja o tratamento dado à matéria, em ordem cronológica:

- a) pelo art. 103, § 2º, na redação dada pela EC 3/93, só a *Ação Declaratória de Constitucionalidade* era portadora de eficácia contra todos e efeito vinculante;
- b) a Lei 9.868/99 (art. 28, parágrafo único) estendeu tais efeitos à ADIN – *ação direta de inconstitucionalidade* o que, em nosso entender, não poderia tê-lo feito;
- c) a EC 45/04 ao art. 102, § 2º, determinou que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, 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*”.

⁴²⁴ *Op. cit.*, p. 58. Itálico do texto final, nosso.

Com este alargamento propiciado pela EC 45/04 afastou-se qualquer possibilidade de dúvidas quanto à inconstitucionalidade de que era portador o art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, enquanto que, por outro lado, aumentou-se e em muito, o poder concentrador do Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento das *Ações de Controle Concentrado*.

4 ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Antes de enfrentarmos alguns comentários à Lei 11.417/06, existem questões às quais poderíamos denominar de prévias e conceituais a ser esclarecidas, e sobre as quais, de forma sintética, mas profunda, Roberto Rosas na *Introdução* do seu livro *Direito Sumular – Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça*⁴²⁵, depois de fazer uma curta referência histórica, escreve:

*No processo normativo há a produção da norma, e sua aplicação. São duas atitudes diferentes, porque, ainda seja importante a relação entre essas duas funções, a primeira surge da técnica legislativa, dentro do processo legislativo, que, além de longo capítulo constitucional, ainda depende de regras internas de elaboração das normas (por exemplo, o manual de redação); a segunda etapa é a aplicação da norma pelo jurista. Este estará diante do dilema ontológico: ser apenas receptor passivo ou, então, integrante da elaboração do direito? O art. 5º da Lei de Introdução não abandona o magistrado, e o ampara, numa colaboração na aplicação do direito, porque ele se socorrerá dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum (Tércio Sampaio Ferraz Junior, **Direito, Retórica e Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68)⁴²⁶.*

Prosseguindo, leciona o autor:

Veremos, adiante, as várias etapas do processo decisório judicial, e a importante função dos julgados anteriores – que têm várias denominações, como acórdão, precedente, jurisprudência, súmula e direito sumular.

Que é acórdão? É a concentração de um julgado. É a forma material da expressão da decisão judicial.

⁴²⁵ 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
⁴²⁶ *Op. cit.*, p. 11-12.

Que é o precedente? É uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras. Não é compulsória, apenas norteará o futuro julgador a seguir àquela decisão. Serve de informação, de simplificação de trabalho. Não é obrigatório.

Que é a jurisprudência? Significa mais do que o precedente. Pode, até, ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal em sessão plenária, ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará a jurisprudência. É claro, que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados.

Que é a súmula? Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação (v. voto do Min. Carlos Mário Velloso sobre conceito de súmula, na ADIn 594, RTJ 151/20).

Que é direito sumular? É o reflexo do direito emanado de súmulas de um tribunal.

Concluimos, então, que não importa o nome quando o tribunal fixa entendimento e diretriz. É a chamada força vinculante da decisão, pouco importa o nome – orientação precedente, jurisprudência, súmula. Como afirma Calmon dos Passos – seja o que, obriga (**Revista do TRF da 1ª Região**, v. 9, n. 1, p. 163), porque repugnam decisões diversas, baseadas em interpretações diversas, sobre a mesma regra jurídica. Como observa a Ministra Ellen Gracie Northfleet, a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma ('Ainda sobre o efeito vinculante', **Revista de Informação Legislativa**, n. 131, p. 133). Há conteúdo compulsório em tudo isso e, portanto, a obediência a essas decisões, por todos os níveis⁴²⁷.

⁴²⁷ *Op. cit.*, p. 12. Grifos nossos. Permita-nos uma observação ao que foi escrito pela Ministra Ellen Gracie Northfleet no sentido de que "a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma".

Só em parte tem razão Sua Excelência. Algumas vezes, apesar de aparente repetitividade, pode ser trazida aos autos uma nova tese, sobretudo de natureza constitucional, que poderá ser levantada em qualquer momento, instância ou Tribunal.

Em nossa experiência de Advogado, nos autos do processo em que era discutido o Direito Adquirido à aposentadoria de alguns Juizes Classistas, levamos à tribuna, na sustentação oral, um aspecto que ainda não tinha sido abordado por nenhum advogado nem Ministro do TST nem do STF, qual seja, o de que houve de 48 h. entre a perda da eficácia da Medida Provisória e sua reedição. Era, portanto, um fato mais que novo. Era de natureza constituio-

A lição que nos é dada por Roberto Rosas é de tanta valia que continuamos dando-lhe a palavra para outras considerações:

Dirão: mas há liberdade do juiz em decidir! Verdade. Mas o verbete de uma súmula, somente será decisivo depois de muito debate – por isso foi sumulado. A liberdade judicial, apanágio do Estado Democrático, dirige-se às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto. Ai sim, o juiz, com sua livre decisão, prestará notável serviço à justiça⁴²⁸.

E prossegue:

Quais são os percalços da súmula?

A súmula pode ser perigosa, se elaborada com defeito. A lei também, e há leis inconstitucionais, e decretos ilegais. A súmula poder ser mal redigida? A lei também.

O que é sumulado? Somente teses controvertidas, e não de textos legais eventuais (por exemplo, tributação anual). A súmula pode não adotar a melhor tese, mas oferece norte e segurança, ao contrário da vacilação de julgados, ora numa corrente, ora noutra direção.

A súmula sofre o mesmo processo da legislação, isto é, alteração por nova interpretação e, principalmente, nova legislação, alterando aquele enunciado. Hoje notamos essa influência com o novo Código Civil (de 2002) que altera várias súmulas do STF (Súmula 165: compra pelo mandante, alterada pelo art. 497; Súmula 494: venda do ascendente ao descendente, art. 496; Súmula 377: comunhão de aquestos, art. 1.672, todos do CC-2002).

A importância da súmula está consagrada.

A Lei 8.038/90 (art. 38) permitiu negar seguimentos a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal (CPC, art. 557). No art. 475, § 3º do CPC (redação de Lei 10.352, de 26.12.2001) não há sujeição ao duplo grau de jurisdição, nas sentenças de interesse da União, Estado, Município, se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou do tribunal superior competente.

nal. Feita a sustentação e a demonstração, indiferente o Relator continuou a leitura do voto previamente preparado por seus assessores, apenas acrescentando esta bela lição de Direito Constitucional: "Os advogados (sic) têm que acabar com esta mania de Constituição. Quem desejar falar dela, que vá para o outro lado da praça".

Pedindo a palavra o Min. Francisco Fausto, teceu algumas considerações elogiosas sobre o Advogado que estava à Tribuna, inclusive, a de que "se tratava de seu conterrâneo", quando, já agora outro Ministro, em aparte, respondeu: "Pois é, o Advogado é tudo isto que Vossa Excelência diz, mas não é Ministro. Aqui vale a nossa vontade".

⁴²⁸ *Idem*, p. 13.

*Questão muito debatida, e extremada de opiniões, é a da súmula vinculante. O que significa?*⁴²⁹.

O processo de elaboração de uma súmula é exaustivo, depende da existência de pronunciamento único (mas expressivo⁴³⁰) ou então da reiteração. O debate sempre foi longo, até a edição. Para a vinculação dessa súmula a julgados futuros há necessidade de processo especial, de maior debate, porque aquele verbete será aplicado automaticamente. Então, a chamada *súmula vinculante* não pode ser, e, acredito, não será fruto de uma decisão aligeirada, rápida, e, muito menos, será a vinculação de qualquer decisão de um tribunal. Não basta o Supremo Tribunal reunir-se, decidir, que automaticamente todas essas decisões serão vinculantes. Se as súmulas atuais decorrem de um lento e burocrático procedimento, imagina-se mais ainda para a súmula vinculante.

Ao lado dessa expressão, outra aparece – a *súmula impeditiva de recursos*, isto é a impossibilidade de interposição de recurso se a decisão recorrida estiver apoiada em súmula do Supremo Tribunal. Esta hipótese minora a recorribilidade contra orientação assentada do STF; no entanto, permite ao juiz discordar da súmula do STF. O juiz pode não aplicar-la, ao pretexto de não se adequar à hipótese, de ser outra a matéria; no entanto, parece total inversão hierárquica a não-vinculação.

O efeito vinculante já foi consagrado na Emenda Constitucional 3/93, ao estabelecê-lo, quanto às decisões definitivas de mérito, nas ações declaratórias de constitucionalidade (nova redação do art. 102 da CF, acrescentando o § 2º).

As lições trazidas por Roberto Rosas *de forma sintética, mas profunda*, deu-nos todo o instrumental necessário para a análise do texto positivo hoje em vigor.

5 O CARÁTER VINCULANTE (OU VINCULATÓRIO): PRIMEIRAS PALAVRAS

Em vários Congressos em que participamos desde o início dos debates da denominada *Reforma do Judiciário e Súmula Vinculante*, sempre afirmamos que se estava dando muita atenção ao que já existira

⁴²⁹ *Idem*, p. 13.

⁴³⁰ A transcrição de Roberto Rosas precisa ser conferida com o que está determinado na Lei 11.417/06. Assim, pela Lei sob análise, as súmulas só poderão ser editadas “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional...” (art. 2º).

no sistema constitucional brasileiro, em vários momentos de sua *História constitucional-processual*, ou seja, uma vinculação em alguns tipos de julgamento, dentre os quais, e de forma mais incisiva estava na *Emenda Constitucional 3/93*, ao criar a *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, dando-lhe como efeitos, a *vinculação e a obrigatoriedade quanto aos seus julgamentos*.

Como será visto em capítulos independentes, apesar disto, expúnhamos que a crítica que fazíamos não era contra o tipo de efeito, mas sim, contra o que estava contido na Lei 9.868, 10.11.1999 (DOU 11.11.1999), ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quando determinava em seu art. 28, parágrafo único que

a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O que sempre contestamos foi a possibilidade de estender-se este *efeito vinculante* por meio de lei ordinária, à *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, bem como à *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*, considerando-se que a CF (art. 102, § 2º) com a redação que lhe deu a EC 3/93 apenas falava em efeito vinculante com relação à ADC.

Desta forma, vale lembrar o texto do art. 102, § 2º acrescentado pela EC 3, de 17.03.1993:

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.

Repita-se: o comando constitucional não fazia qualquer referência de *efeito vinculante* para outra forma de controle de constitucionalidade. Este só haveria nas *Ações Declaratórias de Constitucionalidade*.

Desconsiderando esta importante opção do Poder Derivado de Reforma, a Lei 9.882/99 ao dispor sobre o processo e julgamento da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, determinou em seu art. 10 que

julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. (grifo nosso)

Em que pese entendermos válida a extensão desta consequência às ADINS (claro, em matéria constitucional), sempre insistimos sobre a necessidade de reconhecer-se uma *Inconstitucionalidade* em sua ampliação através de Lei ordinária.

Em outras palavras: *conferir efeito vinculante às ADIns e, se fosse o caso, às ADPFs, só poderia ser feito via Emenda Constitucional*, sobretudo porque expressamente, era a CF que dava tal efeito apenas às ADCs. Vale lembrar, que em relação as ADINs, na conformidade da EC 45/04 (art. 102, § 2º) esta extensão de efeitos foi feita, mas nenhuma alteração (repita-se) quanto às ADPFs.

Mesmo com esta clareza meridiana, mas já aí aplainando o terreno para as novas competências que certamente viriam com a EC 45/04, em julgamento proferido na *Questão de Ordem na Reclamação 1880*, o Supremo Tribunal Federal, em data de 06.11.2002, considerou constitucional a *ampliação dos efeitos prevista* no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 referido.

Naquele julgamento, é de destacar-se o posicionamento assumido pelo Min. Moreira Alves para quem

*a lei neste ponto é inconstitucional, como é inconstitucional o art. 27, que vai contra aquilo que é imanente ao nosso sistema, ou seja, que o efeito dessas declarações é desconstitutivo, tendo em vista a circunstância de que nós temos ao lado do controle concentrado, o controle difuso, e não é possível haver um controle com uma eficácia e outro com outra diferente quando eles visam, em última análise, ao mesmo objetivo*⁴³¹.

⁴³¹ Para facilitar o entendimento do leitor, transcrevemos o que determina a Lei 9.868/99, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de

O que sempre defendemos, veio com a EC 45/04, que ampliou o efeito *erga omnes e vinculante* para as *Ações Diretas de Inconstitucionalidade*, antes apenas conferido para as *Ações Declaratórias de Constitucionalidade* (EC 3/93 art. 102, § 2º).

Porém, vale a repetição: nada alterou em relação aos efeitos conferidos à ADPF (art. 101, § 1º inalterado pela EC 45/04).

5.1 Antecedentes normativos no Brasil

Voltemos ao ponto inicial, ou seja, aos *antecedentes do caráter vinculante*, com uma observação preliminar: o Direito Contemporâneo é tão dinâmico, amplo, que os diversos sistemas que compõem as *Famílias Jurídicas* são influenciados reciprocamente⁴³² pelo que não se pode mais pensar um instituto jurídico como sendo exclusivo do *Common Law* ou do *Civil Law*. Esta realidade explica a importância cada vez maior das análises sobre o fenômeno da *Recepção Legislativa*, tanto na perspectiva de um instituto *externo*, quanto *interno*.

Esta última é sempre ocorrente no instante em que há uma *substituição do sistema constitucional*, as normas e códigos anteriores a ele, quando não se chocam com o novel modelo constitucional agora em vigor, são *recepcionados*.

Na hipótese em que, ao contrário da anterior, há choque da nova Constituição com o ordenamento nacional, de inconstitucionalidade não se há de falar, visto que, em tal caso, ocorrerá a *automática revogação* da norma inferior, tal como sempre entendeu o Supremo Tribunal Federal.

Como se trata de constatar a *revogação*, e nunca de apreciar a existência, ou não, de *inconstitucionalidade*, exatamente por isto, não há que falar-se em *Reserva de Plenário* (art. 97, da CF), podendo recurso ser apreciado por órgão fracionário do Tribunal, como se vê no pronunciamento do Min. Celso de Mello, Relator no RE AgR 395.902/RJ, 2ª T., 07.03.2006.

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".

⁴³² Sobre o tema, consulte-se nosso livro *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia* (2. ed. totalmente rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) onde o tema está analisado em várias passagens, inclusive com apoio na melhor e mais atualizada Doutrina nacional e estrangeira.

É, exatamente, o segundo sentido que por enquanto há de nos preocupar, visto que, no primeiro, encontra-se o tema discutido no capítulo deste livro, intitulado *Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional: Principais Modelos. Uma Análise Comparada*.

A matéria tem sido objeto de várias análises⁴³³, sendo de destacar o que escreve Natacha Nascimento Gomes Tostes⁴³⁴, até certo ponto retomando temas que já foram tratados por nós, principalmente, no livro **Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia**. Neste sentido, escreve a mencionada autora que

na busca por segurança jurídica, pela garantia da isonomia perante a norma julgada, a par da igualdade diante da norma legislada, assim como diante da necessidade de se imprimir maior previsibilidade aos julgamentos, às interpretações jurídicas proferidas pelos tribunais, cresce a discussão em torno de precedentes com força vinculante no sistema brasileiro.

Não é estranho aos sistemas da civil law a adoção de precedentes vinculantes, constituindo hodiernamente preocupação mundial à uniformização da jurisprudência, havendo de se considerar, porém, que não se pode meramente realizar a "importação" pura e simples do sistema de precedentes anglo-americano, já que o direito brasileiro, os juristas brasileiros, a sociedade brasileira são diversos de seus pares ingleses e estadunidenses.

⁴³³ A matéria tem sido objeto de considerações por parte de vários autores, tais como, MÔNICA SIFUENTES, **Súmula Vinculante. Um estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005; DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ, **A Atividade Recursal Civil na Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Pillares, 2006; DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ, **Súmula Vinculante. Análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; SÍLVIO NAZARENO COSTA, **Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; ROGER STIEFELMANN LEAL, **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2006; NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES, **Judiciário e Segurança Jurídica. A Questão da Súmula Vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004; ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, **As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr., 2004; AUGUSTO CÉSAR MOREIRA LIMA, **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr., 2001; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

⁴³⁴ NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES, **Judiciário e Segurança Jurídica. A Questão da Súmula Vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 71. O texto da autora, como se verifica, é anterior à EC 45/04.

Em nota de pé de página, afirma:

Veja-se, conforme consta no capítulo anterior, os casos da Argentina, com previsão de efeito vinculante no corpo da legislação processual; da Alemanha, nos casos das decisões do Tribunal Constitucional; as previsões constitucionais das Cartas do México e de Cuba; a doutrina legal espanhola, e as decisões proferidas em sede de ADin e ADCon no direito brasileiro⁴³⁵.

Há um ponto a ser, de logo mencionado: existe uma unanimidade quanto à existência de antecedentes na História do Direito Brasileiro, a qual assiste a uma ampla divergência quando se busca, em cada autor, qual o exemplo mais remoto, o que nos obriga, simplesmente, a um rápido retrospecto, o mais simples possível, sobretudo porque, o objetivo principal desta análise é nos voltarmos para a Lei 11.417/06.

Assim, no tocante aos aspectos históricos do Direito Brasileiro, como o faz Roger Stiefelmann Leal no já citado livro **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. De acordo com a Emenda Constitucional 45/04**⁴³⁶,

buscar-se-á identificar, na evolução do constitucionalismo pátrio, institutos que, de algum modo, tenham por característica tornar impositivos a outros poderes e órgãos do Estado, exceto em relação ao Supremo Tribunal Federal, os fundamentos e interpretações subjacentes às decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional. O período em apreciação tem como termo inicial, a ordem constitucional instaurada em 1891 – quando foi introduzida, no direito brasileiro, a prática da jurisdição constitucional, mediante o emprego do modelo difuso de raiz norte-americana – e, como termos final, a instituição do efeito vinculante promovida pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993⁴³⁷.

Vale observar que com relação aos antecedentes, são sempre apontados, sobretudo, a Constituição de 1891, art. 59, § 2º, bem como o Decreto 23.055, de 09.08.1933⁴³⁸.

⁴³⁵ *Loc. e op. cit.* p. 71.

⁴³⁶ São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130-131. Embora adotemos o esquema apresentado por Stiefelmann Leal, não significa que ficaremos limitados às suas lições, mormente, quando partirmos para a análise de algum texto de natureza constitucional, ou não.

⁴³⁷ Vale lembrar que o período de promulgação da EC 3/93, bem como das Leis que regulamentam a ADIN, A ADC e a ADPF, foi objeto de considerações no item anterior.

⁴³⁸ A seguir dos próximos itens, partiremos da EC 45/04 até a Lei 11.417/06. No final do texto de Roberto Rosas, citado a seguir, a novos antecedentes até chegarmos à EC 45/04 e à Lei 11.417/06.

6 O ART. 103-A DA CF E A SÚMULA VINCULANTE

Tal como já foi dito até a EC 45/04 só era previsto, no texto constitucional, o caráter vinculante, para a *Ação Declaratória de Constitucionalidade*.

Pela Lei 9.868, 10.11.1999 (DOU 11.11.1999), ou seja, pela via infraconstitucional, foi aquele caráter ampliado para o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quando determinava em seu art. 28, parágrafo único que

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.

A inconstitucionalidade aí contida (como em outras oportunidades) ao invés de ser reconhecida, foi *posteriormente constitucionalizada* através da EC 45/04, tal como tivemos oportunidade de comentar em item anterior. Neste sentido, só para recordar, repetamos o texto (já citado), referente ao art. 102, § 2º, nos seguintes termos:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, 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.

Por outro lado, é de notar-se que a Constituição Federal, de há alguns anos, vem adotando o procedimento que já era comum em outros modelos constitucionais de inserir novos artigos, repetindo a numeração, só que acompanhada de um dígito alfabético.

Deste comportamento lançou mão a Emenda Constitucional 45/04, a denominada *Reforma do Judiciário*, determinando em seu art. 2º que “*A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A*”.

Em outras palavras: no art. 103-A *constitucionalizou* a denominada *Súmula Vinculante* (até então só se falava em efeito vinculante),

sendo que no art. 103-B definiu o *Conselho Nacional de Justiça*, enquanto que o art. 111-A modificou a composição do Tribunal Superior do Trabalho e, finalmente, o art. 130-A tratou do *Conselho Nacional do Ministério Público*.

Com relação ao tema objeto de nossas preocupações no momento, determina o art. 103-A que

*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 a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*⁴³⁹.

§ 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 ato.*

Duas observações iniciais devem ser feitas, em relação ao tema:

a) o instituto da *súmula vinculante* não seria *autoaplicável*, tal como determina a CF no *caput* do art. 103-A, ou seja, “na forma estabelecida em lei”.

Para tanto, é de ser lembrado o conteúdo do art. 7º da mesma EC, que prescreve:

⁴³⁹ Ver Decreto 2.346, de 10.10.1997 determina que as decisões do STF deverão ser uniformemente pela Administração Pública Federal direta e indireta.

O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

b) As atuais súmulas não serão automaticamente convertidas, visto que, nos termos do art. 8º, “somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

A promulgação da Lei, nos permite analisa-la em sua integridade, sobretudo, sob a *metodologia de uma análise sistêmica* (não sistemática).

7 A LEI 11.417/06 E A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

A Lei 11.417/06 é resultado do Projeto de Lei 6.636/06, da Comissão Especial Mista da Reforma do Judiciário, que, conforme sua ementa, “Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei 9.784, de 29.01.1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências”⁴⁴⁰.

Inicialmente, cumpre destacar que, em mais um diploma de tamanha importância, o Legislador, no art. 2º § 1º, lançou mão de *conceitos Indeterminados*, tal como o fez na Lei 11.418/06, ao falar em *Repercussão Geral*, bem como na Lei 9.868, 10.11.1999 – DOU 11.11.1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) e ainda na Lei 9.882, 03.12.1999 – DOU 03.12.1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal) e até mesmo na própria Constituição (art. 62, urgência e relevância como pressupostos da Medida Provisória).

Assim é que, no mencionado art. 2º, § 1º,

⁴⁴⁰ Esta Ementa permaneceu na Lei. Quanto à Lei 9.784, de 29.01.1999, regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

o enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Cabe aqui uma importante observação, visto que limita materialmente a edição de súmulas à **matéria constitucional**, aspecto este que sempre defendemos. Neste sentido, poderá (não há obrigatoriedade, portanto) o STF tem a titularidade de, seja de ofício, seja por provocação, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei (art. 2º).

Em tais hipóteses, a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (§ 3º), cabendo ao Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (§ 2º).

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 (§ 4º).

Um dos pontos mais positivos da Lei, é que não deixa apenas ao STF a iniciativa, mas sim, estendeu esta titularidade a vários daqueles que estão legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 103), excluindo alguns e incluindo outros.

Assim, na dicção do art. 3º,

São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Em relação aos Municípios, são eles legitimados para “propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo” (§ 1º), sendo que, na mesma linha processual iniciada pelas leis que regulamentam o Controle de Constitucionalidade, “no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (§ 2º).

Ainda no mesmo sentido das leis que regulamentam o Controle de Constitucionalidade, admitiu o legislador que, em regra geral, a súmula terá eficácia imediata, reservando-se ao 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 (art. 4º).

Tal como lembrado por Roberto Rosas, determina o art. 5º que “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”.

Mesmo permitindo que haja proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, tais iniciativas não autorizam a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão (art. 6º).

Em seu art. 7º, prevê a lei que “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”, sendo que, pelo § 1º (a nosso ver de constitucionalidade duvidosa), “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após **esgotamento das vias administrativas**”.

Julgada procedente a reclamação, “o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso” (§ 2º).

Especificamente com relação aos arts. 8º e 9º, são voltados para a Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que passa a ter as seguintes alterações:

Art. 8º. O art. 56 da Lei 9.784, de 29.01.1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

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. 9º. A Lei 9.784, de 29.01.1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

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.

Vale destacar que “o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (art. 10).

Esclareça-se, por último, que publicada em 19.12.2006, haverá uma *vacatio legis* de 3 (três) após a sua publicação (art. 11).

8 O § 3º DO ART. 5º DA CF: A RECEPÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES⁴⁴¹

Outro ponto oriundo da EC 45/04, é decorrente do que determina o § 3º acrescido ao art. 5º, nos seguintes termos: “*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*”.

A elevação do *status* dos *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos* à categoria de *emendas constitucionais*, em consequência, faz com que as decisões que os contrariarem, nos coloquem diante de uma questão de natureza constitucional e não mais federal, ensejando, desta forma, a utilização do *Recurso Extraordinário*. Nos demais casos, é importante destacar, permanece a competência do STJ, mediante *Recurso Especial* (art. 105, III, a).

Vale observar, que a inovação produzida pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário, simplesmente, de maneira geral, seguiu o caminho que já vinha sendo traçado por vários dos Estados integrantes do Mercosul, conforme se demonstrará.

Neste sentido, a *Constituição Argentina* por exemplo, em seu art. 31, considera os *Tratados* como integrantes da “*ley suprema de la Nación*”, enquanto que em seu art. 75, incs. 22 e 24, com a redação que lhe deu a Reforma de 1994, ao fixar as *Atribuciones del Congreso*, estabelece:

Art. 75. [Enumeración] – Corresponde al Congreso:

22. *[Tratados y Concordatos] Aprobar o desechar tratados concluidos com las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*⁴⁴².

No mesmo inciso, a *Constituição Argentina* enumera os *Tratados con Jerarquía Constitucional*, determinando que “*los demás*

⁴⁴¹ Veja-se VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2009.

⁴⁴² Destaque nosso.

tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

No inciso 24, por sua vez, o texto constitucional permite, expressamente, a aprovação de *tratados de integração* que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos.

Textualmente, determina a *Constituição Argentina*:

24. *[Tratados de Integración] Aprovar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

A *Constituição do Paraguai* (20.06.92), por sua vez, ao tratar na Parte II, *Del Ordenamiento Político de la República* prescreve em seu Título I, Capítulo I, art. 137:

De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

Adiante, desta feita no Capítulo II, ao tratar *De las relaciones internacionales* (arts. 141 a 145), refere-se, exatamente (art. 141), à *posição dos Tratados Internacionais* nos termos do art. 137, enquanto que no art. 145, lê-se:

Del orden jurídico supranacional. *La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.*

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Em síntese, considerando-se os textos das Constituições da Argentina e do Paraguai, podemos concluir como escreve acertadamente Carlos Eduardo Caputo Bastos⁴⁴³, que

o legislador constitucional optou, efetivamente, pela superior hierarquia dos tratados sobre as leis ditadas pelos respectivos Congressos Nacionais, sendo certo que a Constituição argentina foi além, quando conferiu hierarquia constitucional aos tratados mencionados no inc. 22º do art. 75, bem como estabeleceu que, submetidos a uma votação de 2/3 das Casas Legislativas, os demais tratados podem, também, gozar deste atributo.

O Uruguai, ao contrário dos sistemas citados, trata com total *anomia* as questões relacionadas à submissão a uma ordem jurídica supranacional e quanto à hierarquia constitucional dos tratados.

Desta forma, podemos constatar que a *Constituição da República Oriental do Uruguai* (01.02.1967) com as modificações decorrentes de 1990, 1994 e 1996, apenas determina em seu art. 6º que

en los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes

contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

Por sua vez, no art. 168 determina-se que

al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:

20) *Concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo.*

⁴⁴³ *Op. cit.*, p. 26.