

Luis Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Professor Visitante da Universidade de Brasília — UnB e da Universidade de Poitiers, na França (2010). *Visiting scholar*, Universidade de Harvard (2011).

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Exposição sistemática da
doutrina e análise crítica da jurisprudência

6ª edição
revista e atualizada

2012

 Editora
Saraiva

V — MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês¹⁰². Dessas matrizes surgiram variações de maior ou menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países. É possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, ordenados na classificação abaixo:

1. Quanto à natureza do órgão de controle
 - 1.1. Controle político
 - 1.2. Controle judicial
2. Quanto ao momento de exercício do controle
 - 2.1. Controle preventivo
 - 2.2. Controle repressivo
3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle
 - 3.1. Controle difuso
 - 3.2. Controle concentrado
4. Quanto à forma ou modo de controle judicial
 - 4.1. Controle por via incidental
 - 4.2. Controle por via principal ou ação direta

Veja-se, a seguir, breve comentário acerca de cada uma dessas modalidades.

1. Quanto à natureza do órgão de controle

1.1. Controle político

A expressão controle *político* sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade¹⁰³. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a consequente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial¹⁰⁴.

A Constituição francesa em vigor, instituidora da V República, em 1958, criou o Conselho Constitucional (v., *supra* e *infra*), composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República. Como regra, o Conselho se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis. A reforma constitucional de 2008, no entanto, produziu relevante alteração, passando a prever hipótese de controle de constitucionalidade de lei já vigente¹⁰⁵. Embora o modelo francês seja frequentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis¹⁰⁶, afigura-se mais apropriada a designação de controle *não judicial*¹⁰⁷. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil*

Constitutionnel — junto com o caráter prévio de sua atuação¹⁰⁸. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação *jurídica* de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias.

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade. O assunto será tratado mais à frente.

1.2. Controle judicial

Como visto, o controle judicial de constitucionalidade teve origem no direito norte-americano, tendo se consolidado e corrido mundo a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Embora herdeiro da tradição inglesa do *common law*, o direito constitucional americano não acolheu um dos fundamentos do modelo britânico, a *supremacia do Parlamento*, cujos elementos essenciais foram assim caracterizados por Dicey, em página clássica:

- (i) poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não;
- (ii) ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias;
- (iii) inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional¹⁰⁹.

No sistema americano, justamente ao contrário, o princípio maior é o da *supremacia da Constituição*, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete qualificado e final¹¹⁰. A lógica do *judicial review*, conquanto engenhosa em sua concepção, é de enunciação singela: se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.

A técnica do controle de constitucionalidade somente ingressou na Europa com a Constituição da Áustria, de 1920, seguindo a concepção peculiar de Hans Kelsen. Adotou-se ali uma fórmula distinta, com a criação de órgãos específicos para o desempenho da função: os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário. O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique)¹¹¹.

No Brasil vigora o controle judicial, em um sistema eclético que combina elementos do modelo americano e do europeu continental.

2. Quanto ao momento de exercício do controle

2.1. Controle preventivo

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. É, como visto, o modo típico de atuação do Conselho Constitucional francês¹¹², sendo também adotado em Portugal¹¹³. No Brasil há, igualmente, oportunidade para o controle prévio, de natureza política, desempenhado:

(i) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação¹¹⁴;

(ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo)¹¹⁵.

Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, *em sede judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional¹¹⁶.

2.2. Controle repressivo

Controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori* é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia. No direito brasileiro, como regra, esse controle é desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos, através de procedimentos variados, que serão estudados oportunamente. Há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional). Em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário.

O controle judicial no Brasil, no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que suscitada a questão constitucional, poderá dar-se por via incidental ou principal.

3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

3.1. Controle difuso

Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento¹¹⁷.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concurado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.

3.2. Controle concentrado

No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929.

Em sua formulação típica, o controle concentrado, exercido por cortes constitucionais, expressava convicções doutrinárias de Hans Kelsen, seu idealizador, e que eram diversas das que prevaleceram nos Estados Unidos¹¹⁸. Além disso, duas outras razões fático-jurídicas induziram ao desenvolvimento de um modelo alternativo nos países continentais europeus: a) a inexistência de *stare decisis* em seus sistemas judiciais; b) a existência de magistratura de carreira para a composição dos tribunais.

Como se sabe, nos países que seguem a tradição do *common law*, em contraposição aos que se filiam à família romano-germânica, existe a figura da *stare decisis*. Esta expressão designa o fato de que, a despeito de exceções e atenuações, os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição¹¹⁹. Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*).

Como essa não era a regra vigente nos sistemas judiciais europeus, optou-se pela criação de um órgão específico — um tribunal constitucional — para o desempenho de competência dessa natureza e alcance. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. E vem daí o segundo fundamento para a decisão de se criar um órgão que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário: o tribunal constitucional não deveria ser composto por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado¹²⁰.

O modelo, como já assinalado anteriormente, foi amplamente seguido pelos países da Europa. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, também chamada de ação genérica. Isto porque já existia no sistema brasileiro a ação interventiva, igualmente de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal, que figurava como pressuposto da decretação da intervenção federal nos Estados, em determinados casos.

4. Quanto à forma ou modo de controle judicial

4.1. Controle por via incidental

Diz-se controle *incidental* ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio¹²¹. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente¹²².

O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por *via de exceção ou defesa*, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais frequente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo.

Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental — realizado na apreciação de um caso concreto — e o controle difuso — desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado (v., *infra*).

4.2. Controle por via principal ou ação direta

Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via *principal* é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional — e não de defesa de interesses —, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior.

O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese¹²³. Contudo, assim como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental¹²⁴.

VI — LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE¹²⁵

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, embora não tenha sido totalmente ignorada pela doutrina brasileira¹²⁶, não foi, até muito recentemente, tema de especial sedução para os autores nacionais¹²⁷. É certo que, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido de forma *expressa* pela Constituição de 1891, em norma positiva que implicava inequivocamente a fiscalização incidental e difusa das normas infraconstitucionais. Não se sujeitou, assim, à polêmica doutrinária que marcou sua criação nos Estados Unidos. Nem tampouco se verificou aqui, por razões múltiplas, o debate ideológico que acompanhou sua implantação na Europa¹²⁸.

Nos Estados Unidos, como visto, o *judicial review* não teve assento expresso no texto constitucional, havendo resultado de uma construção jurisprudencial levada a efeito por John Marshall, em *Marbury v. Madison* (v., *supra*). O controle no sistema americano era — e ainda é — realizado no desempenho normal da atividade judicial, de modo incidental e difuso. No modelo europeu, ao revés, foram criados tribunais constitucionais, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, com a função específica de guarda da Constituição, competência que exercem privativamente, de forma concentrada, embora o acesso à corte possa se dar de modo principal (ação direta) ou incidental.

Nos dois sistemas, a consequência prática da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional importa na paralisação da eficácia da norma, com alcance *erga omnes*, ou em sua retirada do sistema jurídico, atividade equiparada à de um legislador *negativo* (que não cria norma, mas pode suprimi-la). Diversas críticas foram dirigidas, desde o primeiro momento, a essa função pela qual o juízo feito pelos tribunais acerca de uma lei sobrepõe-se ao do legislador. As impugnações foram de natureza política, doutrinária e ideológica. Duas delas são destacadas a seguir.

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*)¹²⁹, resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis — e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário —, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação por via de emenda à Constituição¹³⁰. Nos Estados Unidos, o questionamento à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade foi reavivado e aprofundado como reação à jurisprudência progressista da Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) e de Warren Burger (1969-1986), indo da crítica radical ¹³¹ até atenuações moderadas¹³².

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumentos de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das majorias parlamentares eventuais.

Essa linha de argumentação funda-se sobre a premissa de que a interpretação constitucional seja uma atividade mecânica, subsuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. Não se tratando, portanto, do exercício de uma competência livre ou discricionária, não se está diante de qualquer risco democrático. O órgão judicial não impõe *sua* vontade nem *seu* próprio juízo de valores, mas apenas submete os legisladores atuais a escolhas prévias feitas pelo povo¹³³. Essa maneira de ver a questão teve amplo curso e foi acolhida de forma expressa na jurisprudência da Suprema Corte americana¹³⁴.

O debate, todavia, tornou-se um pouco mais sofisticado, deslocando-se para a confluência do direito constitucional com a filosofia do direito e a teoria democrática. O primeiro conjunto de argumentos legitimadores da jurisdição constitucional, como visto, fundou-se no pressuposto liberal-positivista que considera o ato jurisdicional um ato de conhecimento (cognitivo), de simples revelação da vontade contida na norma, não envolvendo *criação* ou *escolhas* pelo intérprete. Presta-se, assim, deferência absoluta ao princípio da separação de

Poderes: o juiz limita-se a fazer atuar a decisão do constituinte ou do legislador.

A moderna dogmática jurídica, no entanto, de longa data já não endossa a crença de que as normas jurídicas tenham, invariavelmente, sentido unívoco, oferecendo uma única solução possível para os casos concretos aos quais se aplicam. Em muitas hipóteses, a norma — especialmente a norma constitucional, quando tem conteúdo fluido e textura aberta — oferece um conjunto de possibilidades interpretativas, figurando como uma moldura dentro da qual irá atuar a criatividade do intérprete. Como consequência, a atividade de interpretação da norma consistirá também em um ato de *vontade* (volitivo), uma escolha, envolvendo uma valoração específica feita pelo intérprete. Tal escolha é vista por parte da doutrina como o exercício de uma discricção judicial¹³⁵.

Ora bem: se o juiz constitucional utiliza-se da vontade, identifica valores substantivos e faz escolhas — isto é, se o ato judicial não é meramente cognitivo, mas também volitivo —, cai por terra a legitimação do controle de constitucionalidade com base na concepção tradicional da separação de Poderes. Este impasse ao qual chegou o conhecimento convencional, também denominado liberal-positivista, levou a nova dogmática e a nova hermenêutica jurídico-constitucionais — batizadas como pós-positivismo — à busca de novos fundamentos de legitimidade para a jurisdição constitucional. Nesse novo paradigma pós-positivista, parte do esforço empreendido consiste em minimizar o conteúdo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, revestindo-o de uma fundamentação racional, que deve ser compartilhada com a comunidade¹³⁶.

Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional. Alguns deles:

— o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno¹³⁷;

— a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos¹³⁸, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo;

— juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democraci¹³⁹;

— a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.

Esses temas são aprofundados no âmbito da filosofia do direito e da teoria política. Para os fins aqui visados, é boa hora de concluir a discussão, correlacionando a questão da legitimidade do controle de constitucionalidade e do desempenho da jurisdição constitucional com dois outros conceitos-chave subjacentes ao Estado constitucional, ainda que em fase de reavaliação: o dogma da vontade da maioria e a separação de Poderes¹⁴⁰.

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental de Constituição — que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos —, quer se opte por um modelo substancialista¹⁴¹ — no qual certas opções materiais já estariam predefinidas.

Na verdade, é possível identificar uma importante zona de superposição entre esses dois enfoques: ambas as correntes destacam o caráter imprescindível de certos direitos fundamentais, seja como pressuposto para a deliberação, seja como pautas mínimas inerentes à dignidade humana¹⁴². Trilhando caminhos diversos, as correntes chegam a um ponto comum naquilo que é verdadeiramente essencial. Tal constatação não tem por finalidade negar as particularidades de cada uma dessas linhas, mas sim corroborar a importância reforçada dos elementos comuns. Assim, da confluência das duas vertentes parece possível extrair com segurança a afirmação de que a Constituição desempenha dois papéis principais, mutuamente implicados.

O primeiro é veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não devem ser preteridos por maiorias políticas ocasionais. O segundo é assegurar o espaço próprio do pluralismo político, representado pelo abrangente conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política¹⁴³.

O outro conceito que reclama releitura é o longo princípio da separação dos Poderes, que passa a conviver com realidades novas e inexoráveis, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial — inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição — frequentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político¹⁴⁴, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais¹⁴⁵. É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se

trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político¹⁴⁶.

O reconhecimento desse caráter político da jurisdição constitucional impõe redobrada cautela para que ela não se partidarize ou se desvirtue em instrumento de disputa pelo poder. Isto seria a sua ruína. Embora já não sejam cultivados o mito da objetividade plena ou a ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde impere o respeito ao fato e ao valor do pluralismo¹⁴⁷. Um espaço no qual reine a *razão pública*¹⁴⁸. Isso significa que as decisões judiciais não se podem fundar em doutrinas abrangentes ou em pontos de vista sectários — religiosos, filosóficos, morais, econômicos ou de qualquer outro tipo —, ainda quando espelhem concepções majoritárias na sociedade. Pelo contrário, as cortes devem buscar argumentos que possam ser reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco e aberto, ainda que venham a discordar dos resultados obtidos em concreto.

Na configuração moderna do Estado e da sociedade, a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Vive-se a era da *democracia deliberativa*¹⁴⁹, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas. Embora as decisões do Supremo Tribunal, como de qualquer corte constitucional, sejam finais, elas não cabem em si mesmas: são influenciadas pela realidade subjacente e, ao mesmo tempo, exercem sobre ela um poder de conformação. A legitimidade de uma decisão judicial, como a do poder em geral, situa-se na confluência entre o consentimento e o respeito.

VII — SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Antecedentes do modelo em vigor

Ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República¹⁵⁰, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60)¹⁵¹. Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição¹⁵². O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. Com alterações de pequena monta, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988.

Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da

Capítulo II

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA INCIDENTAL

I — CARACTERÍSTICAS

O controle judicial incidental de constitucionalidade, também dito *incidenter tantum*, por via de defesa, por via de exceção ou sistema americano, integra a tradição brasileira desde o início da República, tendo figurado expressamente na Constituição de 1891. Sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais. Estudam-se a seguir as principais características desse sistema de controle de constitucionalidade.

1. Pronúncia de invalidade em caso concreto

O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.

1.1. Quem pode suscitar a inconstitucionalidade

A arguição incidental de inconstitucionalidade é também denominada via de defesa ou de exceção porque, originalmente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo *réu*, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional. A parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional¹. Tal limitação da arguição de inconstitucionalidade a uma tese de defesa já não subsiste, mas o réu, por certo, continua a poder utilizar o argumento em sua resposta a uma demanda.

Também o *autor* de uma ação pode postular, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos. Com a multiplicação das ações constitucionais e dos mecanismos de tutela preventiva (provimento liminar, medidas cautelares, tutela antecipada), esta ter-se-á tornado a hipótese mais corriqueira. Fazem parte da rotina forense, por exemplo, mandados de segurança nos quais o contribuinte procura preventivamente eximir-se do recolhimento de tributo instituído por lei cuja constitucionalidade é questionável. Ou de *habeas corpus* impetrado sob o fundamento de que a autoridade baseia a persecução penal em dispositivo (ou em interpretação que a ele se

dá) inconstitucional.

Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou officie como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente). E, por fim, também o juiz ou o tribunal, de ofício, quando tenham as partes silenciado a respeito². Na instância ordinária, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, pode o órgão judicial suscitar a inconstitucionalidade de norma aplicável à hipótese, não se operando a respeito a preclusão³. Todavia, em sede de recurso extraordinário, não tendo havido prequestionamento da matéria constitucional, a regra de que a inconstitucionalidade pode ser declarada de ofício deve ser recebida com temperamento⁴.

1.2. Onde pode ser suscitada a questão constitucional

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵.

Como visto, a arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular⁶ e a ação civil pública. Quanto a esta última, houve ampla dissensão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua idoneidade para o exercício do controle incidental de constitucionalidade⁷, mas prevaleceu o entendimento de ser ele cabível também em ação civil pública, desde que, naturalmente, o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração em tese da inconstitucionalidade da lei⁸.

1.3. Que normas podem ser objeto de controle incidental

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição⁹. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza¹⁰.

2. Questão prejudicial

A segunda característica a ser destacada no controle incidental é que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma *questão prejudicial*: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal¹¹.

Veja-se um exemplo. Suponha-se que um Município haja instituído um tributo sem observância do princípio da legalidade, e que um contribuinte se tenha recusado a pagá-lo. A autoridade municipal irá, então, autuá-lo, inscrever a dívida e instaurar um processo de execução de seu crédito tributário. O contribuinte, em sua defesa, poderá oferecer embargos de devedor, argumentando que a cobrança é fundada em lei inconstitucional. O objeto dessa ação de embargos é determinar se o tributo é devido ou não. Todavia, para formar sua convicção, o julgador terá de decidir, previamente, se a lei que criou o tributo é ou não constitucional. Esta é a questão prejudicial que subordina o raciocínio que ele precisa desenvolver. Estabelecida a premissa lógica da decisão, ele julgará o mérito, condenando o contribuinte ao pagamento ou exonerando-o de fazê-lo, consoante tenha considerado a lei válida ou inválida.

Outro exemplo, envolvendo uma relação de locação. Imagine-se que uma lei venha a modificar o critério de cálculo dos aluguéis, tendo previsto sua incidência imediata, inclusive sobre os contratos em curso. Um locatário, prejudicado pela mudança, recusa-se a pagar a majoração, afirmando que a nova lei afeta o ato jurídico perfeito. O proprietário do imóvel ingressa em juízo, formulando pedido de condenação do locatário ao pagamento do valor integral do aluguel, tal como decorrente da lei. Para julgar a causa, o juiz precisará pronunciar-se, incidentalmente, acerca da constitucionalidade ou não da lei que interferiu com o valor do aluguel a ser pago. Só então poderá decidir o objeto da ação, que consiste em determinar se é ou não devida a diferença de aluguel.

3. Controle difuso

3.1. *Qualquer juiz ou tribunal pode exercer controle incidental*

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal¹².

Singularmente, a faculdade do juízo monocrático de primeiro grau de negar aplicação à

norma que repute inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência dos tribunais para a mesma providência. É que, para a declaração incidental de inconstitucionalidade¹³, os tribunais sujeitam-se ao princípio da *reserva de plenário* (CF, art. 97)¹⁴ — sendo vedada aos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas, a declaração de inconstitucionalidade — e a um procedimento específico instituído pelo Código de Processo Civil (arts. 480 a 482), ao qual estão sujeitos os tribunais de 2º grau (Tribunais de Justiça dos Estados, no âmbito da justiça estadual, e Tribunais Regionais Federais, no âmbito da justiça federal comum) e os tribunais superiores, inclusive o Superior Tribunal de Justiça.

3.2. *Majoria absoluta e reserva de plenário*

Por força do princípio da *reserva do plenário*, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista¹⁵. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subsequentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor¹⁶. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um *quorum* qualificado do tribunal¹⁷.

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independentemente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte é a percepção de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta¹⁸. A despeito da linearidade do raciocínio, são comuns as hipóteses de descumprimento do art. 97 por parte dos Tribunais, o que levou o STF a editar a Súmula Vinculante n. 10¹⁹.

Hipótese mais complexa — e que gerou debate acirrado no STF — diz respeito à necessidade de maioria absoluta para negar aplicação pontual a determinada lei por força de *vacatio legis* instituída pelo próprio texto constitucional. A questão se colocou em recursos extraordinários nos quais se julgava a constitucionalidade da chamada *Lei da Ficha Limpa*, editada em 2010, que instituiu uma série de novas hipóteses de inelegibilidade. Após assentar a constitucionalidade das inovações, o Tribunal passou a discutir a sua aplicabilidade às eleições daquele mesmo ano, tendo em vista a regra de anterioridade imposta pelo art. 16 da Constituição²⁰. A Corte se dividiu, com cinco Ministros a favor da aplicabilidade imediata — tese que havia prevalecido no Tribunal

Superior Eleitoral —, e cinco a favor do entendimento oposto. Diante dessa circunstância, e após ser descartada a atribuição de um segundo voto ao presidente da Corte²¹, aventou-se a possibilidade de considerar que a lei deveria ter a sua aplicabilidade imediata assegurada em definitivo, uma vez que não se havia alcançado o quórum do art. 97, o qual seria necessário para afastar a incidência de norma com base em contrariedade ao texto constitucional. A orientação oposta era no sentido de considerar que a hipótese não caracterizaria declaração de inconstitucionalidade, mas sim aplicação direta do próprio art. 16, cujo efeito seria meramente o de diferir a eficácia da lei, sem afetar sua validade. Dada a persistência do empate, a Corte optou por manter provisoriamente a decisão do Tribunal Superior Eleitoral²². Posteriormente, em novo processo e já com a presença do Ministro Luiz Fux, prevaleceu o entendimento de que a lei não poderia ser aplicada no mesmo ano da sua edição²³. Já a questão teórica relativa à pertinência ou não do quórum qualificado na hipótese ficou sem resposta definitiva.

Assim, nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a menos que essa inconstitucionalidade já tenha sido anteriormente reconhecida pelo plenário ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental ou principal²⁴. Remarque-se que a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a *constitucionalidade* da norma, hipótese na qual deverá prosseguir no julgamento, sem necessidade de encaminhar a questão constitucional ao plenário²⁵. Tampouco está subordinada à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser com ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal — a lei deixa de vigor —, e não no da validade da norma²⁶.

3.3. Procedimento da declaração incidental de inconstitucionalidade perante órgão fracionário de tribunal²⁷

A matéria é regida pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, arguida a inconstitucionalidade — por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por um de seus pares —, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a arguição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.

Se, todavia, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade — isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional —, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observado o *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97).

Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto²⁸.

O órgão fracionário do tribunal, se considerar a lei inconstitucional, não poderá prosseguir no julgamento, salvo se, como visto, já tiver havido manifestação do plenário ou do órgão especial do próprio tribunal ou do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 481). No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a *cisão funcional* da competência, pela qual o pleno (ou o órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial. Da decisão do pleno ou do órgão especial não caberá recurso. A impugnação, inclusive da decisão relativa à questão constitucional, deverá ser feita quando da interposição de recurso contra o acórdão que vier a julgar o caso concreto, solucionando a lide²⁹.

A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que tratou do processo e do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, determinou o acréscimo de três parágrafos ao art. 482 do CPC, prevendo a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado, dos legitimados para a propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição e ainda, por deliberação do relator, de outros órgãos ou entidades³⁰. Essa última possibilidade identifica-se com a figura do *amicus curiae*, de que se falou *supra* (p. 177). O Supremo Tribunal Federal tem admitido, inclusive, a possibilidade de sustentação oral³¹.

3.4. Controle difuso pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal

O recurso extraordinário, da tradição republicana brasileira, foi cindido, pela Constituição de 1988, em dois recursos distintos: o que conservou o nome de recurso extraordinário e o que passou a se denominar recurso especial³². Ao *recurso extraordinário*, de competência do Supremo Tribunal Federal e disciplinado no art. 102, III, do texto constitucional, ficaram reservadas as *questões constitucionais*³³. Ao *recurso especial*, de competência do Superior Tribunal de Justiça e regido pelo art. 105, III, da Carta da República, tocou a discussão das *questões infraconstitucionais*³⁴. É importante ter em mente essa distinção ao apreciar o exercício do controle difuso e incidental pelo STJ e pelo STF.

O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais do país, pode desempenhar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição. É certo, contudo, que tal faculdade será, como regra, exercida nas causas de sua *competência originária* (CF, art. 105, I) ou naquelas que lhe caiba julgar mediante *recurso ordinário* (CF, art. 105, II)³⁵. E dessas decisões, quando envolverem questão constitucional, caberá recurso extraordinário.

No normal das circunstâncias, não haverá discussão de matéria constitucional em *recurso especial*, cujo objeto, como visto, cinge-se às questões infraconstitucionais. A menos que a questão constitucional tenha surgido posteriormente ao julgamento pelo tribunal de origem³⁶.

Por fim, cabe examinar o papel do Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, *precipualemente*, nos termos constitucionais, a guarda da Constituição (art. 102). Órgão de cúpula do Poder Judiciário, exerce ele, de modo concentrado, a fiscalização em via principal da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. Cabe-lhe, também, e privativamente, o controle abstrato de normas federais. Nada obstante essa primazia no controle mediante ação direta (isto é, principal, concentrado e, como regra, abstrato), o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Poderá fazê-lo em processos de sua *competência originária* (art. 102, I) ou no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II).

Todavia, é em sede de recurso extraordinário que a Corte Suprema desempenha, normalmente e em grande volume³⁷, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos. Por sua relevância para o objeto deste capítulo, o estudo do recurso extraordinário será dividido em tópicos específicos.

3.4.1. Cabimento do recurso extraordinário

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, das causas decididas em única ou última instância³⁸, caberá recurso extraordinário em quatro hipóteses, a saber, quando a decisão recorrida:

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

As três primeiras hipóteses tratam explicitamente de matéria constitucional e já se encontram sedimentadas no Direito brasileiro. A alínea *d*, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, merece um comentário adicional.

O dispositivo transferiu ao STF competência até então reservada ao STJ, pela via do recurso especial³⁹. Antes mesmo da mudança, já havia a percepção de que o conflito entre lei local e lei federal muitas vezes envolve questão constitucional, relativa à divisão constitucional de competências legislativas entre os entes da federação. Com efeito, identifica-se vício de inconstitucionalidade tanto nos casos em que um ente invade a esfera de competência reservada com exclusividade em nível federativo diverso, quanto naqueles em que, tendo a Constituição estabelecido competências concorrentes, um dos entes envolvidos transborde os limites próprios à sua atuação⁴⁰. O julgamento de tais questões pelo STJ não seria coerente com a divisão de atribuições entre este Tribunal e o STF, tal como promovida pelo constituinte de 1988.

No entanto, talvez não seja possível remeter à Constituição todos os conflitos entre lei local e lei federal. Nos casos de competências legislativas concorrentes, o choque pode decorrer, não propriamente de uma invasão de competências, mas sim de mera

incompatibilidade entre determinado regramento específico e as normas gerais pertinentes. A consequência ainda será a invalidade da norma local, mas não seria possível vislumbrar uma ofensa direta à Constituição. Dessa forma, a prevalecer a lógica implícita de divisão de funções entre os recursos extraordinário e especial, seria razoável admitir que tal hipótese devesse ensejar o cabimento do segundo e não do primeiro⁴¹.

Apesar disso, o constituinte reformador não estabeleceu qualquer distinção entre as duas situações, do que se pode concluir pela competência do STF em todos os casos que girem em torno do referido conflito⁴². E é bom que seja assim, até porque o deslinde desse tipo de controvérsia dependerá sempre de um juízo sobre a divisão constitucional de competências. Afinal, se a lei federal tiver ultrapassado o terreno das normas gerais, haverá inconstitucionalidade e não simples incompatibilidade entre os regramentos geral e especial. Ou seja, mesmo que a decisão acabe afirmando a existência de um conflito no plano da legalidade, o itinerário lógico dos julgadores terá envolvido uma análise eminentemente constitucional. No mínimo, é preciso reconhecer que não seria boa técnica processual antecipar tal juízo, profundamente ligado ao mérito, trazendo-o para a fase de conhecimento do recurso.

Após essas observações sobre a nova hipótese constitucional de cabimento do recurso extraordinário, convém fazer dois registros aplicáveis à generalidade dos casos.

O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário — assim como o do recurso especial — divide-se em dois momentos. O primeiro deles ocorre ainda no órgão jurisdicional de origem, sendo exercido pelo presidente do tribunal recorrido, que poderá delegar a função ao vice-presidente ou a algum deles, onde houver mais de um⁴³. Em princípio, tal exame preliminar deve limitar-se a verificar a configuração de alguma das hipóteses constitucionais de cabimento e o atendimento aos requisitos formais. Do contrário, invadiria a esfera de competência do STF, convertendo-se em uma antecipação do eventual julgamento de mérito por instância ilegítima⁴⁴. Da decisão que negar seguimento cabe agravo para o próprio STF⁴⁵, ao qual compete sempre realizar o juízo definitivo sobre a admissibilidade, podendo negar seguimento a recurso originalmente aceito pelo órgão jurisdicional *a quo*.

A locução utilizada no art. 102, III — *causas decididas* —, poderia transmitir a impressão de que apenas decisões finais de mérito poderiam ser questionadas pela via do recurso extraordinário. Ao contrário, o mecanismo presta-se à impugnação de qualquer decisão judicial definitiva — não sujeita a outro recurso — ainda que terminativa ou interlocutória⁴⁶. Essa última hipótese obedece a uma sistemática processual própria, introduzida no Código de Processo Civil pela Lei n. 9.756/98: o recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória fica retido nos autos. Para que seja apreciado, o recorrente deverá reiterar seu interesse no momento em que for impugnar a decisão final ou oferecer contrarrazões ao recurso interposto pela parte adversa⁴⁷. Embora a disciplina processual não abra exceções à regra da retenção, há casos em que é manifestamente conveniente o julgamento imediato do recurso extraordinário, pela relevância da matéria posta ou para afastar desde logo vícios que, reconhecidos ao final, poderiam determinar a anulação de todo o processo⁴⁸.

3.4.2. Objeto do recurso extraordinário

Como já assinalado, não se trata aqui de um “terceiro grau” de jurisdição, no qual possa haver rediscussão dos fatos e reexame da prova⁴⁹. Cuida-se, tão somente, da reapreciação de questões de direito — em princípio, apenas de direito constitucional⁵⁰ — que hajam sido discutidas e apreciadas na instância de origem, vale dizer, que tenham sido objeto de *prequestionamento*⁵¹. Isso significa que a questão constitucional deverá figurar na decisão recorrida, ainda que não tenha ocorrido menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes⁵². A ofensa à Constituição, como regra, deverá ter sido direta e frontal, e não indireta ou reflexa, como sucede nos casos em que um determinado ato normativo viole antes a lei⁵³.

Em alguns casos, porém, a Segunda Turma do STF tem excepcionado a jurisprudência predominante, admitindo conhecer de recurso extraordinário embora fosse possível caracterizar violação primária ao ordenamento infraconstitucional e apenas indireta à Constituição. A hipótese envolve a violação de normas processuais ordinárias, tendo o recorrente invocado afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. Por maioria, a Turma afirmou a tese de que violações graves a esse princípio, assim como ao da legalidade, justificariam controle pela via extraordinária, apesar da interposição legislativa, uma vez que a radicalização do entendimento contrário restringiria excessivamente a proteção judicial aos referidos princípios constitucionais⁵⁴. As decisões não formularam, contudo, um critério preciso para distinguir tais hipóteses das demais, abrindo espaço para uma aferição discricionária.

Na prática, a delimitação do que seja ofensa indireta muitas vezes acaba sendo problemática. No extremo, qualquer desrespeito à lei poderia ser tratado também como negação do princípio da legalidade⁵⁵, o que apenas enfraqueceria o papel do legislador ordinário e banalizaria a jurisdição constitucional, reforçando a posição de seus opositores. Torna-se inevitável, portanto, traçar uma linha divisória entre as questões cuja solução deve permanecer no plano legal e aquelas em que o argumento constitucional ganha primazia. É de perguntar se o parâmetro utilizado pelo STF até o momento — distinção entre ofensa direta e reflexa — conserva sua atualidade no contexto da chamada *nova interpretação constitucional*⁵⁶.

Em tempos de constitucionalização do direito⁵⁷, não parece adequado simplesmente barrar o acesso à jurisdição constitucional sempre que exista lei disciplinando determinada matéria. A irradiação dos valores constitucionais pelos diversos ramos do ordenamento jurídico tende a ocorrer primordialmente através da interpretação da legislação ordinária à luz da Constituição, potencializada pela crescente utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁵⁸. Confinar o objeto do recurso extraordinário às chamadas ofensas diretas significa para o STF abdicar aprioristicamente do controle de questões relevantes e que se conservam eminentemente constitucionais a despeito da intermediação legislativa.

A solução para o dilema entre o acesso irrestrito à jurisdição constitucional e a imposição

de limites artificiais pode ter sido fornecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, por meio da introdução de um novo requisito de admissibilidade na sistemática do recurso extraordinário. Trata-se da demonstração de que a matéria ostenta repercussão geral, tema do próximo tópico.

Ainda no que diz respeito ao objeto do recurso extraordinário, cabe fazer uma nota sobre o direito pré-constitucional. Embora não caiba ação direta de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição (v. *supra*), juízes e tribunais podem, incidentalmente, reconhecer a incompatibilidade entre ambas, considerando a lei revogada. Nesse caso, o recurso cabível será o extraordinário, e não o especial, por tratar-se de questão de *status* constitucional⁵⁹. Rememore-se, ainda, que da decisão do pleno ou do órgão especial que resolver incidente de inconstitucionalidade não caberá recurso, mas da decisão do órgão fracionário que vier a julgar a causa será interponível, no tocante à matéria constitucional, recurso extraordinário⁶⁰.

3.4.3. A repercussão geral

Tal como foi adiantado, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu um novo parágrafo no art. 102 da Constituição, instituindo requisito adicional para aferir a admissibilidade de recurso extraordinário: a *repercussão geral* da questão constitucional discutida. A Constituição utilizou, deliberadamente, um conceito jurídico indeterminado, deixando a tarefa de concretização a cargo do legislador ordinário e, sobretudo, do próprio STF. Confira-se a redação do novo parágrafo do art. 102:

“§ 3º 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”.

No direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente. Uma das formas mais comuns para atingir esse propósito é permitir que exerçam algum grau de controle sobre as causas que irão apreciar⁶¹. A principal justificativa para tal discricionariedade é promover a concentração de esforços nos temas fundamentais, evitando que a capacidade de trabalho do Tribunal seja consumida por uma infinidade de questões menores, muitas vezes repetidas à exaustão⁶². O resultado esperado é a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte⁶³. Essa inserção da jurisdição constitucional no contexto mais amplo de deliberação política — preservada sua independência e a metodologia que lhe é própria — passa a ser vista como fator de legitimação, desfeito o mito de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica de revelação de conteúdos objetivos⁶⁴.

No entanto, é razoável o receio de que a competência para selecionar as causas possa ser mal utilizada, servindo para que o Tribunal evite decidir questões polêmicas ou politicamente delicadas. Esse debate é recorrente na doutrina norte-americana, havendo

autores que defendem a prática como mecanismo legítimo de autocontenção judicial⁶⁵, mas também aqueles que a invocam para recontextualizar ou mesmo relativizar a importância da jurisdição constitucional na democracia norte-americana, já que a Suprema Corte nem sempre teria força política para dar realmente a última palavra de fato⁶⁶.

O debate, sem dúvida, é instigante e necessário, mas é preciso ter em conta que a inexistência de um mecanismo explícito de seleção de causas não seria capaz de impedir um tribunal enfraquecido ou parcial de se retrair e evitar confrontos. Até porque os critérios tradicionais de admissibilidade — que não costumam ser exclusivamente objetivos — também podem, em tese, prestar-se ao papel de rechaçar os casos politicamente difíceis, com a agravante de tal opção restar encoberta. Assim, parece mais democrático que o filtro da Corte seja explícito, até para que fique exposto à crítica pública.

No Brasil, o requisito da repercussão geral foi regulamentado pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que inseriu novos preceitos no Código de Processo Civil. O art. 5º da lei estabeleceu uma *vacatio* de sessenta dias para que a inovação se tornasse eficaz. No entanto, o STF entendeu que a demonstração da existência de repercussão geral apenas se tornou efetivamente exigível a partir da publicação da Emenda Regimental n. 31, de 30 de março de 2007, que alterou o Regimento Interno do Tribunal no ponto⁶⁷. O art. 543-A, *caput* e § 2º, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.418/2006, enuncia a nova exigência e impõe ao recorrente o dever de demonstrá-la:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

Trata-se, portanto, de requisito a ser aferido em preliminar a todo e qualquer recurso extraordinário⁶⁸, como pressuposto para que o Tribunal possa adentrar o mérito da discussão⁶⁹. O caráter geral da exigência foi reiterado pelo STF, que decidiu pela necessidade de que se demonstre a existência de repercussão geral mesmo nos recursos extraordinários referentes à matéria criminal⁷⁰. Ao contrário do que ocorre em relação aos demais requisitos de admissibilidade, o juízo acerca da existência de repercussão geral é atribuído com exclusividade ao STF, não se admitindo avaliação prévia pelo órgão *a quo*⁷¹.

A definição do que seja “repercussão geral” será dada pelo próprio STF. Em linhas gerais, a lei se limitou a reproduzir a cláusula geral introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁷². Segundo o § 1º do art. 543-A do CPC, haverá repercussão geral quando estiverem em pauta questões de *relevância econômica, social, política ou jurídica*, que *transcendam os interesses das partes* envolvidas no processo⁷³. Como se percebe, o legislador preferiu, com acerto, não estabelecer detalhadamente critérios para a fixação do conceito, deferindo ao próprio STF o estabelecimento de seus contornos mais precisos. A lei só excepcionou essa orientação geral no tocante à hipótese de decisão contrária à súmula

ou jurisprudência dominante do Tribunal. Nesse caso, sempre haverá repercussão geral (art. 543-A, § 3º, do CPC⁷⁴).

Assim que entrou em vigor, o requisito da repercussão geral despertou comparações com a controvertida arguição de relevância da questão federal⁷⁵, existente no regime constitucional anterior. A arguição de relevância tinha por principal objetivo — tal como a repercussão geral — racionalizar o volume de trabalho que chegava à Corte, já assustador à época. No entanto, há importantes diferenças entre os institutos, sobretudo no que toca ao procedimento. Sob a Constituição anterior, prevaleceu a tese de que a arguição de relevância não ostentava natureza tipicamente jurisdicional, sendo antes questão política⁷⁶. Disso decorria a apreciação em sessão administrativa secreta e a ausência de fundamentação⁷⁷, características que não poderiam ser repetidas no mecanismo atual em razão das regras contidas no art. 93, IX, da Constituição⁷⁸.

Contudo, o mecanismo, por sua própria natureza e funções, não comporta a exigência de fundamentação exaustiva⁷⁹. Na verdade, só é capaz de produzir os efeitos pretendidos — racionalizar a pauta do STF — se o juízo de admissibilidade não exigir o dispêndio excessivo de tempo⁸⁰. Do contrário, a adoção do requisito da repercussão geral acabaria por produzir efeito inverso ao pretendido, tornando ainda mais complexo o trabalho da Corte. É de exigir, portanto, que o Tribunal forneça apenas uma justificação simples e sucinta, cada vez mais apoiada em *standards* fixados em casos anteriores. A própria lei determina que apenas súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, substituindo o acórdão (art. 543-A, § 7º, do CPC⁸¹).

Esse procedimento simplificado deverá ser, portanto, a regra. Mas não se exclui a possibilidade de o STF enveredar por uma discussão mais ampla. Nesse sentido, o Relator poderá admitir a manifestação de terceiros na análise da repercussão geral⁸². É certo que tal possibilidade deverá ser utilizada com moderação — tendo sua aplicação limitada aos casos de maior significação quantitativa ou institucional —, sob pena de aumentar a complexidade do filtro e impedir que exerça sua função, que é justamente a de tornar a pauta do STF mais racional.

Além da necessidade de justificação, ainda que sucinta, outro fator de legitimação do novo instituto é o quórum exigido para que o STF deixe de conhecer um recurso extraordinário sob o fundamento da inexistência de repercussão geral. A negação de acesso à Corte dependerá do voto de dois terços de seus membros — oito ministros, portanto —, independentemente do número de julgadores presentes na sessão. Essa providência evita que questões sejam preteridas por maiorias apertadas, reduzindo o ônus político associado à utilização da barreira. Contudo, daí não resulta a impossibilidade de que se instituem mecanismos de divisão do trabalho interno na Corte, a fim de reduzir a necessidade de deliberações plenárias e evitar que o novo requisito congestionasse ainda mais a Corte, em vez de aliviar sua carga de trabalho.

A Lei n. 11.418/2006 cuidou para que isso não ocorresse. De início, caberá à Turma decidir pela existência, no caso, da repercussão geral, bastando o voto de quatro ministros para que se conclua o juízo positivo de admissibilidade. Nesse caso, não se remeterá a

questão ao Plenário⁸³. Se o conhecimento do recurso não obtiver tal adesão nesse primeiro juízo, a questão deverá ser remetida ao Plenário, que poderá, por deliberação de oito ministros, pronunciar juízo negativo de admissibilidade por ausência de repercussão geral.

Se negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica. É o que estabelece o art. 543-A, § 5º, do CPC⁸⁴, que ressalva, contudo, a possibilidade de revisão da tese segundo procedimento a ser definido no Regimento Interno do STF. Nem poderia ser diferente, uma vez que sempre deve ser possível ao Tribunal mudar sua orientação, seja pela superveniência de novos fatos, seja por considerar que o juízo inicial deva ser superado. No entanto, é saudável que a decisão seja, em princípio, aplicada automaticamente aos casos similares, atendendo a um imperativo de coerência e produzindo celeridade.

Como se nota, essa é uma tentativa de otimizar o trabalho da Corte, evitando a multiplicação de julgamentos idênticos. E de fato é desejável que o STF possa fugir da repetição mecânica e se dedique a fixar teses, que deverão ser aplicadas a partir daí, tanto quanto possível, de forma homogênea. Buscando esse mesmo propósito, foi introduzido no CPC o art. 543-B, § 1º, destinado a evitar que chegue ao STF, simultaneamente, uma multiplicidade de recursos massificados, relativos a uma mesma questão jurídica. O dispositivo determina aos tribunais de origem que encaminhem ao STF apenas alguns recursos representativos, retendo os demais à espera de uma solução a respeito da questão constitucional⁸⁵.

A previsão foi complementada pelo Regimento Interno do STF, alterado pela já referida Emenda Regimental n. 31/2007, cujo art. 328 permite que o Presidente da Corte ou o relator do processo: (i) determinem a notificação dos juízos e tribunais em relação a questões potencialmente suscetíveis de originar múltiplos recursos, para que adotem o procedimento descrito acima; e (ii) selecionem recursos representativos, devolvendo os demais ao órgão jurisdicional para aguardar o julgamento da questão⁸⁶.

Essa possibilidade de retenção de recursos nas instâncias inferiores permitirá que a aferição da existência de repercussão geral se dê a partir de casos de recursos paradigma, que deverão ser os mais representativos e *maduros* para julgamento. Caso o STF entenda que a matéria é desprovida de repercussão geral, todos os recursos sobrestados serão considerados automaticamente inadmitidos (art. 543-B, § 2º, do CPC⁸⁷). Por outro lado, caso o STF ultrapasse o exame da admissibilidade e julgue o mérito da causa, os recursos sobrestados deverão ser analisados pelos órgãos *a quo* — Tribunais de origem, turmas de uniformização ou turmas recursais —, que poderão declará-los prejudicados ou se retratar (art. 543-B, § 3º, do CPC⁸⁸)⁸⁹. De forma coerente, o STF determinou que a sistemática da repercussão geral seja aplicada também às questões em que já existe jurisprudência pacífica na Corte⁹⁰, o que tende a contribuir para a redução progressiva do acervo de casos à espera de julgamento. Isso porque, uma vez reconhecida a repercussão geral de determinada matéria, abre-se a via para o sobrestamento de recursos repetitivos e estimulam-se os juízos de origem a seguir a orientação do STF.

O que se espera, naturalmente, é que as decisões sejam adaptadas à premissa estabelecida pelo STF. No entanto, caso isso não ocorra e seja mantida decisão em desacordo com a

orientação firmada, o STF poderá cassá-la ou reformá-la, liminarmente (art. 543-B, § 4º, do CPC⁹¹). Embora essa previsão pareça sugerir a possibilidade de atuação imediata da Corte, a jurisprudência caminhou no sentido de afirmar que a reforma ou cassação da decisão incompatível com o precedente deverá ocorrer em sede de eventual recurso extraordinário, não se justificando o uso automático da reclamação⁹². De toda forma, a indicação do legislador é clara e aponta no sentido de uma desejável vinculação lógica dos juízos inferiores às decisões da Suprema Corte — vinculação fundada em um imperativo de racionalidade e isonomia, sem prejuízo de se admitirem exceções diante de motivos relevantes, devidamente demonstrados —, embora não seja possível dizer que tenha sido estabelecida uma vinculação jurídica formal.

Após essa descrição dos principais aspectos e implicações do requisito da repercussão geral, parece conveniente concluir esse tópico com um prognóstico — otimista e já amparado pelos primeiros resultados — acerca das potencialidades da inovação. O requisito, se bem manejado, poderá ajudar a gerenciar o irreal volume de trabalho que atualmente assola o STF e dificulta o exercício de sua vocação institucional, que é a fixação das grandes teses constitucionais⁹³. O benefício será ainda maior se a Corte conjugar a utilização do novo filtro com a relativização de alguns dos critérios jurisprudenciais anteriores, especialmente a exigência de que a questão constitucional envolva suposta ofensa direta à Constituição, do que decorria o afastamento sumário dos casos em que há intermediação legislativa. Tal como foi demonstrado, a interpretação da legislação infraconstitucional é, cada vez mais, um mecanismo de concretização dos valores constitucionais, sobretudo pela proliferação de cláusulas abertas. A distinção entre ofensas diretas e indiretas pode até continuar desempenhando um papel indicativo, mas não deve servir como barreira absoluta quando haja questões fundamentais em jogo.

De lege ferenda, penso que o filtro de acesso de recursos à Corte deveria combinar um critério qualitativo-quantitativo. O STF deveria determinar, talvez por semestre, o número de recursos extraordinários que poderá, realisticamente, apreciar ao longo daquele período. E, assim, selecionar, dentre os processos distribuídos no semestre anterior, os que considera mais relevantes, dentro dos quantitativos preestabelecidos. Os processos não selecionados terão seus recursos considerados não admitidos. Registre-se, por relevante, que esta não é uma opção ideológica ou filosófica, mas um imperativo da realidade, capaz de impedir que a jurisdição constitucional se transforme em um exercício de delegação interna de competências.

Nesse modelo, o juízo acerca da repercussão geral só produziria efeitos vinculantes se positivo. No caso de juízos negativos — isto é, não sendo admitido o recurso —, disso não se extrairia a consequência de que a tese nele discutida não tem repercussão, mas apenas a de que ela não foi considerada prioritária naquele conjunto. A denegação não impediria, portanto, que em ano subsequente a questão jurídica nele debatida viesse a ser selecionada e decidida pelo STF. Esta fórmula seria libertadora para o Tribunal, que se desprenderia do dever de julgar processos em número superior à capacidade física de seus Ministros. Duas últimas observações: a) seria necessário conceber uma forma racional de lidar com o estoque de recursos que se acumularam até aqui; b) a deliberação acerca da existência ou

não de repercussão geral deveria ser feita em função da tese jurídica objeto de discussão, sem identificação de partes ou advogados.

3.4.4. A reserva de plenário

A regra da reserva de plenário aplica-se também ao Supremo Tribunal Federal, seja em controle principal ou incidental⁹⁴. O incidente de constitucionalidade perante a Corte, no entanto, não segue o procedimento do CPC, mas sim o do Regimento Interno do STF (arts. 176 a 178). A submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário, a ser feita por qualquer das duas turmas, independe de acórdão, devendo apenas ser previamente ouvido o Procurador-Geral da República. Após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade, o plenário julgará diretamente a causa, sem devolvê-la ao órgão fracionário, como ocorre nos demais tribunais. Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, com o *quorum* constitucional de maioria absoluta, far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X.

3.4.5. Cabimento simultâneo dos recursos especial e extraordinário

Na sistemática adotada pela Constituição de 1988, se o tribunal *a quo* (i.e., do qual provém a decisão) tiver abrigado em sua fundamentação questões constitucionais e infraconstitucionais, caberá, simultaneamente, recurso extraordinário e recurso especial⁹⁵. Na prática, a não interposição de um dos recursos pode inviabilizar a pretensão recursal tanto no STF quanto no STJ, na medida em que ambos os tribunais negam-se a conhecer do recurso que lhes caberia apreciar quando entendem que eventual decisão seria inócua, pela subsistência de fundamento suficiente à manutenção do julgado recorrido⁹⁶. A lógica, em tese, é simples: evitar o dispêndio de tempo com julgamentos que seriam incapazes de produzir qualquer efeito prático no mundo da vida. No entanto, desde que ambos os recursos tenham sido interpostos, o STF não costuma deixar de julgar o extraordinário em razão do não provimento do especial⁹⁷.

O procedimento a ser seguido nesses casos encontra-se no art. 543, do CPC: os autos são remetidos inicialmente ao STJ. O julgamento do recurso extraordinário ocorrerá na sequência, a menos que a pretensão do recorrente tenha restado prejudicada pela primeira decisão⁹⁸. Todavia, se a questão constitucional for prejudicial ao julgamento do recurso especial, o relator deste poderá inverter a ordem de julgamentos, remetendo os autos para apreciação do recurso extraordinário em primeiro lugar. A inversão poderá ser recusada pelo relator do processo no STF, em decisão irrecorrível, caso entenda inexistente a mencionada relação de prejudicialidade.

II — EFEITOS DA DECISÃO

1. Eficácia subjetiva e objetiva. Inexistência de coisa julgada em relação à questão constitucional

O controle incidental de constitucionalidade das leis é exercido, como assinalado

anteriormente, no desempenho regular da função jurisdicional. Instaurado o processo, por iniciativa do autor e após a citação do réu, cabe ao juiz ouvir os argumentos das partes e, observado o devido processo legal, produzir uma sentença que ponha termo ao litígio. Um processo de conhecimento típico resultará na prolação de uma sentença de mérito, por via da qual o órgão judicial acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido formulado.

Desse conjunto de noções básicas de direito processual extraem-se algumas consequências relevantes. Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte *dispositiva* da sentença (CPC, art. 458), na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada.

Veja-se, então. A decisão que declare que um tributo não é devido porque a lei que o instituiu viola o princípio da anterioridade, ou a que considere a majoração legal do valor do aluguel, no curso do contrato, prejudicial ao ato jurídico perfeito, produzem efeitos apenas entre as partes do processo: contribuinte e Fazenda Pública, no primeiro caso; locador e locatário, no segundo. Em ambas as hipóteses, o juiz reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicável, e os efeitos desse reconhecimento repercutem apenas *inter partes*. Porém, há mais a observar: a declaração de inconstitucionalidade não era o objeto de nenhum dos dois pedidos, mas apenas a razão de decidir. Na verdade, como já visto, era uma questão prejudicial, que precisava ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio. Ora bem: por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional⁹⁹.

2. Eficácia temporal

Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade (v., *supra*), ficou assentado que a corrente amplamente dominante no Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaratória, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos.

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis. Nos exemplos formulados — o do tributo e o da majoração de aluguel —, as partes ficam desobrigadas de pagá-los não apenas

a partir da sentença, mas desde o advento da lei que serviu de fundamento à exigência. E terão o direito de exigir a restituição de qualquer parcela que tenham pago indevidamente, em período anterior à decisão.

Um caso curioso envolvendo a questão da eficácia retroativa da decisão incidental de inconstitucionalidade chegou ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro. Uma empresa depositou em juízo parcelas referentes a determinado tributo, ao mesmo tempo que discutia sua exigibilidade. O pedido não foi acolhido, a decisão transitou em julgado e operou-se a decadência do direito de propor ação rescisória. Após tudo isso, em ação movida por outra empresa contribuinte, o Supremo Tribunal Federal, julgando recurso extraordinário, declarou a inconstitucionalidade da norma que autorizava a cobrança, havendo o Senado suspenso a execução da lei. A primeira empresa, que não teve acolhido o seu pedido, verificou que o depósito que havia feito ainda não fora convertido em renda para a União e pediu seu levantamento. A Fazenda Pública impugnou o requerimento, alegando a existência de coisa julgada a seu favor. Parece-me fora de dúvida que a solução correta é o deferimento do pedido, por um critério de ponderação de valores: na hipótese, a coisa julgada, que nem sequer havia produzido a plenitude de seus efeitos, não pode prevalecer sobre a justiça da recuperação do dinheiro pelo contribuinte¹⁰⁰.

É possível figurar, hipoteticamente, situações em relação às quais não será viável a eliminação da totalidade dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. Ao menos não plenamente e na mesma espécie. Suponha-se, por exemplo, que uma lei municipal proibisse o funcionamento de bingos em seu território. Um indivíduo ou uma empresa, que firmaram um contrato de locação de ponto comercial, fizeram obras de adaptação e adquiriram equipamentos, veem-se na contingência de cessar a atividade, rescindir ajustes e pagar multas contratuais, amargando grande prejuízo. A eventual declaração de inconstitucionalidade da lei não irá repô-los no *status quo ante*, por não ser possível refazer o que foi desfeito. Mas o administrado terá direito a uma indenização compensatória das perdas e danos que sofreu, substituindo-se a tutela específica por seu equivalente pecuniário¹⁰¹.

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados (v. *supra*)¹⁰². Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99¹⁰³ e outras vezes sem referência a ele¹⁰⁴. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal¹⁰⁵.

3. Decisão pelo Supremo Tribunal Federal e o papel do Senado Federal¹⁰⁶

Também ao Supremo Tribunal Federal, como estudado, cabe declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Poderá fazê-lo em causa de sua competência originária — e.g., um mandado de segurança contra ato do Presidente da República (CF, art. 102, I, *d*) —, ao julgar recurso ordinário — e. g., interposto contra a denegação de um *habeas corpus*

pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 102, II, *a*) — ou na apreciação de um recurso extraordinário. Por exemplo: o juiz de primeiro grau considerou legítima a cobrança de um tributo, mas o Tribunal Regional Federal, após incidente de inconstitucionalidade regularmente processado, determinou que a Fazenda Pública se abstinhasse de cobrá-lo (art. 102, III, *b*).

Em qualquer dessas hipóteses — dentre as quais a mais corriqueira é a do recurso extraordinário —, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, por maioria absoluta, poderá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Nesse caso, a tradição brasileira, iniciada com a Constituição de 1934¹⁰⁷, prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal¹⁰⁸, que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional. Na Constituição de 1988, a providência consta do inciso X do art. 52¹⁰⁹.

A razão histórica — e técnica — da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

Questões de maior ou menor complexidade, referentes ao papel a ser desempenhado pelo Senado Federal, têm sido enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência. Veja-se a seguir a resenha das principais soluções dadas:

a) a atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo¹¹⁰;

b) a competência do Senado somente é exercitável nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e não quando a inconstitucionalidade venha a ser pronunciada em sede de ação direta de inconstitucionalidade¹¹¹;

c) a despeito da dicção restritiva do art. 52, X, que se refere apenas à *lei* declarada inconstitucional, a interpretação dada ao dispositivo tem sido extensiva, para incluir todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais¹¹²;

d) embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado¹¹³.

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n.

16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção¹¹⁴. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!

Por evidente, o reconhecimento da inconstitucionalidade — seja em controle abstrato, seja pela extensão dos efeitos da decisão em concreto — não afeta, direta e automaticamente, todas as situações preexistentes. Em nome da segurança jurídica, da justiça ou de outros valores constitucionais, haverá hipóteses protegidas pela coisa julgada, pela boa-fé, pela prescrição ou decadência ou outros bens e interesses que imponham ponderação, como já admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v., *infra*), mesmo antes das inovações legislativas que permitiram a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade¹¹⁵.

III — O MANDADO DE INJUNÇÃO

1. Generalidades

O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (v., *infra*). Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo institucional de fiscalização abstrata, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e materializada em processo objetivo. Já o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público. O instituto vem delineado no art. 5º da Constituição, com a seguinte redação:

“LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Decorridos muitos anos de vigência da Constituição de 1988, o mandado de injunção ainda não havia sido regulamentado pela legislação infraconstitucional. E, inegavelmente, jamais atendeu de modo significativo às expectativas criadas com sua instituição. A principal causa de tal frustração de propósitos tem sido identificada na posição excessivamente restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao conteúdo e

alcance dessa nova ação constitucional. A posterior atenuação da jurisprudência da Corte não foi suficiente para dar-lhe um papel relevante no sistema. A verdade é que, no contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência, como se procurará demonstrar adiante. A seguir, o relato da trajetória de pouco sucesso do mandado de injunção, *o que foi sem nunca ter sido*¹¹⁶.

2. Competência

Quatro dos cinco dispositivos constitucionais referentes ao instituto tratam da fixação de regras de competência originária e recursal dos tribunais para apreciá-lo: art. 102, I, *q*, e II, *a* — Supremo Tribunal Federal; art. 105, I, *h* — Superior Tribunal de Justiça; art. 121, § 4º, V — Tribunais Regionais Eleitorais. O objetivo do constituinte foi concentrar a apreciação do mandado de injunção nos tribunais. De fato, partindo da premissa de que ele se destina a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa, a concentração da competência nos tribunais evita a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, evitando decisões conflitantes ou não isonômicas.

A Constituição repartiu a competência para o julgamento com base na fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante, o que levou alguns à crença de que se trata de um critério *ratione personae*¹¹⁷. Esse entendimento se harmoniza com a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o polo passivo da relação processual deve ser integrado pelo órgão omissor, e não pela pessoa a quem incumbiria a prestação demandada pelo legitimado ativo, dependente de norma regulamentadora. Como adiante se procurará demonstrar, esse ponto de vista não parece o melhor, haja vista que o objeto da ação é a efetivação do direito subjetivo e não a declaração em tese da omissão de determinado órgão. Como consequência, o sujeito passivo da ação deveria ser ocupado pela pessoa a quem incumbe a eventual satisfação da pretensão.

Observados os parâmetros do texto constitucional, podem as Constituições dos Estados instituir mandado de injunção no plano estadual, como aliás fizeram à unanimidade¹¹⁸. A competência, nesse caso, tende a recair nos Tribunais de Justiça, em consonância com o modelo federal de concentração do julgamento da ação nos tribunais. Mas não haveria inconstitucionalidade em atribuí-la aos juízes de primeiro grau em determinadas hipóteses, notadamente quando a omissão fosse em relação a norma municipal. Não serão, todavia, hipóteses corriqueiras, pois a natureza dos direitos resguardáveis por mandado de injunção normalmente reclamará lei federal¹¹⁹.

3. Legitimação

A legitimação ativa para impetração da medida não destoa da regra geral: tem-na o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora¹²⁰. Também as entidades de classe ou associativas e os sindicatos, *substituindo processualmente* seus membros ou filiados, a exemplo do que ocorre no mandado de *segurança* coletivo (CF, art. 5º, LXX)¹²¹, poderão ajuizar a ação de mandado de injunção. Tratar-se-á, no caso, de verdadeiro “*mandado de injunção coletivo*”¹²². E, sendo *difusos* ou *coletivos* os interesses

a serem protegidos, poderá o Ministério Público promover o mandado de injunção (Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, VIII).

A legitimação passiva exige análise um pouco mais minuciosa. O texto constitucional, como natural, instituiu o remédio, mas não detalhou sua aplicação. Caberia ao legislador ordinário fazê-lo. Diante da ausência de normatização, todavia, coube à doutrina e à jurisprudência enfrentar o tema. Duas construções parecem razoáveis no tratamento da legitimação passiva. A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão¹²³, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção. Se, por exemplo, o legislativo federal se omitir em regulamentar um benefício constitucional outorgado aos segurados da Previdência Social, partes passivamente legitimadas seriam o Congresso e o INSS, a quem caberia, em última análise, suportar as consequências de eventual desfecho favorável ao impetrante¹²⁴.

A segunda posição em relação a esse tema é no sentido de que a legitimação passiva deve recair, *tout court*, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte¹²⁵. Todavia, mesmo que não figure como parte, parece de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão¹²⁶. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, afastando-se das duas correntes acima, firmou jurisprudência no sentido de que a legitimação passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação¹²⁷.

Esse entendimento, naturalmente, não é compatível com aquele que aqui se está afirmando, no sentido de que o objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante na solução do caso concreto, vinculando tão somente as partes do processo. Por tal ponto de vista, é a parte privada (ou não) devedora da obrigação prevista na norma constitucional que deverá figurar no polo passivo, e, quanto a ela, a decisão não terá caráter mandamental. No fundo, a divergência em relação à posição majoritária da Suprema Corte reside, precisamente, na atribuição que ela faz de natureza mandamental ao instituto¹²⁸.

A tese que o Supremo Tribunal Federal adota relativamente ao polo passivo repercute sobre seu entendimento acerca da fixação ou não de prazo para que seja sanada a mora. De fato, em mandado de injunção no qual reiterou não ser autoaplicável o § 3º do art. 192 da Constituição¹²⁹, pronunciou-se no sentido da existência de mora legislativa em razão da não edição da lei complementar necessária à sua eficácia. Todavia, recusou-se a Corte, na hipótese, a estabelecer um prazo para ser sanada a mora, sob o argumento de que tal só é cabível quando o próprio órgão omissor é o devedor da prestação obstaculizada pela omissão¹³⁰.

4. Objeto

A determinação do objeto do mandado de injunção tem sido uma das questões mais tormentosas na matéria. Há dissensão entre alguns autores, mas, sobretudo, uma grande oposição entre o que pensa a maior parte da doutrina e a jurisprudência que se formou no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A discordância reside, sobretudo, em estabelecer se o

mandado de injunção se destina a possibilitar o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente.

Já houve quem sustentasse que o mandado de injunção cumula as duas finalidades alvitradas acima¹³¹. Assim, na apreciação do *writ*, poderia o órgão julgador: (i) determinar à autoridade ou órgão competente a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional; ou (ii) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal. Sem embargo da respeitabilidade de uma e outra opiniões, somente a segunda proposição parece acertada. É que não se ajusta aos lindes do instituto a ideia de *determinar* a quem quer que seja que expeça um ato normativo. Tal objeto — e, assim mesmo, com o caráter de mera *ciência* — aproxima-se mais da tutela a ser prestada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º)¹³².

À vista da clara distinção entre os dois remédios, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo¹³³. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária. A função do mandado de injunção é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, “independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada”¹³⁴.

Os pressupostos de cabimento e o objeto do mandado de injunção fixam-lhe uma esfera delimitada de atuação, fato que infirma as apreensões dos que temiam uma amplitude incontrollável para a nova ação. A jurisprudência tem cuidado de demarcar alguns contornos. Por exemplo: não será cabível o pedido quando a norma constitucional for autoaplicável¹³⁵. Mesmo a recusa da autoridade em aplicar uma norma autoaplicável não lhe retira tal qualidade¹³⁶. Nessa hipótese, por inexistir lacuna legislativa, o caso não é de injunção, mas de mandado de segurança¹³⁷. A Suprema Corte já deixou claro, também, não ser o mandado de injunção a via própria para fazer cumprir lei já existente¹³⁸. A propósito, se norma houver, o fato de ser ela insatisfatória não ensejará o ajuizamento do requerimento de injunção¹³⁹, a menos que se esteja diante de um vício de omissão inconstitucional parcial, que ocorre quando há a exclusão de determinado grupo que deveria necessariamente figurar entre seus destinatários. Nesse caso, os excluídos deverão poder utilizar-se do mandado de injunção, porque para eles a situação equivale à ausência de norma¹⁴⁰.

Quando ocorrer a edição de norma superveniente ao pedido¹⁴¹ (ainda que se trate de medida provisória¹⁴²), viabilizando o exercício do direito reclamado, ter-se-á uma situação de prejudicialidade que afetará o próprio curso da ação injuncional¹⁴³. Desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem decidido o Supremo Tribunal Federal que, se o

Executivo encaminhou mensagem com projeto de lei ao Congresso — nos casos de iniciativa do Presidente —, ou se projeto de lei já foi apresentado à Câmara ou ao Senado, descabe o mandado de injunção¹⁴⁴. Esse foi o fundamento pelo qual se rejeitaram pedidos (i) de procuradores autárquicos que reclamavam omissão do Presidente da República em encaminhar ao Congresso projeto dispendo sobre a Advocacia-Geral da União (art. 29, § 2º, do ADCT)¹⁴⁵, (ii) de Defensor Público em relação à lei a que se refere o art. 22 do ADCT¹⁴⁶ e (iii) de aposentados e pensionistas da Previdência Social em relação ao art. 201, V, §§ 5º e 6º¹⁴⁷. Assinale-se que, em ação de inconstitucionalidade por omissão, a mesma tese foi seguida pelo STF, que julgou prejudicado o pedido por haver o Executivo encaminhado ao Congresso o projeto de lei previsto no art. 29, § 2º, do ADCT¹⁴⁸.

A omissão que possibilita o requerimento de mandado de injunção poderá ser de norma regulamentadora de qualquer hierarquia — lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas —, desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional. O Supremo tem entendido que, existindo a lei, o fato de ela não satisfazer os ditames constitucionais não é situação equiparável à falta de norma jurídica, e que a inconstitucionalidade eventual do regramento em vigor não comporta correção por meio de mandado de injunção¹⁴⁹. Apesar de fundada oposição doutrinária¹⁵⁰, essa foi a linha jurisprudencial que prevaleceu¹⁵¹.

5. Procedimento

Como já assinalado, passados muitos anos da promulgação da Constituição de 1988, o mandado de injunção jamais foi regulamentado, inexistindo lei específica definindo seu procedimento. Houve até mesmo quem cultivasse a ironia de que o instituto, criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais carentes de regulamentação, não era em si autoaplicável¹⁵², tese que não prevaleceu¹⁵³. A adoção do rito do mandado de segurança, preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, foi chancelada em sede legislativa¹⁵⁴, sem embargo de crítica procedente de que mais adequado seria o procedimento ordinário¹⁵⁵. O Tribunal entende incabível o pedido de medida cautelar¹⁵⁶, posição da qual se discorda, em linha de coerência com o alcance aqui preconizado para o instituto. De fato, presentes os pressupostos, afigura-se possível a formulação da regra faltante para o caso concreto *in limine litis*, de caráter provisório, por aplicação analógica do disposto acerca do mandado de segurança (art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51)¹⁵⁷.

6. A decisão e seus efeitos

A controvérsia acerca do objeto do mandado de injunção reflete, naturalmente, no conteúdo da decisão a ser proferida. Duas linhas antagônicas de entendimento têm sido seguidas na matéria.

Coerente com a posição doutrinária aqui sustentada, afigura-se melhor a orientação que identifica no provimento judicial na espécie uma natureza *constitutiva*¹⁵⁸, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto¹⁵⁹, com eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Esse caráter constitutivo, porém, só se verifica no plano da criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção

tem nítido caráter *instrumental*. Uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade¹⁶⁰, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Aqui, então, poderá *declarar* nulo um ato¹⁶¹, *constituir* uma nova relação jurídica, *condenar* a alguma prestação (v.g., pecuniária) ou mesmo emitir uma ordem, um *mandamento* para que se faça ou não alguma coisa¹⁶².

De outro lado, há os partidários da tese segundo a qual a decisão proferida no mandado de injunção tem caráter *mandamental*¹⁶³. Por tal orientação, caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação, para que este adote as providências necessárias e, se se tratar de direito oponível contra o Estado, suspender os processos judiciais e administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse omissão inconstitucional¹⁶⁴. Esse o entendimento que teve a adesão da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁵, como se analisa a seguir.

Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava¹⁶⁶, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o julgamento do MI 107-3-DF, onde se lavrou:

“Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional”¹⁶⁷.

Assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e *nenhum* para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado¹⁶⁸.

Após o ímpeto inicial de rejeição às potencialidades do novo remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal parece haver se sensibilizado com a crítica dos doutrinadores e com a discordância dos tribunais inferiores. Deveras, sem acolher plenamente as ideias aqui sustentadas, a Corte evoluiu em relação a sua postura original, que praticamente equiparava o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A nova visão do Supremo Tribunal começou a se delinear no julgamento de mandado de injunção impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. Tal dispositivo prevê que cidadãos afetados por atos *discricionários* do

Ministério da Aeronáutica, editados logo após o movimento militar de 1964, fazem jus a uma “reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

A lei não foi editada no prazo previsto. Foi impetrado, assim, o MI 283-5, sob o fundamento de que o exercício de um direito subjetivo constitucional era obstado por tal omissão legislativa. No acórdão, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu a Suprema Corte que, em subsistindo a lacuna legislativa, após o prazo dado para a purgação da mora, seria possível ao titular obter reparação por perdas e danos¹⁶⁹. O mesmo acórdão cuidou de deixar remarcado que, além de declarar a mora do legislador, o mandado de injunção era deferido para:

a) assinar o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo, inclusive a sanção presidencial;

b) se ultrapassado esse prazo, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, a reparação devida;

c) declarar que, prolatada a sentença condenatória, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe for mais favorável.

Pouco adiante, em mandado de injunção impetrado com base na mesma disposição constitucional (art. 8º, § 3º, do ADCT), decidiu-se que, tendo em vista o escoamento do prazo que concedera no *writ* anterior, era desnecessária nova comunicação ao Congresso Nacional, sendo facultado aos impetrantes ingressar imediatamente em juízo para obter a reparação a que faziam jus¹⁷⁰. O Supremo Tribunal Federal, ao firmar tal posição: a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional integradora) em norma de eficácia plena; b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de *qualquer* direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu Título II¹⁷¹.

Essa mudança na orientação do Supremo Tribunal Federal foi reafirmada no julgamento do MI 232-1, onde se discutiu o alcance do § 7º do art. 195 da Constituição de 1988, que estabelece serem “isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. Decorridos mais de dois anos da promulgação da Carta, tal lei não havia ainda sido editada, apesar de o art. 59 do ADCT haver fixado um prazo máximo de seis meses para sua apresentação e outros seis para que fosse apreciada pelo Congresso Nacional. Na parte relevante para o tema aqui versado, a decisão foi assim ementada:

“Mandado de injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”¹⁷².

Note-se, no entanto, que, na hipótese aqui versada, o tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas o condicionava ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica.

Em linha dissonante da posição do Supremo Tribunal, mas afinada com a maior parte da doutrina, e em hipótese mais típica de lacuna legislativa, o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, concluiu, *in verbis*:

“É admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que proveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada. — Não conflita com a Carta da República a disposição do art. 84, parágrafo único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata de ‘licença sindical’ para os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos da categoria, durante o exercício do mandato. — A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira”¹⁷³.

Cuidava-se, na hipótese, de mandado de injunção requerido por dois policiais que haviam sido eleitos para cargos de direção da Federação Nacional da Polícia Civil e que pediam afastamento de seus cargos, invocando o art. 84, parágrafo único, da Constituição do Estado, que previa: “A lei disporá sobre a licença sindical para os dirigentes de Federações e sindicatos de servidores públicos, durante o exercício do mandato, resguardados os direitos e vantagens de cada um”. A lei referida, que disciplinaria as condições da licença, ainda não fora editada.

O acórdão, enriquecido por substancial pesquisa, estabeleceu com acuidade três premissas:

a) a legitimação passiva recai sobre o Secretário de Estado de Polícia Civil, a quem compete conceder a licença (a rigor técnico, como se sabe, a autoridade apenas presta informações, sendo o Estado o sujeito passivo);

b) ao órgão ao qual se imputa a omissão é dada ciência da impetração;

c) diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra concreta e aplicá-la, limitada, subjetivamente, às partes do processo.

No mérito, acolheu-se o pedido e reconheceu-se aos impetrantes o direito ao gozo de licença não remunerada durante o exercício dos respectivos mandatos. A decisão fundou-se nos critérios adotados pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, embora inaplicável à espécie, inspirou a regra concreta formulada pelo órgão julgador.

Por fim, vale destacar que a partir do final de 2007, o STF parece haver cedido aos apelos da doutrina dominante, conferindo efetividade ao mandado de injunção. A mudança se deu em questão envolvendo o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, que exige a edição de lei específica para disciplinar o tema. Diante da inexistência de lei, o STF vinha entendendo que o referido direito não poderia ser

exercitado pelos servidores. A Corte já havia, inclusive, conhecido de mandados de injunção relativos ao tema, decidindo, porém, pela impossibilidade de suprir a lacuna deixada pela omissão do legislador. A mudança ocorreu no julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, tendo o Tribunal decidido pela aplicação analógica da lei que regula o direito de greve dos empregados da iniciativa privada (Lei n. 7.783/89)¹⁷⁴. A decisão é aplicável a todos os servidores, afastando os efeitos da omissão legislativa em caráter geral. Nesse ponto, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Enrique Ricardo Lewandowski, que restringiam o alcance da decisão à categoria representada pelo sindicato que havia proposto a demanda. Em precedente posterior, o Tribunal valeu-se novamente da mesma lógica para reconhecer a possibilidade de se conceder aposentaria especial aos servidores públicos que efetuem trabalho insalubre, a despeito de ainda não ter sido editada a lei prevista no art. 40, § 4º, da Constituição. Determinou-se, também aqui, a aplicação analógica da lei que regula a matéria em relação aos trabalhadores em geral (Lei n. 8.213/91)¹⁷⁵.

Com essa decisão, o STF finalmente diferenciou, no que concerne aos efeitos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão inconstitucional. Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido¹⁷⁶.

Ainda em relação ao tema, cabe uma última observação acerca da legitimidade do estabelecimento judicial de um regramento temporário nos casos de omissão legislativa. Tal possibilidade não deve ser vista como violação à separação dos Poderes, por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para o controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que a doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão. A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Em segundo lugar, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro Poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais¹⁷⁷. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição. Finalmente, veja-se que a adoção de um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder omissor, que pode abandonar a inércia e dar ao tema tratamento específico, afastando o regime que haja sido instituído pelo Judiciário.

1 V. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1997, p. 97; e Alfredo Buzaid, *Da ação*

direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, 1958, p. 24-5

2 STF, *RTJ*, 95:202, 1981, RE 86.161-GO, rel. Min. Soares Muñoz. No controle incidental, a decretação de inconstitucionalidade, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício pelo juiz. Aplica-se aqui a regra geral de que as questões de direito — de que é exemplo, evidentemente, saber se uma norma é constitucional ou não — sempre podem ser conhecidas por iniciativa oficial, independentemente de terem sido suscitadas pelos interessados. V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 37.

3 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 37: “Não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*. Nada importa que a questão de inconstitucionalidade só venha a ser suscitada, pela primeira vez, em segundo grau de jurisdição”.

4 STF, *DJU*, 27 ago. 1993, p. 17022, RE 117.805-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso. À falta de prequestionamento na instância ordinária e de arguição pelo recorrente de inconstitucionalidade do diploma local que assim dispunha, o tema não pode ser enfrentado em recurso extraordinário” (texto ligeiramente editado). V. também STF, *DJU*, 24 jun. 1994, AgRg no AI 145.589-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

5 Mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Não pode, assim, ser impetrado contra lei em tese (Súmula 266 do STF), dado que a lei, como qualquer ato normativo em sentido material, ostenta as características de generalidade, impessoalidade e abstração, não afetando diretamente direito subjetivo. Isto só ocorrerá quando se der a prática de ato administrativo de execução da lei (v. STF, *RTJ*, 166:167, 1998, MS 22.132-RJ, rel. Min. Carlos Velloso; e *DJU*, 3 ago. 1990, AgRg no MSMC 21.077-GO, rel. Min. Celso de Mello).

6 STF, *RTJ*, 168:22, 1999, AO 506-AC, rel. Min. Sydney Sanches: é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação popular. Na hipótese, o autor não objetiva a declaração de nulidade do ato normativo, mas a suspensão dos atos administrativos nele fundados.

7 Os argumentos contrários ao cabimento de controle incidental de constitucionalidade na ação civil pública fundavam-se, basicamente, em que ela, por sua natureza, não tutelava apenas uma pretensão concreta, mas o interesse público genericamente e, sobretudo, que o caráter *erga omnes* da decisão importaria em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 379 e s.; e Arruda Alvim, A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *RP*, 81:127, 1996, p. 130-1. Em defesa da posição que era minoritária mas veio a predominar, com ampla discussão dos argumentos contrários e favoráveis, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002, p. 239 e s.

8 STF, *Inf. STF* 571, 2010, RE 411.156-SP, rel. Min. Celso de Mello: “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal”. V. também STJ, *DJU*, 24 jun. 2002, p. 230, REsp 175.222-SP, rel. Min. Franciulli Neto: “O STF admite a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, ao fundamento de que, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim controle difuso de constitucionalidade, passível de correção pela Suprema Corte pela interposição de recurso extraordinário. Na verdade, o que se repele é a tentativa de burlar o sistema de controle constitucional para pleitear, em ação civil pública, mera pretensão de declaração de inconstitucionalidade, como se de controle concentrado se tratasse”.

9 A jurisprudência do STF, firmada de longa data, é no sentido de que não cabe controle por via *principal*, isto é, mediante ação direta, tendo por objeto lei ou ato normativo anterior à Constituição ou à emenda constitucional invocada como paradigma. O fundamento é o de que em tal hipótese já se terá operado a revogação da norma, não havendo sentido em um processo destinado a retirá-la do ordenamento jurídico (v. *RDA*, 188:288, 1992, ADIn 521, rel. Min. Paulo Brossard; e também *RTJ*, 87:758, 1979, 95:980, 1981, 95:993, 1981, 99:544, 1982 e 107:928, 1984). Exatamente por isso, a compatibilidade ou não de uma norma anterior com o sistema constitucional em vigor somente poderá ser aferida em controle incidental. Esse entendimento, todavia, não se estende à arguição de descumprimento de preceito fundamental (v., *infra*), tal como regulamentada pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que previu expressamente o cabimento da medida em relação ao Direito pré-constitucional (art. 1º, parágrafo único, II).

10 A arguição de inconstitucionalidade compreende os atos legislativos em geral, incluindo emendas à Constituição, lei complementar, lei ordinária, medida provisória (que é ato com força de lei), decreto legislativo e resolução de casa legislativa. Também estão abrangidos atos normativos secundários, como o decreto regulamentar, e mesmo atos dos regimentos internos dos tribunais. Não há distinção se o ato impugnado é federal, estadual ou municipal ou se a impugnação se faz em face da Constituição Federal ou Estadual. Tampouco tem relevância se a inconstitucionalidade apontada é de natureza formal ou material. Na doutrina, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 36, e Lenio Luiz

Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002. Na jurisprudência: “Incidente de inconstitucionalidade. Confronto de lei estadual perante a Carta Federal. Possibilidade de controle difuso e de seu julgamento pelo Tribunal Estadual. No controle difuso, qualquer juiz poderá pronunciar a inconstitucionalidade de lei estadual perante a Constituição da República, e, tratando-se de órgão fracionário do Tribunal, caberá tal pronúncia ao órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/88, consoante o incidente regulado nos artigos 480 e 481 do CPC. Não importa, para tal arte, que, na via direta e concentrada, o Tribunal local seja competente somente para pronunciar a inconstitucionalidade perante a Constituição do Estado (art. 125, § 2º, da CF/88), pois o art. 97 da CF não é regra de competência, mas forma de julgamento da questão constitucional, em virtude do *quorum* exigido em casos que tais” (TJRS, j. 30-12-2000, Incidente de inconstitucionalidade n. 70000670174, rel. Des. Araken de Assis).

11 V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 29: “[No controle por via incidental] a questão da constitucionalidade é apreciada no curso do processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide”; e Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, p. 23-4: “O exame sobre a inconstitucionalidade representa *questão prejudicial*, não a *questão principal* debatida na causa; por isso o juiz não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença”.

12 A Constituição Federal assegura a plena possibilidade de o juiz de primeiro grau realizar o controle difuso de constitucionalidade. V. *DJU*, 27 ago. 1993, p. 17022, RE 117.805-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *a contrario sensu*, e *RT*, 554:253, 1991, RE 89.553, rel. Min. Rafael Mayer. Na doutrina, v. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed., v. 3, p. 625; e ainda, por todos, Carlos Mário da Silva Velloso, *Temas de direito público*, 1997, p. 152. Para uma discussão ampla e já superada acerca dessa possibilidade, que teve opositores de peso, v. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, p. 59 e s. Desde o início da República prevalece esse entendimento, como se colhe em Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, v. 1, p. 19: “Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro”.

13 Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002, p. 362-3, argumenta haver uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o exercido pelos tribunais. Segundo sustenta, ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo. Textualmente: “Note-se: o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei; apenas deixa de aplicá-la, isto porque somente na forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade”. A doutrina, em geral, não acompanha essa distinção. V. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 104; e Ronaldo Poletti, *Controle de constitucionalidade das leis*, 2000, p. 198: “A declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação”.

14 Assim dispõe a CF 88: “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”.

15 Prevê o art. 93 da CF 88: “XI — 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” (redação dada pela EC n. 45, de 2004).

16 V. STF, *RF*, 349:230, 2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “O art. 97 da Constituição de 1988 aplica-se não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências”.

17 Embora não a presença de todos os juízes do tribunal, como já decidiu o STF (*RTJ*, 111:393, 1985, RE 100.148-PB, rel. Min. Francisco Rezek).

18 *DJU*, 21 maio 1999, p. 33, RE 240.096-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence; *DJU*, 19 mar. 1993, p. 4280, HC 69.939-MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence; e *DJU*, 30 out. 1998, p. 15, RE 179.170-CE, rel. Min. Moreira Alves: “A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica ‘incidenter tantum’, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o juiz, ou o tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica ‘incidenter tantum’ quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

19 Súmula Vinculante n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua

incidência, no todo ou em parte”.

20 CF/88, art. 16: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 4, de 1993*).

21 O chamado voto de qualidade, a ser proferido pelo Presidente em casos de empate, encontra-se previsto no art. 13, IX, do Regimento Interno do STF. A medida é de constitucionalidade duvidosa, sobretudo se for empregada a fim de se completar a exigência de maioria absoluta em decisões que declarem a inconstitucionalidade de leis e demais atos estatais. Nessa situação específica, além de constituir uma possível ofensa ao princípio do devido processo legal, o voto qualificado não parece suficiente para caracterizar autêntica maioria absoluta, que equivale à maioria dos membros componentes do colegiado. O interesse pragmático em solucionar impasses não pode autorizar que se aceite a ficção de um Ministro duplicado para o grave fim de superar a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

22 STF, *DJe*, 17 jun. 2011, RE 631.102-PA, rel. Min. Joaquim Barbosa: “O recurso extraordinário trata da aplicação, às eleições de 2010, da Lei Complementar n. 135/2010, que alterou a Lei Complementar n. 64/1990 e nela incluiu novas causas de inelegibilidade. Alega-se ofensa ao princípio da anterioridade ou da anualidade eleitoral, disposto no art. 16 da Constituição Federal. O recurso extraordinário objetiva, ainda, a declaração de inconstitucionalidade da alínea *k* do § 1º do art. 1º da LC n. 64/1990, incluída pela LC n. 135/2010, para que seja deferido o registro de candidatura do recorrente. Alega-se ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da presunção de inocência, bem como contrariedade ao art. 14, § 9º da Constituição, em razão do alegado desrespeito aos pressupostos que autorizariam a criação de novas hipóteses de inelegibilidade. Verificado o empate no julgamento do recurso, a Corte decidiu aplicar, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para manter a decisão impugnada, proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Recurso desprovido. Decisão por maioria”.

23 STF, RE 633.703-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24 mar. 2011.

24 Nesse sentido se consolidou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê em *RT*, 767:174, 1999, RE 199.017-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, e *RTJ*, 164:1093, 1998, RE 192.218-BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Nessa linha, a Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, acrescentou um parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “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”.

25 STF, *RTJ*, 147:1079, 1994, AgRg no RE 158.835-RJ, rel. Min. Celso de Mello; *RTJ*, 151:302, 1995, AgRg no RE 156.557-MG, rel. Min. Celso de Mello; *RTJ*, 148:923, 1994, RE 156.309-MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

26 STF, *RTJ*, 95:955, 1981, ACO 252-SP, rel. Min. Soares Muñoz; *RTJ*, 110:1094, 1984, RE 95.571-MG, rel. Min. Aldir Passarinho; e *RTJ*, 124:415, 1988, QO na AP 294-RJ, rel. Min. Sydney Sanches. Para uma discussão mais ampla sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 57-82.

27 A disciplina jurídica a seguir exposta aplica-se tão somente à arguição perante órgão fracionário do tribunal. Se se tratar de matéria de competência do plenário ou do órgão especial, estes poderão declarar a inconstitucionalidade incidental de norma jurídica, observado o *quorum* do art. 97 da Constituição, independentemente de qualquer procedimento específico.

28 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 46: “A decisão do plenário (ou do ‘órgão especial’), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial *incorpora-se* no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”.

29 V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 41 e 47, especialmente nota 24. V. Súmula do STF 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. A decisão do plenário, todavia, deverá ser junta ao recurso extraordinário interposto com base na alínea *b* do permissivo constitucional (art. 102, III), sob pena de não conhecimento (*RTJ*, 133:459, 1990, RE 121.487-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

30 V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 41 e 47, especialmente nota 24. V. Súmula do STF 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”. A decisão do plenário, todavia, deverá ser junta ao recurso extraordinário interposto com base na alínea *b* do permissivo constitucional (art. 102, III), sob pena de não conhecimento (*RTJ*, 133:459, 1990, RE 121.487-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

31 STF, *Inf. STF* n. 402, 2005, RE 416.827, rel. Min. Gilmar Mendes: “Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001 (arts. 14, § 7º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos — COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso, que não a admitiam, sob o fundamento de que o instituto do *amicus curiae* restringe-se ao processo objetivo, não sendo extensível, ao Supremo, que não é Turma de Uniformização, o procedimento previsto no § 7º do art. 14 da Lei 10.259/2001”.

32 Cabe lembrar que o recurso extraordinário, assim como o especial, que é ramificação dele, não são instrumentos para o exercício de um “terceiro grau” de jurisdição, com reexame da causa, análogo ao que se passa na apelação. Neles somente cabe discussão de questões de direito e, mais especificamente, de direito federal, sem possibilidade de reapreciação de provas. Sobre o tema dos recursos extraordinário e especial, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, cit., p. 562 e s.

33 Nos termos do art. 102 da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal: “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; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (alínea incluída pela EC n. 45/2004).

34 Nos termos do art. 105 da Constituição, compete ao Superior Tribunal de Justiça: “III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (redação dada pela EC n. 45/2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

35 Nos termos do art. 105 da Constituição, o Superior Tribunal de Justiça tem competências originárias e recursais, dividindo-se estas entre as hipóteses de recurso ordinário e as de recurso especial. O procedimento da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público é estabelecido no Regimento Interno do STJ, arts. 199 e 200, e ainda nos arts. 11, IX, e 16, I.

36 *DJU*, 24 jun. 1994, AgRg no AI 145.589-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitiria recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa”.

37 Apenas entre janeiro e abril de 2005 foram distribuídos 9.924 recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal, segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, obtidas no site do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.gov.br>).

38 Diversamente do dispositivo que cuida do cabimento do recurso especial, que faz menção a causas decididas por tribunais (art. 105, III), a redação do art. 102, III, admite o recurso extraordinário contra decisão de juiz de primeiro grau, quando se tratar de decisão em instância única, bem como contra julgado do colegiado recursal dos juizados especiais. V. STF, *RTJ*, 152:610, 1995, RE 146.750-DF, rel. Min. Moreira Alves; e 156:765, 1996, Rcl 461-GO, rel. Min. Carlos Velloso. Sobre o tema, v. André Ramos Tavares, “Perfil constitucional do recurso extraordinário”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*, 2003, p. 3-60.

39 Confirma-se a redação do dispositivo constitucional pertinente, antes da alteração promovida pela EC n. 45/2004: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;”.

40 Isso tende a ocorrer nas matérias previstas no art. 24 da Constituição, em relação às quais cabe à União editar normas gerais, ficando os Estados e o Distrito Federal incumbidos de instituir disciplinas específicas. A grande dificuldade, contudo, reside em definir o que sejam normas gerais, não sendo legítimo converter o conceito em um rótulo vazio. Partindo dessa premissa, o STF invalidou dispositivos da lei federal que institui normas gerais sobre licitações, por terem transbordado o âmbito que lhe era reservado. V. STF, *RTJ*, 157:51, ADInMC 927-RS, rel. Min. Carlos Velloso.

41 Essa solução chegou a obter o aval expresso do STF, em questão de ordem no RE 117.809-PR, *RTJ*, 129:456, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se a interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade. Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial (art. 105, III, *b*), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal,

de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal”. Com o tempo, porém, prevaleceu a tendência de aferir casuisticamente o cabimento de outro recurso, com predominância da tese de que o caso seria de recurso especial em razão da configuração de ofensa indireta à Constituição. Sobre o tema, v. Rita Vasconcellos, “A nova competência recursal do STF para o recurso extraordinário (CF, art. 102, III, *d*)”, in: Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (orgs.), *Reforma do Judiciário — primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, 2005, pp. 649-54.

42 Em sentido contrário, entendendo que a distinção subsistiu, cabendo ao STF apenas o julgamento das questões que envolvam invasão de competência, v. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2005.

43 CPC, art. 541: “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: I — a exposição do fato e do direito (incluído pela Lei n. 8.950, de 13-12-1994); II — a demonstração do cabimento do recurso interposto (incluído pela Lei n. 8.950, de 13-12-1994); III — as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. (...)”.

44 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2003, p. 600: “Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da *admissibilidade* do recurso”.

45 CPC, art. 544: “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”.

46 Tampouco faz diferença a natureza do processo instaurado perante o juiz, sendo indiferente tratar-se de jurisdição voluntária ou contenciosa. Sobre o tema, v. André Ramos Tavares, “Perfil constitucional do recurso extraordinário”, in: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.), *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*, 2003, p. 12-13.

47 CPC, art. 542, § 3º: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões”.

48 Nesse sentido, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2003, p. 602. Tal orientação vem prevalecendo também no STF, que tem admitido a veiculação da pretensão de conhecimento imediato por via de reclamação, medida cautelar ou mesmo petição. Em caso de provimento do pedido, o Tribunal não decide desde logo sobre o cabimento do recurso extraordinário, mas sim determina que o órgão jurisdicional *a quo* realize imediatamente o juízo preliminar que lhe compete. Confirma-se o seguinte trecho de voto do Min. Sepúlveda Pertence: “De sua vez, o art. 542, § 3º, C. Pr. Civ., há de ser aplicado *cum grano salis*. Assim, no caso, seria desastroso para as partes, que — só quando já decidida a causa nas instâncias ordinárias — se viesse a julgar o RE, com provável afirmação da incompetência da Justiça estadual. Defiro a liminar, *ad referendum*, para determinar a sustação do processo principal e o processamento imediato do recurso extraordinário, admitindo-o ou não o il. Presidente do Tribunal *a quo*, do que se pede seja dada ciência ao Relator” (STF, *DJU*, 28 jun. 2001, Pet. 2.260, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

49 Súmula do STF n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

50 No regime anterior, o cabimento estendia-se às questões de direito *federal*. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, reservou-se para o STF apenas as questões constitucionais. Quanto ao direito *local*, v. Súmula do STF n. 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Quanto ao Direito estadual, v. STF, *RT*, 652:219, 1990, AgRg no AI 133.346-SP, rel. Min. Celso de Mello: “Descabe recurso extraordinário para a discussão de direito estadual. A função constitucional do RE revela-se estranha à tutela do direito objetivo dos Estados-membros”.

51 Súmula do STF n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. STF, *RTJ*, 155:632, 1996, RE 160.884-AM, rel. Min. Francisco Rezek; *RTJ*, 159:977, 1997, AgRg no AI 145.985-PR, rel. Min. Celso de Mello; 153:960, 1995, AgRg no RE 115.063-PR, rel. Min. Paulo Brossard; 153:989, 1995, AgRg no AI 145.680-SP, rel. Min. Celso de Mello. A matéria constitucional versada no recurso extraordinário precisa ter sido explicitamente arguida, ventilada e decidida no julgado contra o qual se recorre. Se a questão não tiver sido apreciada na decisão impugnada, se só tiver surgido por ocasião da prolação do acórdão dissentedo ou se só tiver constado do voto vencido, impõe-se a interposição de embargos de declaração.

52 STF, *DJU*, 1º abr. 2005, p. 36, ED no RE 361.341, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Recurso extraordinário: o requisito do prequestionamento não reclama menção expressa ao dispositivo constitucional pertinente à questão de que efetivamente se ocupou o acórdão recorrido”. Coisa diversa é a figura do chamado prequestionamento implícito, não admitido em consonância com o disposto com as Súmulas 282 e 356 do Tribunal, cujos enunciados são os seguintes, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Após a interposição dos embargos de declaração, contudo, o STF admite

conhecer do recurso extraordinário mesmo que o juízo *a quo* haja se recusado a suprir a omissão, ao contrário do que faz o STJ em matéria de recurso especial. V. STF, *DJU*, 13 maio 2005, p. 16, AgRg no RE 399.035-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “A oposição de embargos declaratórios visando a solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal *a quo* persista na omissão a respeito (v.g. RE 210.638, 1ª T., Pertence, *DJ*, 19-6-1998)”.

53 STF, *RTJ*, 155:921, 1996, AgRg no AI 141.290-SP, rel. Min. Carlos Velloso. Se para chegar à alegada violação do preceito constitucional invocado teve a recorrente de partir da ofensa à legislação infraconstitucional, a afronta à Constituição terá ocorrido de forma indireta, reflexa. E somente a ofensa frontal e direta é que autoriza o recurso extraordinário; *DJU*, 7 abr. 2000, rel. Min. Celso de Mello: “A alegada ofensa à Constituição, acaso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, por exigir — para efeito de seu reconhecimento — confronto prévio da legislação comum com o texto constitucional, circunstância esta que, por si só, basta para inviabilizar o conhecimento do recurso extraordinário”.

54 A título de exemplo, v. STF, *DJU*, 24 ago. 2001, p. 63, RE 242.064, rel. Min. Marco Aurélio: “A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”.

55 Essa interpretação exageradamente ampliativa é expressamente desautorizada pela Súmula n. 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

56 Para uma análise dos elementos que caracterizam a *nova interpretação constitucional*, com indicações bibliográficas adicionais, v. Luís Roberto Barroso, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, in: *Temas de direito constitucional*, v. III, 2005, p. 3-59.

57 Para uma abordagem sistemática do fenômeno no direito brasileiro e nas principais experiências estrangeiras, v. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, *RDA*, 240, 2005, no qual se averbou: “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares”.

58 A chamada teoria da eficácia irradiante tem como um de seus marcos fundamentais o célebre caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1951

59 STJ, *RDA*, 202:224, 1994, REsp 68.410, rel. Min. Humberto Gomes de Barros. A incompatibilidade de lei com nova Constituição importa sua revogação por inconstitucionalidade superveniente, sendo tal declaração própria do recurso extraordinário, e não do recurso especial.

60 Súmula do STF n. 513: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.

61 No caso dos Estados Unidos, uma sequência de alterações legislativas terminou por tornar preponderante o acesso à Suprema Corte mediante o *writ of certiorari*, cuja característica marcante é a discricionariedade do tribunal em relação ao juízo de admissibilidade. A revisão por apelação — que, em tese, seria vinculada — foi confinada a hipóteses bastante restritas de cabimento. Nesse sentido, v. Nowak e Rotunda, *Constitutional law*, 1995, p. 26-30. Na Alemanha, o juízo sobre o cabimento da queixa constitucional — principal via de acesso ao Tribunal Constitucional — também é discricionário. A lei que rege o funcionamento da Corte menciona os seguintes critérios abertos: i) significado fundamental jurídico-constitucional da questão; ou ii) existência de um prejuízo especialmente grave para o recorrente no caso de denegação. V. Donald Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 19. Em ambos os sistemas não é obrigatório que os tribunais tornem públicas as razões que levaram ao não conhecimento da matéria.

62 O problema da repetição de questões idênticas reclama solução distinta, que passa por algum sistema de vinculação das instâncias inferiores aos entendimentos jurisprudenciais consolidados no STF. O problema poderá ser parcialmente mitigado pela utilização da súmula vinculante — também introduzida pela EC n. 45/2004 e regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

63 Esse potencial de provocação do debate é destacado por Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, 1996, p. 345: “When a constitutional issue has been decided by the Supreme Court, and is important enough so that it can be expected to be elaborated, expanded, contracted, or even reversed, by future decisions, a sustained national debate begins, in the

newspapers and other media, in law schools and classrooms, in the public meetings and around dinner tables. That debate better matches Hand's conception of republican government, in its emphasis on matters of principle, than almost anything the legislative process on its own is likely to produce".

64 Sobre as relações entre direito e política no Brasil, v. Luís Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*, *Revista de Direito do Estado* 15, 2010.

65 V. Cass Sunstein, *One case at a time — Judicial minimalism on the Supreme Court*, 2001. O autor defende a prática como uma forma legítima de evitar decisões precipitadas, que obstruiriam prematuramente o debate democrático sobre questões ainda não "maduras". Essa postura é parte de um contexto mais amplo, por ele denominado *minimalismo judicial*, o qual envolveria também a preferência por decisões pontuais, restritas ao mínimo necessário para solucionar a controvérsia que as tenha originado. A mesma ideia pode ser encontrada no conceito de *virtudes passivas*, desenvolvido por Alexander Bickel em sua célebre obra *The least dangerous branch*, cuja primeira edição é de 1962. Para uma descrição dos diversos mecanismos de autorrestrrição efetivamente utilizados pela Suprema Corte norte-americana, v. Nowak e Rotunda, *Constitutional law*, 1995, p. 54 e s.

66 Essa linha é seguida, dentre outros autores, por Mark Tushnet, em *Taking the Constitution away from the courts*, 1999, e Stephen Griffin, no seu *American constitutionalism*, 1996. Embora empregando linhas argumentativas diversas, ambos expressam a ideia de que a Corte nem sempre seria capaz de fazer prevalecer suas posições contra as instâncias políticas, sobretudo nas matérias mais controvertidas (Griffin exemplifica com o famoso caso *Korematsu*, em que a Suprema Corte não teria sido capaz de pôr fim ao confinamento de nipo-americanos em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial). Tampouco seria verdadeiro supor que os juízes estejam sempre do lado certo, demonizando o processo político deliberativo. Pelo contrário, Tushnet entende que ambas as esferas vêm alternando altos e baixos ao longo da história. Griffin chega mesmo a afirmar que o papel da Corte teria sido mais relevante no período de formação e consolidação do arcabouço democrático, quando não havia condições adequadas para que as minorias exercessem influência no sistema político.

67 STF, *DJU*, 26 jun. 2007, AI 664.567-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, decidiu a questão de ordem da seguinte forma: (...) 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007".

68 O Regimento Interno do STF, alterado pela referida Emenda Regimental n. 3/2007, determina que a repercussão geral seja demonstrada em preliminar formal, atribuindo ao Presidente da Corte a função de recusar seguimento aos recursos em que ela esteja ausente. Invocando essa previsão, o STF tem exigido que a preliminar seja apresentada em tópico destacado sob pena de não conhecimento, rejeitando agravos regimentais fundados no argumento de que a repercussão geral ou sua demonstração estariam implícitas na argumentação do recorrente. A título de exemplo, v. STF, *DJE*, 20 fev. 2009, AgRg no AI 718.490-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes.

69 Nesse sentido a doutrina já se manifestava antes da edição da referida lei. V. Luiz Manoel Gomes Junior, *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*, *RF*, 378: 53, 2005: "Temos que o instituto da repercussão é um pressuposto recursal específico, ou seja, determinado recurso extraordinário somente poderá ser analisado em seu mérito se a matéria nele contida apresentar o que se deva entender como dotada de repercussão geral. Ausente a repercussão geral, não há como haver qualquer incursão no mérito do recurso".

70 STF, *DJU*, 26 jun. 2007, AI 664.567-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, decidiu a questão de ordem da seguinte forma: 1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal; (...)". Afastou-se com isso a ideia de que esses casos, por envolverem o direito à liberdade, deveriam sempre ser considerados relevantes. A rigor, serão sempre importantes para as partes envolvidas, mas o requisito da repercussão geral diz respeito à transcendência da tese constitucional discutida. Como se vê, trata-se de mais uma confirmação de que o recurso extraordinário é, primordialmente, um instrumento de defesa do Direito objetivo, sem prejuízo de servir mediatamente ao interesse subjetivo das partes.

71 No entanto, o STF entendeu que o órgão *a quo* pode e deve verificar a existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral. Nesse sentido: STF, *DJU*, 26 jun. 2007, AI 664.567-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, decidiu a questão de ordem da seguinte forma: 2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral; (...)".

72 Como esclarecem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2005, p. 103: "É relevantíssimo, portanto, que não se perca de vista que, quando o juiz interpreta um conceito vago, deve valer-se necessariamente de parâmetros razoavelmente objetivos, intimamente ligados aos valores que impregnam o *ethos* dominante. Não se está aqui a afirmar, evidentemente, que se trata de uma tarefa fácil. Por outro lado, não convém que, *a priori*, se tenha uma postura consistente em aceitar a ideia de que a

carga de subjetividade das decisões a respeito de quais sejam as questões que apresentem *repercussão geral* impediria a compreensão, por parte dos operadores do Direito e de toda a sociedade, dos porquês da opção do Poder Judiciário. Admitir que o STF adote conduta inescrupulosa na definição daquilo que deva ou não ser considerado questão de *repercussão geral* é negar a própria ideia de Direito”.

73 Nos termos do § 1º do art. 543-A do CPC, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Alguns autores sugerem alguns critérios para balizamento da expressão “repercussão geral”. Em geral, partem da premissa, também prevista na lei, de que tais questões devem superar os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, Luiz Manoel Gomes Junior, *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*, *RF*, 378:54, 2005: “Ao nosso ver, haverá repercussão em determinada causa/questão quando os reflexos da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes mas, também, a toda uma coletividade (país), mas de uma forma não individual”. V. tb. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2005, p. 98.

74 CPC, art. 543-A, § 3º: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Vale notar, contudo, que mesmo nesses casos o STF tem exigido que o recurso contenha preliminar formal demonstrando a existência da repercussão geral, sob pena de indeferimento liminar. Nesse sentido, v. *DJE*, 20 fev. 2009, AgRg no AI 718.490-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes.

75 V. nesse sentido José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2005, v. V, p. 584; José Rogério Cruz e Tucci, A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, *RT*, 848:60, 2006; Luiz Manoel Gomes Junior, *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*, *RF*, 378:47, 2005; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2005, p. 96; Pedro Gordilho, Aspectos da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, *RDA*, 240:265, 2005.

76 Sydney Sanches, Arguição de relevância da questão federal, *RP*, 627:259, 1988: “O julgamento de relevância de uma questão federal não é atividade jurisdicional, é ato político, no sentido mais nobre do termo”.

77 Tal procedimento era controvertido, mas havia quem o defendesse sob o argumento de ser necessário para que a arguição de relevância pudesse cumprir seu papel. Nesse sentido, v. Sydney Sanches, Arguição de relevância da questão federal, *RP*, 627:260, 1988: “A sessão pode ser administrativa porque o julgamento não é de índole jurisdicional. E, se tivesse de ser pública, sempre haveria de ser admitida a sustentação oral de ambas as partes. E, se a decisão tivesse de ser fundamentada, estaríamos ampliando consideravelmente o número de sessões plenárias do tribunal, que já são duas por semana. E a avalanche de processos continuaria invencível. Os julgamentos retardados. E o problema insuperado”.

78 CF/88, art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (redação dada pela EC n. 45, de 2004). O inciso X do mesmo artigo determina que mesmo as decisões administrativas dos tribunais sejam fundamentadas e proferidas em sessão aberta e regime constitucional. Sobre o tema, v. Luiz Manoel Gomes Junior, *A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*, *RF*, 378:56 e 58, 2005; José Rogério Cruz e Tucci, A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, *RT*, 848:63, 2006; e Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2005, p. 104.

79 Flávio Dino, Hugo Melo Filho, Leonardo Barbosa e Nicolao Dino, *Reforma do Judiciário — Comentários à Emenda n. 45/2004*, 2005, p. 76: “Sobre a decisão do STF inadmitindo o recurso, importante anotar que a Corte não terá que demonstrar detalhadamente por que entende não haver repercussão geral, inclusive à vista de não caber qualquer tipo de controle sobre tal deliberação. Daí a razão do elevado quórum acima indicado” (comentário de Flávio Dino).

80 Em harmonia com essa necessidade e com a tendência de modernização da sistemática processual, a Emenda Regimental n. 31/2007 determinou que a troca de argumentos entre os ministros a respeito da existência de repercussão geral se dê, preferencialmente, por meio eletrônico, segundo a seguinte dinâmica: o relator submete sua apreciação do ponto aos demais ministros, que poderão manifestar-se sobre a matéria no prazo comum de vinte dias. Caso não haja, após decorrido o prazo, manifestações suficientes para negar seguimento ao recurso — manifestação de oito ministros, portanto —, reputa-se caracterizada a repercussão geral. V. Regimento Interno do STF, arts. 323 a 325.

81 CPC, art. 543-A, § 7º: “A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no *Diário Oficial* e valerá como acórdão”.

82 CPC, art. 543-A, § 6º: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

83 CPC, art. 543-A, § 4º: “Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”. Cuida-se, a rigor, de uma consideração aritmética: sendo necessário o voto

de oito ministros para que um recurso não seja admitido por ausência de repercussão geral, e considerando o total de onze ministros, a manifestação de quatro deles a favor do recebimento já torna impossível a obtenção do quórum necessário para a rejeição. Embora seja possível cogitar a possibilidade de que os debates em Plenário pudessem produzir resultado diverso, alterando o convencimento inicial de alguns ministros, é perfeitamente racional e defensável que a manifestação favorável de quatro dentre os cinco componentes da Turma torne dispensável a remessa ao Pleno, ainda mais quando se lembra que o requisito da repercussão geral tem por função precípua a otimização da capacidade de trabalho do STF.

84 CPC, art. 543-A, § 5º: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

85 CPC, art. 543-B, § 1º: “Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

86 Regimento Interno do STF, art. 328: “Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil”.

87 CPC, art. 543-B, § 2º: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”

88 CPC, art. 543-B, § 3º: “Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

89 Interpretando este dispositivo, decidiu o STF, *Inf. STF* n. 479: “O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes em recursos extraordinários, dos quais relator, interpostos contra decisões proferidas pelo TRF da 4ª Região, no sentido de comunicar aos tribunais e turmas de juizados especiais respectivos a determinação de sobrestamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 em face do art. 146, III, *b*, da CF/88, e do art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.569/77 em face do art. 18, § 1º, da CF/67, com redação dada pela EC 1/69, como também no sentido de devolver aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Corte, que versem sobre o tema, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles feitos que já estão a eles distribuídos. Diante disso, deliberou o Tribunal que se comunique, com urgência, aos Presidentes do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e aos coordenadores das Turmas Recursais, bem como ao Presidente da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, para que suspendam o envio ao Supremo dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que tratem da referida matéria, até que este Tribunal aprecie a questão. Na espécie, o TRF da 4ª Região desprovera apelações da União, por entender que, diante da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, visto que a matéria relativa à decadência e prescrição de contribuições previdenciárias somente poderia ser tratada por meio de lei complementar, deveria ser reconhecida a prescrição da execução fiscal. RE 556.664/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE 556.664)RE 559.882/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE 559.882) RE 560.626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 12.9.2007. (RE 560.626)”.

90 STF, *DJE*, 19 dez. 2008, QO no RE 580.108-SP, rel.ª Min.ª Ellen Gracie: “(...) Aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou de jurisprudência dominante. 2. Há, nessas hipóteses, necessidade de pronunciamento expresso do Plenário desta Corte sobre a incidência dos efeitos da repercussão geral reconhecida para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicadas as regras do novo regime, em especial, para fins de retratação ou declaração de prejudicialidade dos recursos sobre o mesmo tema (CPC, art. 543-B, § 3º). 3. Fica, nesse sentido, aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela rediscussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciais *a quo*, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário”.

91 CPC, art. 543-B, § 4º: “Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

92 Nesse mesmo julgamento, o STF destacou que a reforma ou cassação deverá ser feita, inicialmente, pelo Tribunal

ordinário a que esteja vinculado o juízo prolator, dispensando-se a análise de tempestividade do recurso. Caso persista o desrespeito ao precedente – o que tende a ser excepcional – ficaria aberta a vida do recurso extraordinário. V. STF, *DJe*, 3 jul. 2011, Rcl 10793-SP, rel.ª Min.ª Ellen Gracie: “(...) 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei n. 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. (...) 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade (...)”.

93 Em seu relatório sobre a gestão de 2008, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, apresentou alguns indicadores associados à aplicação do novo requisito. Ao longo do ano, o STF assentou a existência de repercussão geral em 115 questões constitucionais, afastando-a em 32 casos. Do total de questões admitidas, 27 deram origem à prolação de uma decisão paradigma, de modo que os juízos inferiores já têm podido exercer o juízo de retratação descrito acima, adequando suas decisões ao entendimento do STF. De forma sintomática, o relatório registrou uma redução de 41,7% no total de processos efetivamente distribuídos aos Ministros, bem como uma redução de 15,5% no acervo de casos à espera de julgamento. O pronunciamento do Ministro encontra-se transcrito no Informativo do STF n. 533, de dezembro de 2008.

94 Negando, todavia, a possibilidade de superposição dos dois sistemas de controle, decidiu o STF, em *DJU*, 23 mar. 2001, p. 83, ADIn 91-SE, rel. Min. Sydney Sanches: “O Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, como é o da ação direta de inconstitucionalidade, que impugna dispositivo de uma lei, em tese, não pode reconhecer, incidentalmente, a inconstitucionalidade de outra lei, que nem está sendo impugnada. Até porque a declaração incidental só é possível no controle difuso de constitucionalidade, com eficácia ‘inter partes’, sujeita, ainda, à deliberação do Senado no sentido da suspensão definitiva da vigência do diploma, ou seja, para alcançar eficácia ‘erga omnes’”.

95 STF, *RT*, 709:233, 1989, AgRg no AI 145.589-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence; *RTJ*, 154:694, 1995, AgRg no AI 155.126-SP, rel. Min. Paulo Brossard. O sistema constitucional vigente prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau; *DJU*, 5 maio 2000, p. 34, AgRg no RE 246.370-1-SC, rel. Min. Celso de Mello: “Assentando-se, o acórdão do tribunal inferior, em duplo fundamento, impõe-se à parte interessada o dever de interpor tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (para exame da controvérsia de caráter meramente legal) quanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (para apreciação do litígio de índole essencialmente constitucional)”.

96 Esse entendimento restritivo consta da Súmula n. 283 do STF, que também é rotineiramente invocada pelo STJ na fundamentação de suas decisões: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Na jurisprudência do STF, v. STF, *DJU*, 5 maio 2000, p. 33, AgRg no RE 245.214-SP, rel. Min. Marco Aurélio: “Assentando-se, o acórdão do Tribunal inferior, em duplo fundamento, impõe-se à parte interessada o dever de interpor tanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (para exame da controvérsia de caráter meramente legal) quanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (para apreciação do litígio de índole essencialmente constitucional), sob pena de, em não se deduzindo qualquer desses recursos, o recorrente sofrer as consequências indicadas na Súmula 283/STF, motivadas pela existência de fundamento inatacado, apto a dar, à decisão recorrida, condições suficientes para subsistir autonomamente”.

97 STF, *DJU*, 5 maio 2000, p. 33, AgRg no RE 245.214-SP, rel. Min. Marco Aurélio: “A circunstância de o Superior Tribunal de Justiça haver examinado o mérito da causa, negando provimento ao recurso especial — e, assim, resolvendo a controvérsia de mera legalidade instaurada nessa via excepcional — não prejudica o conhecimento do recurso extraordinário, que, visando à solução de litígio de índole essencialmente constitucional, foi interposto, simultaneamente, pela mesma parte recorrente, contra o acórdão por ela também impugnado em sede recursal especial”.

98 STF, *DJU*, 18 mar. 2005, p. 62, AgRg no RE 408.989-RS, rel. Min. Marco Aurélio: “Ocorre o prejuízo do extraordinário quando o recorrente haja logrado êxito no julgamento do especial. O Direito é orgânico e dinâmico, sendo certo que, à luz do disposto no art. 512 do Código de Processo Civil, o julgamento proferido pelo Tribunal substituiria a sentença ou a decisão recorrida objeto do recurso”.

99 O Código de Processo Civil, no art. 469, restringe a extensão objetiva da coisa julgada aos “limites da lide” (art. 468) e

afirma expressamente, no art. 469, que não fazem coisa julgada os “motivos” da decisão (inciso I), tampouco “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (inciso III). V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 46.

100 Em parecer acerca do caso, o professor Gustavo Tepedino (*Temas de direito civil*, 1999, p. 449 e s.) defende o mesmo resultado, por outro fundamento: o de que a coisa julgada, por ser garantia individual, pode ser invocada pelo particular, mas não pelo Poder Público. Tal argumento é plausível à luz da Constituição, mas poderia ter de enfrentar a objeção de que o Código de Processo Civil não distingue entre o ente público e o particular relativamente à invocação da autoridade da coisa julgada. Daí a razão de se preferir a tese da ponderação. Destaque-se, porém, a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal aparentemente no mesmo sentido da tese defendida pelo autor: “De logo, a situação não parece ser de retroação, mas de aplicação imediata; de outro lado, quando se entendesse ser o caso da chamada ‘retroatividade mínima’ (Matos Peixoto, ‘apud’ Moreira Alves, ADIN 493, RTJ 143/724, 744), o certo é que a proibição constitucional da lei retroativa não é absoluta, mas restrita às hipóteses de prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 1953, IV/126), do que, evidentemente, não se trata. *Até porque, de regra, não os pode invocar contra o particular o Estado de que dimana a lei nova*” (STF, DJU, 9 ago. 2002, RE 244.931-PA, rel. Min. Moreira Alves) (grifo acrescentado). Registre-se, contudo, que o TRF da 2ª Região optou por dar prevalência à regra da coisa julgada: “Requerimento de levantamento de depósitos judiciais efetuados pelas ora Agravantes, correspondentes à contribuição ao PIS, nos moldes dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88, indeferido pelo MM. Juízo de 1º grau quanto aos exercícios de 1989 e seguintes. A Resolução n. 49, do Senado Federal determinou a suspensão da exigibilidade dos referidos decretos-leis, por terem sido declarados inconstitucionais pelo Eg. Supremo Tribunal Federal. V. acórdão ao considerar inconstitucional a majoração do PIS por decreto-lei, apenas ao exercício de 1988, formou nos autos do mandado de segurança a coisa julgada, não tendo a Resolução n. 49, do Senado Federal, a faculdade de alterar este acórdão já transitado em julgado” (TRF — 2ª Reg., DJU, 29 out. 2002, Ag 84.899 [Proc. 2001.02.01.035536-4], rel. Juiz Paulo Espírito Santo).

101 Essa a posição amplamente predominante na doutrina, já esposada, exemplificativamente, por Amaro Cavalcanti (*Responsabilidade civil do Estado*, t. 2, 1956, p. 623):

“(…) declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado — quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede no caso de impostos, taxas ou multas inconstitucionais — quer satisfazendo-se os prejuízos, provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta”. O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou nesse sentido: “O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional” (STF, RDA, 20:42, 1945, RE 8.889-SP, rel. Min. Castro Nunes). Mais recentemente, a tese foi reafirmada em despacho do Min. Celso de Mello no RE 153.464, RDA, 189:305, 1992.

102 STF, RTJ, 100:1086, 1982, RE 78.533-SP, rel. Min. Decio Miranda; e DJU, 8 abr. 1994, RE 78.533, rel. Min. Francisco Rezek.

103 V. *Inf. STF*, 334:1, dez. 2003, Rcl 2.391, rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa. Nesse caso, no qual se discutia incidentalmente a constitucionalidade de dispositivos legais que impediam ou limitavam o direito do réu de recorrer em liberdade, assim consignou o Informativo acima referido: “Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes — tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual —, admitindo a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à decisão efeitos *ex nunc*”

104 V. STF, DJU, 9 dez. 2005, CC 7.204-MG, rel. Min. Carlos Britto: “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”. Em linha semelhante, v. STF, DJU, 1º set. 2006, HC 82.959-SP, rel. Min. Marco Aurélio. Nesse caso, o STF, modificando jurisprudência consolidada há muitos anos, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal que vedava a concessão do benefício da progressão de regime prisional para os indivíduos condenados pela prática de crime hediondo. O Tribunal ressaltou, contudo, que os indivíduos que já tivessem cumprido integralmente suas penas não poderiam pleitear indenização por erro judiciário.

105 Para um estudo específico sobre a questão da mudança de jurisprudência e da eventual necessidade de modulação temporal, v. Luís Roberto Barroso, *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*, RDE, 2:261, 2006.

106 Especificamente acerca do papel do Senado, vejam-se: Paulo Napoleão Nogueira da Silva, *O controle da constitucionalidade e o Senado*, 2000; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das constituições rígidas*, 1980;

Paulo Brossard, O Senado e as leis inconstitucionais, *RILSF*, 50:55, 1976; Ana Valdez Ayres de Alencar, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, *RILSF*, 57:234, 1978; Brasil, Congresso, Senado Federal, Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos. Parecer n. 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, *RILSF*, 48:265-270, 1975. V. também comentários analíticos sobre o tema em Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 115-25; e Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 366-78.

107 Assim dispunha a Constituição de 1934: “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”. E também o art. 96: “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou o ato”.

108 No Regimento Interno do STF em vigor, dispõe o art. 178: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a 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”. Na Constituição de 1988 o dispositivo é o art. 52, X.

109 Constituição de 1988: “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”.

110 O Senado, como regra, suspende a execução do ato declarado inconstitucional. Há, contudo, precedente de não suspensão: no caso do art. 9º da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764-PE (*DJU*, 2 abr. 1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence), por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993 (*DCN2*, 29 out. 1993, p. 10028). Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal no dia 18 do mesmo mês.

111 Ainda no regime constitucional anterior, o STF, no julgamento do Processo Administrativo n. 4.477/72, estabeleceu o entendimento de que a comunicação ao Senado somente é cabível na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade, isto é, na apreciação de caso concreto. No controle por via principal concentrado, a simples decisão da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia da lei ou ato normativo. V. STF, *DJU*, 16 maio 1977, p. 3123.

112 Entretanto, a atuação do Senado Federal somente se dará quando o ato normativo vier a ser declarado *inconstitucional*. Não será este o caso quando a Corte se valer de técnicas de interpretação ou de controle de constitucionalidade que não afetem a vigência da norma, como a interpretação conforme a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto.

113 Em sentido diverso, Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari, conforme levantamento feito por Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 122. No sentido do texto, o próprio Clèmerson, no mesmo local, e Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 373. Veja-se, também, o Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, que assim dispõe em seu art. 1º, §§ 1º e 2º: “§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, *incidentalmente*, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.

114 Baseado nesses mesmos fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou no sentido de entender que o art. 52, X, da Constituição teria sofrido mutação constitucional, devendo ser compreendido de maneira inovadora. Segundo ele, a decisão final do STF proferida em controle difuso teria, por si mesma, eficácia geral e vinculante, cabendo ao Senado editar resolução apenas para o fim de conferir maior publicidade a esse fato. A proposta do Ministro encontra-se desenvolvida em voto proferido como relator na Reclamação n. 4.335-AC, tendo recebido a adesão do Min. Eros Roberto Grau. A despeito da densidade de ambos os votos e da circunstância, já referida, de que a eficácia geral seria realmente mais adequada, tal solução parece esbarrar na literalidade do art. 52, X. Nesse mesmo sentido, negando a ocorrência de mutação constitucional na hipótese, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Até o final de 2007, o julgamento encontrava-se interrompido em razão de pedido de vista do Min. Enrique Ricardo Lewandowski.

115 V. *RDA*, 105:111, 1971, RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos. V. também Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 373.

116 Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação, in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, 1997, p. 429.

117 Essa a posição adotada pelo Min. Moreira Alves em seu voto na questão de ordem que foi suscitada no MI 107, na qual foram assentadas pelo tribunal várias linhas interpretativas, muitas delas até hoje inalteradas. Confira-se trecho do voto: “De outra parte, como deflui dos artigos 102, I, g, e 105, I, h, na falta de regulamentação a que se refere o artigo 5º, LXXI, a competência para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção é fixada *ratione personae*, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, o que, segundo a técnica processual, se dá quando essas pessoas estão em causa, participando, portanto, da relação jurídica processual, na defesa de interesse jurídico” (STF, *RTJ*, 133:11, 1990, QO no MI 107, rel. Min. Moreira Alves). Em sentido contrário: “A conclusão não parece correta, *data venia*, por uma simples razão: ao contrário do afirmado e da autoridade inquestionável de quem o afirma, a competência estabelecida no art. 102, I, q (e, de igual modo, no art. 105, I, h), não é da espécie *ratione personae*, de modo a implicar, *ipso facto*, a participação necessária das pessoas jurídicas ali referidas, na relação processual que se estabeleça. Ao contrário, trata-se de competência *ratione materiae*; ou seja, é a importância e a natureza da matéria em jogo, que por isso mesmo deveria ser regulamentada por órgãos de alta estatura político-administrativa (Presidente da República, Congresso, etc.) que faz com que se defina o STF (e não outro) como sendo o órgão do Judiciário apto a suprir-lhe a falta, concedendo a ordem (mandado) para o exercício do correspondente direito, *no caso concreto*” (Jorge Hage, *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*, 1999, p. 137). Grifos no original.

118 Para o levantamento e transcrição dos dispositivos das Constituições de todos os Estados, v. Carlos Augusto Alcântara Machado, *Mandado de injunção*, 1999, p. 83 e s.

119 V. Carlos Mário da Silva Velloso, Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição, in *Temas de direito público*, 1994, p. 172: “Quanto aos Tribunais dos Estados, a Constituição não cuida de estabelecer competência para o julgamento do mandado de injunção. Concordamos com Galeno Lacerda, que escreve: ‘Pelo princípio da simetria, seria de admitir-se a do Tribunal de Justiça para suprir lacunas da legislação ou de regulamento estadual, no que concerne aos direitos fundamentais indicados’. O professor e magistrado, entretanto, deixa claro que reconhece ‘que a hipótese é remota, porque lacunas relativas a esses direitos dizem com a legislação federal, praticamente exaustiva a respeito’. E quanto aos juízes de 1º grau, ‘restar-lhes-iam as injunções relativas às lacunas municipais’”.

120 Nesse sentido, v. J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. *Constituição e processo*, 1989, p. 116. Na jurisprudência: só tem *legitimitio ad causam*, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele (STF, *RDA*, 191:161, 1993, MI 235, rel. Min. Moreira Alves).

121 O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar mandado de injunção impetrado por sindicato, decidiu que “para requerer mandado de injunção não é preciso que a pessoa jurídica tenha sido constituída há pelo menos um ano, pois o art. 5º, inciso LXX, b, da Constituição refere-se ao mandado de segurança coletivo e não ao mandado de injunção” (*DJU*, 11 jun. 1990, p. 5347, MI 19-DF, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro).

122 O Supremo Tribunal Federal, de maneira expressa, já admitiu o *mandado de injunção coletivo*: “Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou os limites aos juros reais” (*RDA*, 197:197, 1994, MI 361, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

123 O Supremo Tribunal Federal já decidiu que nos casos de a iniciativa de uma lei ser privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º), não pode a omissão legislativa ser imputada ao Congresso Nacional, que será, nesse caso, parte passiva ilegítima (*DJU*, 14 mar. 1990, p. 1778, MI 142-1-SP).

124 No entanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu não ter o antigo INPS legitimidade passiva *ad causam* quando é do Congresso Nacional a competência para a aprovação das leis referidas no art. 59 do ADCT (*DJU*, 21 jun. 1990, p. 5818, MI 38-SP).

125 Este é o entendimento de Sergio Bermudes, O mandado de injunção, *RT*, 642:20-24, que em linguagem taxativa lavrou: “Nem há razão por que se haverá de trazer a autoridade ao processo, quando a sentença concessiva da injunção limitará seus efeitos ao impetrante, não se estendendo, pela falta de regra que lhe empreste efeito abrangente, a quem não tiver sido parte do processo”. Em sede jurisprudencial, foi o que decidiu o TJRJ, no MI 6/90, j. 22 fev. 1991, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira (v. nota *infra*).

126 Aos que pensam desse modo, as referências que os dispositivos da Constituição fazem aos órgãos aos quais se imputa a omissão (e.g., arts. 102, I, g, e 105, I, h) não os identifica como sujeitos passivos da medida, cuidando tão somente de estabelecer a competência para seu processamento. Assim, por exemplo, se a norma regulamentadora faltante for lei federal — e, portanto, sendo a omissão do Congresso Nacional —, a competência para julgar o mandado de injunção será do Supremo Tribunal Federal.

127 DJU, 14 fev. 1992, p. 1164, MI 323-8-DF, rel. Min. Moreira Alves: “Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor”. Nessa mesma linha já havia o STF decidido, no MI 300-9-DF (*DJU*, 18 abr. 1991, p. 4512), que o mandado de injunção destinado a ver implementado o art. 192, § 3º, da Constituição, referente aos 12%

de juros reais, deveria ser impetrado em face do Congresso Nacional e não em face da instituição financeira que praticava os juros abusivos. Em sede doutrinária, aparentemente de acordo, v. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 374.

128 Em linha de divergência com a posição majoritária da Corte, e aproximando-se do ponto de vista que se acredita ser o melhor, o Ministro Marco Aurélio, em mandado de injunção no qual se discutia a cobrança de juros extorsivos, em contraste com a previsão do art. 192, § 3º, à época em vigor, determinou a inclusão no polo passivo tanto do Congresso Nacional quanto dos bancos. *DJU*, 30 abr. 1991, p. 5335, MI 305-0-DF, rel. Min. Marco Aurélio.

129 RTJ, 147:719, 1994, ADIn 4, rel. Min. Sydney Sanches

130 Assim, insistindo na natureza mandamental da ação, assentou: “Descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando — por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma reguladora (v. g., MI n. 283, Pertence, *RTJ* 135:882) — não seja possível cominar consequências à sua continuidade após o termo final da dilação assinada” (*RDA*, 197:197, 1994, MI 361-1-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

131 Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, 1989, p. 141; José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 1990, p. 251.

132 Em linguagem precisa, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em artigo doutrinário, estremeou os dois institutos (As novas garantias constitucionais, *RT*, 644:7, 1989, p. 14): “A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável”.

133 Nesse sentido, confirmam-se: José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 452; Carlos Mário da Silva Velloso, As novas garantias constitucionais, *RT*, 644:7, 1989, p. 14; Celso Agrícola Barbi, Ainda o mandado de injunção, *Jornal do Brasil*, 2 dez. 1988; Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988*, 1989, p. 366; José Carlos Barbosa Moreira, em palestra realizada na Associação dos Magistrados da Guanabara, em 26 de junho de 1989, e publicada sob o título Mandado de injunção, na *RP*, 56:110, 1989.

134 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 1997, p. 388.

135 *RT*, 646:173, 1989, MI 74-3-SP, assim ementado: “MI para assegurar anistia da correção monetária de dívida de microempresa. Art. 47 do ADCT. O dispositivo transitório prevê meticulosamente as condições para concessão do benefício, não havendo como cogitar de norma regulamentadora de sua aplicação aos casos concretos”. No mesmo sentido, versando o art. 202, § 1º — aposentadoria proporcional —, a decisão no STF, *DJU*, 8 out. 1991, MI 363-7-RJ.

136 STF, *DJU*, 3 abr. 1990, p. 2507, MI 226-6-PI, rel. Min. Celso de Mello.

137 STF, *DJU*, 4 set. 1990, p. 14029, MI 15-DF, rel. Min. Moreira Alves.

138 STF, *DJU*, 3 maio 1990, p. 3649, MI 31-SP, rel. Min. Celso de Mello.

139 José Carlos Barbosa Moreira, Mandado de injunção, *RP*, 56:110, 1989, p. 113. Em sentido contrário, v. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 386: “Inexistente (ou insuficiente) norma regulamentadora e, por isso, inviabilizado o exercício de um direito constitucional, pouco importa se já iniciado ou não o processo de elaboração da normativa faltante, é cabível a impetração”.

140 No sentido do texto, v. Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2003, p. 137: “Defende-se o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, o que ocorre ante a exclusão legal de benefício. Neste sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do mandado de injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício do direito constitucional”.

141 STF, *RTJ*, 127:1, 1989, MI 16-DF, rel. Min. Djaci Falcão.

142 STF, *DJU*, 3 maio 1995, MI 288-DF, rel. Min. Celso de Mello.

143 Todavia, se a medida provisória não for convertida em lei, o STF entende que não cabe mandado de injunção para que sejam regulados os efeitos consumados da mesma medida provisória (*DJU*, 7 maio 1993, p. 8325, AgRg no MI 415-SP, rel. Min. Octávio Gallotti).

144 Essa posição merece um temperamento relativamente à parte que seja capaz de demonstrar que a tutela de seu direito não pode aguardar a expedição da norma regulamentadora, sob pena de dano irreparável. Assim, na doutrina, Sergio Bermudes, O mandado de injunção, *RT*, 642:20, 1989, p. 23. O STF também entendeu não ser admitida a injunção para declaração judicial de vacância de cargo ou para compelir o Presidente a iniciar o procedimento para provê-lo (*DJU*, 18 nov. 1988, MI 14-0-DF).

145 *DJU*, 28 maio 1990, p. 4680, MI 193-6-RJ, rel. Min. Célio Borja.

146 *DJU*, 1º mar. 1990, p. 1320, MI 96-4-DF, rel. Min. Celso de Mello.

147 *DJU*, 16 mar. 1990, p. 1870, MI 215-1-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

148 *DJU*, 1º fev. 1990, p. 275, ADIn 130-2-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

149 STF, *DJU*, 9 mar. 1990, p. 1610, MI 60-3-DF, rel. Min. Marco Aurélio, e STF, *DJU*, 30 mar. 1990, p. 2342, MI 81-6-DF, rel. Min. Celso de Mello: “Não é o mandado de injunção a sede adequada para controle de constitucionalidade, sequer *incidenter tantum*. Até porque, sendo a ausência de norma seu pressuposto maior, nem mesmo se pode cogitar dessa indagação”.

150 V. Sergio Bermudes, O mandado de injunção, *RT*, 642:21, 1989, p. 21: “Nessa hipótese (em que a norma regulamentadora seja inconstitucional), a situação será equiparável à da ausência de norma, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição. Aqui, admite-se a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la, arguindo a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora”. No mesmo sentido, Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2003, p. 137.

151 *RTJ*, 131:963, p. 965, 1990, AgRg no MI 81, rel. Min. Celso Mello. Também no STF, *DJU*, 5 jun. 1992, p. 5951, MI 314-9-DF, assentara o relator, Min. Marco Aurélio: “Impossível é pretender transformar o mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade”. E ainda: não cabe impetração de mandado de injunção visando à alteração de legislação já existente sob pretexto de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor (STF, *RT*, 659:213, 1990). Em mandado de injunção não é admissível pedido de suspensão, por inconstitucionalidade de lei, por não ser ele o meio processual idôneo para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo (STF, *RDA*, 200:231, 1995, MI 73, rel. Min. Moreira Alves). Em julgado acerca da majoração de vencimentos, decidiu o STF que o mandado de injunção não é via adequada para que servidores obtenham tal benefício, sob fundamento de isonomia, haja vista que, existindo lei fixando vencimentos, importaria o pleito em modificá-la, por suposta incompatibilidade com a CF (STF, *RDA*, 183:75, 1991, AgRg no MI 78, rel. Min. Aldir Passarinho). Em acréscimo, “não cabe mandado de injunção para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, § 1º, da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição” (STF, *RTJ*, 155:3, 1996, MI 79-DF, rel. Min. Octávio Gallotti). Por fim, devido à inexistência do instituto da fungibilidade de ações, é de reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido de conversão de MI em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (STF, *RT*, 691:218, 1993, QO no MI 395, rel. Min. Moreira Alves).

152 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Notas sobre o mandado de injunção, *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de outubro de 1988, p. 297. Veja-se também, no esmo sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República, firmado pelo Procurador Inocêncio Mártires Coelho, nos autos do Mandado de Injunção n. 107-3-DF (cuja conclusão, no particular, não foi aprovada pelo Procurador-Geral).

153 STF, *RTJ*, 133:11, 1990, QO no MI 107-DF, rel. Min. Moreira Alves: “Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte — que está devidamente definida pelo artigo 102, I, *q* —, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da autoaplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator”. A autoaplicabilidade do mandado de injunção foi reconhecida em diversos casos subsequentes (e.g., MI 59-0-DF e MI 159-6-RJ, publicados no *DJU*, 5 dez. 1989, p. 17902).

154 A Lei n. 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e o STF, prevê no parágrafo único de seu art. 24: “No mandado de injunção e no ‘habeas data’, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

155 Carlos Ari Sundfeld, Mandado de injunção, *RDP*, 94:146, 1990, p. 150. “(...) a) o fundamento único para sua aplicação seria a semelhança de nomenclatura (mandado de segurança e mandado de injunção), o que, convenha-se, é o mesmo que nada; b) a razão de ser do mandado de segurança é tornar mais ágil o controle do exercício da autoridade, que seria de outro modo possível através das ações comuns; daí seu procedimento especial, mais simples. A razão de ser do mandado de injunção é tornar possível ao Judiciário a colmatação de uma lacuna que não poderia preencher de outro modo. O mandado de injunção não foi criado para tornar mais ágil a atividade jurisdicional, e sim para fazê-la mais abrangente. Por isso o

procedimento adequado é o comum, que permite uma apreciação jurisdicional mais abrangente, e não o do mandado de segurança, que a tornaria mais ágil, porém mais restrita”. Em sentido diametralmente oposto, v. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2003, p. 254: “Não existe, presentemente, legislação específica para reger o trâmite processual do mandado de injunção, o que nos leva a entender possível a aplicação analógica das normas pertinentes ao mandado de segurança, visto este instituto guardar estreita semelhança com aquele outro”.

156 STF, *RDA*, 203:248, 1996, MC no MI 520-6-SP, rel. Min. Celso de Mello: “[T]endo presente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que a finalidade a ser alcançada pela via da injunção *resume-se* à declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente, para que promova a integração normativa do dispositivo constitucional nele objetivado, não há como deferir, em sede cautelar, um provimento cujo alcance *nitidamente ultrapassa* os limites da decisão a ser afinal proferida”.

157 Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza, *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, *RT-CDCCP*, 3:130, 1993; J. M. Othon Sidou, “*Habeas data*”, *mandado de injunção, “habeas corpus”, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição*, 1992, p. 416. Também admitindo o provimento liminar em mandado de injunção, com boa fundamentação, J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. *Constituição e processo*, 1989, p. 121.

158 Nesse sentido, J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. *Constituição e processo*, 1989, p. 124; e também Celso Agrícola Barbi, *Mandado de injunção*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.), *Mandado de segurança e de injunção*, 1990, p. 391.

159 José Carlos Barbosa Moreira vislumbra também um outro entendimento, com o qual, todavia, não concorda: “Segunda corrente preconiza um mandado de injunção que desembocasse única e exclusivamente na formulação da norma. O Poder Judiciário, pelo órgão competente para o julgamento do mandado de injunção, se limitaria a enunciar a norma que falta no ordenamento positivo; nada mais. Com isso, estaria esgotada a sua função no processo. Aquele que visse editada uma norma que lhe aproveitasse teria, então, o ônus de instaurar segundo processo, para reclamar concretamente a tutela daquele direito que ele antes não podia exercer por falta da norma, e agora já pode, porque a norma foi formulada, foi criada. Também aqui não me parece que se esteja dando toda a carga de efetividade de que ele é capaz (...) E, do ponto de vista da economia processual, parece-me altamente desvantajosa esta solução, que, na verdade, conduz a uma duplicação de processos; primeiro um processo para que se formule a regra e, depois, novo processo para que se aplique a regra ao caso concreto”.

160 Como bem salientou José Carlos Barbosa Moreira, *Mandado de injunção*, *RP*, 56:110, 1989, p. 115: “Penso que por meio dele se pode pleitear e, eventualmente, conseguir que o Poder Judiciário, pelo seu órgão competente, primeiro formule a regra, que complemente, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em concreto, aquele direito, aquela liberdade constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, p. ex., uma ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso, dirigida à pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, que estivesse resistindo ao exercício do direito, da liberdade, da prerrogativa, diante da falta de norma regulamentadora”.

161 Suponha-se que, inexistindo norma definindo os contornos da “pequena propriedade rural” (CF, art. 5º, XXVI), impetresse mandado de injunção com a finalidade de *declarar* nula a penhora de uma propriedade, que, ao ver do autor, enquadra-se na definição da norma constitucional ainda não implementada. O órgão julgador, num primeiro momento, formulará a regra faltante, e, em seguida, aplicando-a, proferirá decisão de cunho *declaratório*.

162 No sentido da possibilidade *mandamental*, José Carlos Barbosa Moreira, *Mandado de injunção*, *RP*, 56:110, 1989, p. 119.

163 Assim, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, 1989, p. 144.

164 Apontando essa solução como uma das utilizadas, mas não a considerando a melhor, Luís Cesar Souza de Queiroz, *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, *RT-CDCCP*, 23:197, 1998, p. 211.

165 “O caráter essencialmente *mandamental* da ação injuncional — consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. (...) O novo *writ* constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, *não se destina a constituir* direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico ‘impõe’ ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder” (os grifos são acrescentados) (STF, *RTJ*, 139:712, 1992, MI 284-DF, rel. Min. Marco Aurélio).

166 Pronunciou-se a Corte pelo Ministro Celso de Mello: “Com efeito, esse novo *writ* não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder” (STF, *DJU*, 1º fev. 1990, p. 280, MI 191-0-RJ, rel. Min. Celso de Mello).

167 STF, *DJU*, 21 set. 1990, p. 9782, QO no MI 107-3-DF, rel. Min. Moreira Alves. Essa decisão é considerada o *leading case* na matéria. No mesmo sentido, STF, *DJU*, 7 fev. 1990, p. 507, MI 42-5-DF, rel. Min. Moreira Alves.

168 Em comentário agudo e procedente, José Carlos Barbosa Moreira, em artigo jornalístico (S.O.S. para o mandado de injunção, *Jornal do Brasil*, 11 set. 1990, 1º caderno, p. 11), condenou a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal: “Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma reguladora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia — e bastava — a boa e velha notificação”.

169 “Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos” (STF, *RDA*, 185:204, 1991, MI 283-5-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

170 STF, *DJU*, 26 jun. 1992, p. 10103, MI 284-3, rel. para acórdão o Min. Celso de Mello: “Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional — único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada — e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se *prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.

171 Milton Flaks, *Instrumentos processuais de defesa coletiva*, conferência pronunciada em 20 de julho de 1992 na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Em julgamento datado de 20 de fevereiro de 2003, o STF consolidou e reiterou seu entendimento. V. *DJU*, 20 jun. 2003, p. 58, MI 562-9-RS, rel. Min. Carlos Mário Velloso: “MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 — Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, ‘hic et nunc’, de uma situação de inatividade inconstitucional’ (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, *DJU*, 24 maio 2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 — Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização’. 3 — Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do ‘quantum’ devido. 4 — Mandado de injunção deferido em parte”.

172 *DJU*, 27 mar. 1992, p. 3800, MI 232-1-RJ, rel. Min. Moreira Alves. Votaram vencidos, por esposar a tese que aqui se afirma ser a melhor, os Ministros Carlos Mário Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio.

173 TJRJ, *DORJ*, 29 abr. 1991, MI 6/90, rel. Des. Barbosa Moreira.

174 O julgamento das três ações foi concluído em conjunto, em 25 de outubro de 2007, sendo relatores, respectivamente, os Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Eros Grau. As decisões foram publicadas no *DJU* em 6 de novembro de 2007. Na doutrina, comentando a então provável alteração jurisprudencial, posteriormente concretizada, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência, *BDA*, v. 6, 2007.

175 STF, *DJU*, 26 set. 2008, MI 758-DF, rel. Min. Marco Aurélio.

176 Em edições anteriores, defendi a desnecessidade do mandado de injunção, uma vez que a decisão produzida limitava-se

à notificação do Poder omissor. Entendia também que os juízes, ao identificarem uma lacuna normativa capaz de impedir o exercício de um direito, deveriam, como regra, integrar a ordem jurídica, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Embora essa possibilidade subsista, é possível cogitar de uma utilidade prática na preservação do mandado de injunção, diante de sua reabilitação pela nova linha jurisprudencial firmada pelo STF. É que a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões em caráter geral, em benefício da isonomia.

177 Em linha semelhante, confira-se a seguinte passagem do voto do Min. Gilmar Mendes no MI 670-ES, publicada no *Inf. STF* n. 462: “(...) considerado ainda o enorme lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulação ou não do tema, e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores”.

Capítulo III

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO DIRETA

I — CARACTERÍSTICAS GERAIS

O controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934. Figurava ela como pressuposto para a decretação de intervenção federal nos Estados-membros, em caso de inobservância de algum dos denominados princípios constitucionais *sensíveis*¹. Todavia, foi com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que o controle por via principal teve ampliado o seu objeto, dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema.

Estudam-se a seguir as principais características dessa modalidade de controle, bem como as espécies de ação direta existentes no Direito brasileiro. Optou-se por analisar em capítulo à parte a ação direta interventiva (CF, art. 36, III) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º), por não compartilharem de todas as características do controle por via principal. De fato, nesses dois casos, de parte outras singularidades, a fiscalização empreendida nem sempre terá natureza abstrata, nem a discussão constitucional será a questão principal envolvida.

1. Pronunciamento em abstrato acerca da validade da norma

A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas². O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais³. No caso específico da inconstitucionalidade por omissão, a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento.

2. Questão principal

Como se assinalou anteriormente, a discussão acerca da constitucionalidade de uma norma no controle por via incidental configura questão *prejudicial*, cujo equacionamento subordina logicamente o resultado da demanda. Já no controle por via principal, o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão *principal* a ser enfrentada: cumpre

ao tribunal manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema. Simetricamente, se a hipótese for de omissão inconstitucional, o que se declara é a ilegitimidade da não edição da norma.

Na ação direta, cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face das quais estão sendo questionados, com as respectivas razões. Como regra geral, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos⁴. Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele só pode atuar como legislador *negativo* — paralisando a eficácia de uma norma existente —, mas não como legislador *positivo*, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente⁵.

Vale o registro de que, em tempos mais recentes, a própria Corte passou a questionar a consistência teórica da distinção entre legislador negativo e positivo, dado o reconhecimento de que, em variadas situações, a interpretação jurídica exigirá que o intérprete atribua significados concretos a normas de textura aberta, efetuando escolhas justificadas e submetendo-se ao teste da crítica pública. Nessas condições, o aplicador — e aqui, com especial destaque, o juiz — passa a colaborar na construção do sentido das normas, atenuando as fronteiras entre criação e interpretação⁶. Embora tal circunstância se manifeste com certa regularidade no âmbito da jurisdição constitucional, alguns precedentes acabam atraindo uma atenção diferenciada por parte do grande público. Dois casos recentes ilustram o ponto de forma especialmente nítida: no primeiro, interpretando o princípio democrático, o STF estabeleceu que a troca injustificada de partido gera a perda do mandato parlamentar⁷; no segundo, atribuindo sentido a princípios como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, a Corte assentou o dever estatal de reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo⁸. Oscilando entre críticas ferrenhas e atos de louvor, a reação apaixonada que ambos os casos despertaram ajuda a colocar em evidência o papel decisivo de juízes e tribunais na definição do conteúdo material do Direito vigente.

3. Controle concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem no modelo austríaco, que se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles, em lugar do modelo americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso). No caso brasileiro, a Constituição prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:

a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);

b) no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º).

II — A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, também conhecida como ação genérica, foi introduzida no Direito brasileiro, como visto, pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, que a ela se referia como *representação*⁹. Trata-se, no entanto, de verdadeira ação, no sentido de que os legitimados ativos provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional. Mas certamente não se cuida do típico direito de ação, consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV) e disciplinado pelas leis processuais. Não há pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos no controle de constitucionalidade por via principal. O processo tem natureza objetiva, e só sob o aspecto formal é possível referir-se à existência de *partes*¹⁰.

1. Competência

Ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Desempenha ele, de modo concentrado e, *ipso facto*, privativo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da Carta da República, nas hipóteses em que cabível. Analogamente a uma corte constitucional do sistema europeu, é atribuição do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal (art. 102, I, *a*).

O sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. Assim, prevê a Constituição a possibilidade da instituição de uma *representação* de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º). Embora não haja referência expressa no texto constitucional, é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça¹¹. Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal¹² (v., *infra*).

O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal — isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal —, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo *estadual*, mudando-se apenas o paradigma: no primeiro caso a Constituição do Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo, a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de Justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, e sendo a norma constitucional estadual contrastada mera reprodução da Constituição Federal¹³, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual¹⁴.

Questão que suscitou ampla controvérsia foi a de determinar o cabimento ou não do controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, nas hipóteses em que o dispositivo desta se limitava a reproduzir dispositivo da Constituição

Federal de observância obrigatória pelos Estados. Pretendeu-se sustentar que, em tais casos, haveria, em última análise, controle de constitucionalidade de lei municipal perante a Constituição Federal, feito pelo Tribunal de Justiça, o que contrariaria o sistema constitucional da matéria. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, afirmou a possibilidade jurídica da representação de inconstitucionalidade nesses casos, ressaltando, contudo, o cabimento de recurso extraordinário. Reservou para si, assim, o poder de verificar se a interpretação dada à norma constitucional estadual contraria o sentido e alcance da Constituição Federal¹⁵.

2. Legitimação

Como observado anteriormente, os principais institutos do direito processual foram concebidos e batizados levando em conta demandas de natureza subjetiva, nas quais se decidem conflitos de interesses entre partes. Como consequência, sua importação para processos objetivos, de natureza predominantemente institucional, deve ser feita *cum grano salis*. Nada obstante, é corrente o emprego da terminologia “legitimação ativa e passiva” na ação direta de inconstitucionalidade. A *praxis* do Supremo Tribunal Federal refere-se a *requerente* e *requerido*, respectivamente, para designar o autor do pedido e o órgão do qual emanou o ato impugnado.

A legitimação *passiva*, na ação direta de inconstitucionalidade, não apresenta maior dificuldade: recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo. A defesa, propriamente dita, da norma impugnada, seja ela federal ou estadual, caberá ao *Advogado-Geral da União*, que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público¹⁶. Pessoas privadas jamais poderão figurar como parte passiva nessa espécie de ação¹⁷.

Foi no tocante à legitimação *ativa* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação¹⁸, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso¹⁹. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de *representação* ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.

Com a Constituição de 1988, no entanto, foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103²⁰. Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma

expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os *universais*, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os *especiais*, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional²¹.

A seguir, breve comentário acerca das circunstâncias peculiares dos legitimados à propositura da ação direta. O *Presidente da República* pode, naturalmente, impugnar os atos legislativos que tenham sido promulgados mediante a derrubada de seu veto (CF, art. 66, §§ 4º a 7º). Deve-se-lhe reconhecer, ademais, a possibilidade de suscitar o controle de constitucionalidade mesmo quando haja participado diretamente do processo de elaboração da lei, mediante iniciativa ou sanção²². A eventual mudança de opinião do Chefe do Executivo (seja do que participou diretamente do processo legislativo, seja de seu eventual sucessor) ou a constatação superveniente de que a lei é de fato inconstitucional não podem inibir sua atuação na defesa da Constituição, obrigando-o a quedar-se inerte diante de lei que considere inválida²³.

As *Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* também têm legitimação universal, podendo questionar os atos normativos passíveis de controle por via principal, inclusive os seus próprios ou mesmo aqueles que o Congresso Nacional pudesse sustar por deliberação exclusiva (CF, art. 49, V). A Mesa de cada uma das casas legislativas não se confunde com a Mesa do Congresso Nacional, que é órgão diverso, ao qual o texto constitucional não faz referência como tendo direito de propositura. O *Procurador-Geral da República*, na linha dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente à Constituição de 1988, possui juízo discricionário acerca da propositura ou não de ação direta. Afigura-se, todavia, como boa prática institucional que o Chefe do Ministério Público Federal encaminhe para conhecimento da Suprema Corte todas as representações que receba e que sejam fundadas em argumentação revestida de seriedade e plausibilidade. Posteriormente, ao emitir parecer sobre a matéria, poderá opinar pelo acolhimento ou não do pedido.

Ainda no âmbito dos legitimados universais encontra-se o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Circunstâncias diversas, dentre as quais se destaca a atuação decisiva no processo de redemocratização do País, deram ao órgão representativo dos advogados um papel especial, com sua inserção em dispositivo autônomo, diverso daquele que cuida do direito de propositura das entidades de classe de âmbito nacional. Esse tratamento diferenciado levou a jurisprudência a excluir a OAB de determinadas restrições aplicáveis a outras entidades, notadamente a pertinência temática²⁴. Também o *partido político com representação no Congresso Nacional* tem legitimação irrestrita, consoante assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁵. Essa previsão permite que as

minorias parlamentares suscitem a atuação da jurisdição constitucional²⁶, cabendo ao diretório nacional agir em nome da agremiação²⁷. A jurisprudência da Corte era no sentido de que a perda superveniente da representação parlamentar desqualificava a legitimação ativa do partido, não podendo a ação prosseguir²⁸. Esta orientação, todavia, foi revista, passando-se a entender que a aferição da legitimidade do partido político deve ser feita no momento da *propositura* da ação, sendo irrelevante a ulterior perda de representação²⁹.

Relativamente aos legitimados especiais, é pacífica a jurisprudência no sentido de que a *Mesa da Assembleia Legislativa* somente pode propor ação direta de inconstitucionalidade quando houver vínculo objetivo de pertinência entre a norma impugnada e a competência da casa legislativa ou do Estado do qual é ela o órgão representativo³⁰. A ação pode ter por objeto lei ou ato normativo emanado do próprio Poder por ela integrado e dirigido³¹. Analogamente se passa em relação aos *Governadores de Estado*, cuja atuação no controle direto de constitucionalidade no plano federal é subordinada à existência de uma relação de pertinência entre a norma impugnada e os interesses que a eles cabe legitimamente tutelar. Pode o Governador ajuizar ação tendo por objeto lei ou ato normativo originários de seu Estado, da União e mesmo de outros Estados da Federação, se interferirem ilegitimamente com competências ou interesses juridicamente protegidos de seu Estado³². A legitimidade e a capacidade postulatória são do próprio Governador, e não do Estado ou de seu Procurador-Geral³³.

A legitimação das *entidades de classe de âmbito nacional* tem envolvido um conjunto amplo de discussões, todas gravitando em torno da posição severa e restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria. Os pontos controvertidos envolvem a caracterização do que seja entidade de âmbito nacional, a noção de classe e a composição das entidades. A despeito da subsistência de aspectos tormentosos³⁴, é possível sistematizar as principais linhas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal nos tópicos seguintes:

(i) Entidade de âmbito nacional: exige-se, para reconhecimento de seu caráter nacional, que a entidade possua filiados em pelo menos nove Estados da Federação, em analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos³⁵.

(ii) Classe: exige-se que os filiados da entidade estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional. Não preenchem tal exigência os grupos sociais unidos por vínculo de natureza diversa, como entidades estudantis ou de promoção dos direitos humanos³⁶. Tampouco associações que reúnam membros pertencentes a categorias profissionais ou econômicas diversas, por ausência de homogeneidade de interesses³⁷. Por outro lado, o STF tem entendido que a entidade postulante deve representar a integralidade da categoria econômica em questão, e não apenas uma “parcela setorizada” dessa³⁸. A exigência deve ser interpretada com cautela, sob pena de produzir efeito inverso ao que se pretendia obter, privilegiando entidades caracterizadas por vínculo associativo excessivamente genérico e, por isso mesmo, menos aptas a representar de maneira efetiva os interesses de seus membros³⁹.

(iii) Composição da entidade: a jurisprudência antes dominante no STF exigia que a entidade tivesse como membros os próprios integrantes da classe, sem intermediação de

qualquer outro ente que os representasse. Assim, pelo entendimento anterior do Supremo, não preenchiam tal exigência as entidades que, congregando pessoas jurídicas, se apresentassem como “associações de associações”, pelo hibridismo de sua composição social⁴⁰. Esta orientação foi revista, em posição liderada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, passando-se a reconhecer o caráter de entidade de classe de âmbito nacional àquela constituída por associações estaduais cujo objetivo seja a defesa de uma mesma categoria social⁴¹.

Outra linha restritiva da legitimação das entidades de classe de âmbito nacional é a denominada *pertinência temática*. A ideia, a rigor, mais se aproxima do conceito processual que identifica o *interesse em agir*⁴²: é preciso que haja uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente. Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida. Essa exigência não consta da Constituição nem de lei⁴³, e tem sido objeto de críticas⁴⁴, mas está pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

Por derradeiro, o inciso IX do art. 103 abriga como legitimada à ação direta a *confederação sindical*. O Supremo Tribunal Federal faz uma leitura estrita do dispositivo, não reconhecendo legitimidade às federações⁴⁶ e aos sindicatos nacionais⁴⁷. Na forma da legislação ordinária, as confederações deverão se organizar com um mínimo de três federações e deverão estar estabelecidas em pelo menos três Estados⁴⁸. O requisito da pertinência temática, nos moldes aplicáveis às entidades de classe de âmbito nacional, estende-se igualmente às confederações sindicais⁴⁹. Desnecessário enfatizar que as principais linhas jurisprudenciais em matéria de legitimação das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional são limitativas de sua atuação, em parte para assegurar representatividade adequada e em parte como autoproteção da Corte contra o número excessivo de ações diretas de inconstitucionalidade⁵⁰.

Há outros personagens que atuam na ação direta de inconstitucionalidade sem ostentarem a condição de partes. Um deles, já referido, é o *Advogado-Geral da União*, encarregado da defesa do ato em qualquer circunstância⁵¹. Outro é o *Procurador-Geral da República*, ao qual incumbe emitir parecer nas ações dessa natureza, seja ou não o autor do pedido⁵². E, por fim, a Lei n. 9.868, de 11 de outubro de 1999, contempla uma previsão nova no Direito brasileiro, análoga à do *amicus curiae* do Direito norte-americano: a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em caso de relevância da discussão e de representatividade do postulante. A admissão de tal participação é ato discricionário do relator do processo e a manifestação, caso deferida, deverá ser feita por escrito, reconhecendo-se direito à sustentação oral⁵³.

3. Objeto

Os atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade são a lei e o ato normativo *federal* ou *estadual*⁵⁴ (art. 102, I, a). A jurisprudência do STF vinha seguindo

uma linha restritiva, exigindo que a norma impugnada em ação direta fosse dotada dos atributos de generalidade e abstração. Isso para excluir a apreciação de atos que, a despeito da roupagem formal de lei, veiculariam medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos. Era enquadrado nessa categoria, e.g., o dispositivo de lei orçamentária que fixa determinada dotação⁵⁵ ou o ato legislativo que veicule a doação de um bem público a uma entidade privada⁵⁶ ou que suste uma licitação⁵⁷. A rigidez de tal limitação foi sendo progressivamente atenuada. A princípio, o STF passou a admitir o controle em situações excepcionais⁵⁸ ou a se contentar com doses reduzidas de abstração, especialmente em matéria de leis orçamentárias⁵⁹.

Em precedente de 2008, a jurisprudência tradicional foi confrontada abertamente por diversos ministros e acabou expressamente relativizada, senão superada. A hipótese envolvia o controle de medidas provisórias que teriam aberto créditos extraordinários sem atender aos requisitos de urgência e imprevisibilidade, instituídos pelo art. 167, § 3º, da Constituição. Por maioria, o Tribunal entendeu possível aferir a presença dos referidos requisitos, destacando que o caráter abstrato da fiscalização realizada em ação direta diz respeito à existência de uma questão constitucional posta em tese — desvinculada, portanto, de qualquer caso concreto —, e não ao conteúdo do ato específico sobre o qual o controle irá recair⁶⁰. A decisão parece confirmar uma tendência que já vinha se desenhando na Corte e que, de fato, apresenta maior consistência, inclusive por afastar uma distinção aparentemente incompatível com a dicção expressa do art. 102, I, *a*, o qual estabelece o cabimento de ação direta para o controle dos atos normativos e das leis em geral, quando editados pela União ou pelos Estados-membros⁶¹.

O paradigma da fiscalização na ação direta é a Constituição Federal⁶². São passíveis de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal as múltiplas espécies normativas constantes do elenco do art. 59 do texto constitucional, conforme análise objetiva que se segue:

a) *Emenda constitucional*. É pacífica a possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição⁶³. Sujeita-se ela à fiscalização *formal* — relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60 e § 2º) — e *material*: há conteúdos que não podem constar de emenda, por força de interdições constitucionais denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). De parte isto, a Constituição prevê, também, limitações *circunstanciais* ao poder de emenda, que não poderá ser exercido na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio (art. 60, § 1º). Há precedente de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional⁶⁴.

b) *Lei complementar*. A lei complementar diferencia-se da lei ordinária por duas razões principais: (i) tem um *quorum* próprio de deliberação, que é o de maioria absoluta (CF, art. 69), e (ii) tem uma área de incidência específica, com previsão expressa na Constituição das matérias a ela reservadas⁶⁵. Não há entre ela e a lei ordinária uma relação de hierarquia, senão que de competência⁶⁶. Logo, não é possível controlar uma lei ordinária em face de uma lei complementar. Mas, se a lei ordinária dispuser acerca de tema assinalado à lei complementar, incidirá em inconstitucionalidade, por violar a demarcação de

competência de uma e de outra instituída pela Constituição⁶⁷.

c) *Lei ordinária*. Esta é a espécie-tipo dos atos normativos primários. Também a medida provisória, uma vez aprovada, converte-se em lei ordinária. Sendo a via mais comum de exercício das competências legislativas do Congresso Nacional e, conseqüentemente, de inovação da ordem jurídica, a lei ordinária é o objeto mais constante das ações diretas de inconstitucionalidade. Boa parte das hipóteses de inconstitucionalidade formal refere-se a vício de iniciativa na produção da legislação ordinária⁶⁸.

d) *Lei delegada*. Trata-se de espécie normativa marcada pelo desuso⁶⁹. Sujeita-se, no entanto, em tese, a duplo controle jurisdicional de constitucionalidade, que poderá recair tanto sobre a resolução do Congresso Nacional que veicula a delegação como sobre a lei delegada propriamente dita, elaborada pelo Presidente da República (art. 68). Merece registro, ainda, o fato de que a lei delegada submete-se a uma modalidade excepcional de controle político, consistente na possibilidade de sustação dos atos normativos do Presidente da República que exorbitem dos limites da delegação legislativa (art. 49, V).

e) *Medida provisória*. Ato normativo emanado do Chefe do Executivo, com força de lei, a medida provisória sujeita-se a controle de constitucionalidade, tanto quanto a seus requisitos como quanto a seu conteúdo. No tocante aos requisitos de relevância e urgência, prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o controle deve ser predominantemente político — e, *ipso facto*, deve ser exercido pelo Presidente da República ao editar a medida e pelo Congresso Nacional ao apreciá-la⁷⁰ — e não judicial, salvo nas hipóteses de abuso de poder de legislar⁷¹ ou de clara falta de razoabilidade da medida⁷². Quanto ao controle de conteúdo da medida provisória, tem-se entendido não prejudicar a ação direta sua eventual reedição ou conversão em lei, mantida a mesma redação⁷³.

f) *Decretos legislativos e resoluções*. Estas duas espécies normativas veiculam atos privativos do Congresso Nacional ou de cada uma de suas casas, tendo força de lei. Sujeitam-se, conseqüentemente, ao controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material. Há precedentes de fiscalização abstrata de decretos legislativos que aprovaram tratados (v., *infra*) ou que sustaram atos normativos do Poder Executivo⁷⁴. Já as resoluções são o veículo formal de edição de determinados atos, como os Regimentos das casas legislativas (tanto o do Senado Federal como o da Câmara dos Deputados, quanto o regimento comum do Congresso), da delegação legislativa (art. 67, § 2º) ou de certas competências do Senado Federal (art. 155, § 2º, IV), sendo suscetíveis, igualmente, de controle abstrato⁷⁵.

De parte o elenco do art. 59 da Constituição, outras espécies normativas sujeitam-se ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, em sede de ação direta. Vejam-se algumas delas:

g) *Decretos autônomos*. Como será consignado logo à frente (v., *infra*), os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias, resoluções, por estarem subordinados à lei, não são suscetíveis de controle em ação direta de inconstitucionalidade. Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando

com força de lei. Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal⁷⁶. Situa-se nessa rubrica os regimentos internos e atos normativos elaborados pelos Tribunais⁷⁷, inclusive os de Contas⁷⁸.

h) *Legislação estadual*. Na dicção expressa do art. 102, I, *a*, também a lei ou ato normativo estadual são passíveis de controle direto, estando aí incluídos a Constituição do Estado, a legislação ordinária e os decretos autônomos produzidos no âmbito de cada uma dessas entidades federativas. Como se sabe, os Estados-membros desfrutam de capacidade de auto-organização, elaborando suas próprias constituições, com base no denominado poder constituinte decorrente. Tal poder, todavia, é subordinado à Constituição Federal⁷⁹. Há numerosos precedentes de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais estaduais⁸⁰. No tocante às leis e atos normativos dos Estados, estão eles sujeitos a controle tanto pelos Tribunais de Justiça (tendo como paradigma a Constituição estadual) quanto pelo Supremo Tribunal Federal (tendo como paradigma a Constituição Federal), mas não se admite a tramitação simultânea de ambas as ações⁸¹.

i) *Tratados internacionais*. Tratados e convenções internacionais são incorporados ao ordenamento interno com *status* de lei ordinária. Este sempre foi o entendimento dominante⁸². A jurisprudência mais recente do STF, no entanto, passou a atribuir uma posição hierárquica diferenciada aos tratados de direitos humanos, reconhecendo-lhes natureza supralegal⁸³. Isso significa que tais tratados se colocariam acima da legislação infraconstitucional — que não poderia revogá-los, ainda quando posterior —, mas abaixo da Constituição. De toda sorte, os tratados sujeitam-se ao princípio da supremacia da Constituição e à eventual declaração de inconstitucionalidade, que recairá, em verdade, sobre os decretos de aprovação e promulgação⁸⁴. O tratado ou convenção, propriamente ditos, por serem atos de natureza internacional, não deixam de vigor nem são considerados nulos. Mas, uma vez declarados inconstitucionais, já não poderão produzir efeitos válidos internamente. O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão em algumas oportunidades⁸⁵.

A EC 45/2004 introduziu a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem incorporados com hierarquia de norma constitucional⁸⁶, exigindo-se para tanto que sua aprovação pelo Congresso Nacional siga o procedimento de edição das emendas à Constituição⁸⁷. Nesse caso, o controle de constitucionalidade também seguirá a lógica das emendas, restringindo-se à verificação da observância das exigências procedimentais e à proteção das cláusulas pétreas⁸⁸.

Visto o conjunto de atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade, é de interesse prático e didático sistematizar alguns casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afastado a possibilidade de controle abstrato e concentrado, pronunciando-se pelo seu descabimento. Vejam-se algumas dessas hipóteses, sem pretensão de exaustividade:

a) *Atos normativos secundários*. Atos administrativos normativos — como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios — não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se

estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação⁸⁹.

b) *Leis anteriores à Constituição em vigor*. O entendimento consagrado de longa data pelo Supremo Tribunal Federal é o de que não cabe ação direta contra lei anterior à Constituição. Isso porque, ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente, fica ele revogado, não havendo sentido em buscar, por via de controle abstrato, paralisar a eficácia de norma que já não integra validamente o ordenamento. A eventual contrariedade entre a norma anterior e a Constituição posterior somente poderá ser reconhecida incidentalmente, em controle concreto de constitucionalidade⁹⁰.

c) *Lei que tenha sido revogada*. O objeto da ação direta é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, produzindo, em última análise, o efeito prático de torná-los inaplicáveis com caráter geral, *erga omnes*. Assim, a revogação ou exaurimento dos efeitos da lei impugnada fazem com que a ação perca seu objeto ou, mais tecnicamente, levam à perda superveniente do interesse processual, haja vista que a medida deixou de ser útil e necessária. Eventuais direitos subjetivos que tenham sido afetados pela lei inconstitucional deverão ser demandados em ação própria⁹¹.

d) *Lei municipal em face da Constituição Federal*. Do texto expresso do art. 102, I, *a*, extrai-se que a ação direta de inconstitucionalidade terá por objeto somente lei ou ato normativo federal ou estadual, com a exclusão deliberada das normas *municipais*⁹². Por tal razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reiteradamente se pronunciou no sentido do descabimento do controle por ação direta para declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal⁹³ e, mais ainda, veda que a Constituição do Estado atribua ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal⁹⁴.

e) *Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei*. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em fase de formação, como é o caso da proposta de emenda à Constituição ou do projeto de lei em tramitação. Não há no direito brasileiro controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade⁹⁵.

f) *Súmula*. Em princípio, a súmula é uma proposição jurídica que consolida a jurisprudência de determinado tribunal acerca de um tema controvertido. Nesse sentido, não teria caráter normativo. Como consequência, tem-se entendido que não é passível de controle de constitucionalidade⁹⁶.

Em suma: o objeto da ação direta de inconstitucionalidade consiste nos atos normativos primários, federais ou estaduais, aptos a inovar na ordem jurídica. Excluem-se, portanto, os atos normativos secundários, os de efeitos concretos, os anteriores à Constituição ou já revogados, os que ainda estejam em processo de formação e os que não têm suficiente grau

de normatividade.

Merece registro, nesse passo, uma situação peculiar. Como regra, não será admissível a cumulação, em um mesmo processo de ação direta, de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos emanados de diferentes entes da Federação — e.g., uma lei federal e outra de algum Estado- -membro — ainda quando lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. Há casos, no entanto, em que a cumulação será inevitável, como: a) quando as duas normas tenham o mesmo conteúdo material, ou b) quando uma das normas tenha o seu fundamento na outra, o que ocorrerá, por ilustração, quando a lei local for a especificação de uma norma geral federal⁹⁷.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu, igualmente, o conceito de inconstitucionalidade *por arrastamento*. A expressão designa a hipótese de declaração de inconstitucionalidade, em ação direta, de dispositivos que não foram impugnados no pedido original, mas que são logicamente afetados pela decisão que venha a ser proferida. É o que ocorre, por exemplo, em relação à norma que tenha teor análogo à que foi objeto da ação ou que venha a se tornar inaplicável em razão do acolhimento do pedido formulado⁹⁸.

4. Processo e julgamento

4.1. Procedimento

O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade é regido pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Anteriormente, a matéria era disciplinada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pela Lei n. 4.337, de 1º de junho de 1964, bem como por vasta jurisprudência desenvolvida pela Corte ao longo dos anos, desde a introdução da ação genérica, com a Emenda Constitucional n. 16/65. A lei, em verdade, veio endossar a maior parte das linhas jurisprudenciais firmadas em matéria procedimental.

Os legitimados à propositura da ação referidos na lei (art. 2º) são, naturalmente, os mesmos do art. 103 da Constituição⁹⁹. A petição inicial deverá indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações¹⁰⁰ e o pedido, com suas especificações¹⁰¹. Deverá conter cópia do ato impugnado e procuração, quando a ação seja subscrita por advogado¹⁰² (art. 3º e parágrafo único). A jurisprudência da Corte tem exigido que a procuração indique de forma específica o ato a ser impugnado, admitindo-se que o relator solicite que a exigência seja suprida, sob pena de a ação não ser conhecida¹⁰³. Se a petição inicial for inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, será liminarmente indeferida pelo relator, cabendo agravo dessa decisão (art. 4º e parágrafo único). Nos termos da jurisprudência do STF, será manifestamente improcedente a ação direta que verse sobre norma cuja constitucionalidade já haja sido reconhecida pelo tribunal, ainda que em sede de recurso extraordinário. Ressalvou-se, porém, a possibilidade de que a ação venha a ser conhecida quando mudanças relevantes na ordem jurídica ou na realidade social permitam cogitar de uma mudança na jurisprudência¹⁰⁴.

O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado¹⁰⁵, que deverão prestá-las em trinta dias (art. 6º e parágrafo único)¹⁰⁶.

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União¹⁰⁷ e o Procurador-Geral da República¹⁰⁸, cada qual devendo manifestar-se no prazo de quinze dias (art. 8º). Vencidos esses prazos, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 9º, *caput*).

A ação direta de inconstitucionalidade não admite desistência (art. 5º)¹⁰⁹, arguição de suspeição ou impedimento¹¹⁰ — ressalvada a possibilidade de os próprios Ministros afastarem-se de determinado julgamento por razões de foro íntimo¹¹¹ —, nem tampouco intervenção de terceiros (art. 7º)¹¹². A Lei n. 9.868/99, todavia, contemplou a participação no processo, através da apresentação de petição ou memorial, de quem não seja parte, mas tenha legítimo interesse no resultado da ação. Assim, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Após alguma hesitação, a jurisprudência do STF firmou o entendimento de que o pedido de ingresso poderá ser feito até a remessa dos autos à Mesa, para julgamento¹¹³. Cuida-se aqui da introdução formal, no ordenamento brasileiro, da figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano¹¹⁴. A inovação fez carreira rápida, reconhecida como fator de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como tribunal constitucional¹¹⁵. A participação como *amicus curiae*, é certo, não constitui direito subjetivo, ficando a critério do relator¹¹⁶, mas uma vez admitida inclui, também, o direito de sustentação oral¹¹⁷.

O art. 9º da Lei 9.868/99, em seus §§ 1º e 2º, contém inovações que merecem referência destacada. No § 1º prevê-se que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Supera-se, dessa forma, e em boa hora, a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória, devido a seu caráter estritamente objetivo¹¹⁸. Na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as consequências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma¹¹⁹.

O § 2º prevê que o relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores, bem como aos Tribunais federais e estaduais, acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. Também a jurisprudência vem ganhando crescente importância na interpretação jurídica no Brasil, superando a visão mais convencional dos sistemas ligados à tradição romano-germânica. De todo modo, por não envolver direitos subjetivos, iniciativa da parte e contraditório, a instância probatória na ação direta é limitada, devendo as informações, perícias e audiências ser produzidas ou realizadas no prazo de trinta dias (§ 3º). Pelo mesmo motivo — tratar-se de processo objetivo, sem envolvimento de interesses subjetivos do Estado — é inaplicável à ação direta de inconstitucionalidade o prazo em dobro dos representantes da Fazenda Pública para recorrer (art. 188 do CPC)¹²⁰.

4.2. Medida cautelar

A Constituição prevê expressamente a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade¹²¹. Trata-se de providência de caráter excepcional, como ensina a melhor doutrina, à vista da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos. Na prática, contudo, devido ao congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da medida liminar.

A jurisprudência estabeleceu, de longa data, os requisitos a serem satisfeitos para a concessão da medida cautelar em ação direta: a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão¹²². Alguns julgados referem-se à *relevância do pedido* (englobando o sinal de bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo)¹²³ e à *conveniência* da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória¹²⁴. O tardio ajuizamento da ação direta, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, normalmente irá desautorizar o reconhecimento de *periculum in mora*, inviabilizando a concessão de medida cautelar¹²⁵.

O indeferimento do pedido cautelar não tem efeito vinculante¹²⁶, mas a concessão da medida deve importar na suspensão do julgamento de qualquer processo em andamento perante o Supremo Tribunal Federal, até a decisão final na ação direta¹²⁷. Há precedentes no sentido de que o mesmo deva se passar relativamente a processos em tramitação perante outros órgãos judiciais, quando envolverem a aplicação de lei cuja vigência tenha sido suspensa¹²⁸, já tendo sido deferida liminar em reclamação contra decisão de Tribunal estadual que desconsiderou medida cautelar concedida em ação direta¹²⁹. Não cabe pedido de reconsideração da decisão que defere a liminar suspendendo o ato impugnado¹³⁰. Mas, sendo ela indeferida, admite-se a reiteração do pedido, desde que ocorram fatos supervenientes que possam justificar o reexame¹³¹.

A Lei n. 9.868/99 disciplina a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Como regra geral, ela somente será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (portanto, no mínimo seis Ministros), reunidos em sessão do Pleno com a presença de pelo menos oito Ministros. No período de recesso, o pedido cautelar será apreciado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 13, VIII), *ad referendum* do Plenário. A lei prevê a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado acerca do pedido cautelar, devendo eles se manifestar no prazo de cinco dias (art. 10), somente sendo legítima a dispensa de tal manifestação em caso de excepcional urgência (art. 10, § 1º). Se julgar indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias (§ 2º), cabendo sustentação oral do requerente e do requerido (§ 3º).

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar a decisão e solicitará informações, a serem prestadas no prazo de trinta dias (art. 11). A medida cautelar será dotada de eficácia contra todos e concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (§ 1º)¹³². O caráter *erga omnes* da decisão é traço típico dos pronunciamentos em ação direta, que repercutem sobre a própria lei e não sobre situações jurídicas subjetivas (v., *supra*). Há decisão no sentido de reconhecer, igualmente, efeito vinculante à decisão cautelar¹³³. No tocante à questão temporal, a lei limitou-se a reiterar jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal na matéria¹³⁴. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (§ 2º). O restabelecimento da vigência e eficácia da norma preexistente afetada pelo ato reconhecido como inconstitucional decorre da regra geral elementar de que, salvo situações excepcionais, atos inválidos não devem produzir efeitos válidos. A singularidade do dispositivo é, precisamente, a de permitir que o tribunal, ponderando as circunstâncias do caso concreto, reconheça a presença dessas situações excepcionais.

O art. 12 da Lei n. 9.868/98 permite que o relator, levando em conta aspectos singulares do caso, conduza o processo por um rito mais célere. Assim, havendo pedido de medida cautelar, poderá ele, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após a prestação de informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

4.3. Decisão final

A Lei n. 9.868/99 trata conjuntamente da decisão a ser proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. Na verdade, o texto cuida de ambas como uma unidade conceitual — fruto do exercício da jurisdição constitucional por via de ação e em abstrato —, com variação apenas do pedido: em um caso a proclamação da constitucionalidade e no outro a da inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada. Em ambas as hipóteses exige-se a manifestação de seis Ministros, configurando a maioria absoluta do Tribunal (art. 23). Coerente com a premissa de que ambas as ações integram uma unidade conceitual, estabelece a lei que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente a eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24). Julgada a ação, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato (art. 25) e, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão (art. 28).

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos de declaração (art. 26)¹³⁵, que somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou pelo requerido, e não por terceiros¹³⁶, nem mesmo pelo Advogado-Geral da União¹³⁷.

Mas cabe reclamação para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (CF, art. 102, I, *l*)¹³⁸. A Lei n. 9.868/99 endossa, também, a jurisprudência pacífica da Corte segundo a qual no controle por via principal e abstrata não cabe ação rescisória¹³⁹ (art. 26).

A decisão na ação direta gera efeito retroativo, salvo expressa deliberação em sentido contrário (art. 27). Na redação textual da lei, tem igualmente “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (art. 27, parágrafo único). A partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o reconhecimento de efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade passou a figurar também no texto constitucional, com a nova redação dada ao art. 102, § 2º¹⁴⁰. A esses temas se dedica o tópico seguinte.

5. Efeitos da decisão¹⁴¹

5.1. *A coisa julgada e seu alcance*

A decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, como qualquer ato jurídico, destina-se à produção de efeitos próprios. A doutrina costuma referir-se a eles, após a edição da Lei n. 9.868/99, como sendo, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), ripristinatórios e vinculantes¹⁴². Na sistematização adotada neste tópico, os múltiplos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, em fiscalização abstrata e concentrada, serão agrupados em *objetivos*, *subjetivos* e *temporais*. Antes, porém, convém reavivar alguns conceitos fundamentais acerca da coisa julgada.

Como já assinalado, o controle de constitucionalidade no Brasil, tanto por via incidental como principal, se dá em sede judicial (v., *supra*). Assim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional. Como consequência, uma vez operado o trânsito em julgado, tal decisão estará abrigada pela autoridade da coisa julgada. Isso significa que, não estando mais sujeita a recurso, seu conteúdo se tornará indiscutível e imutável (CPC, art. 467). Não é tecnicamente apropriado, de acordo com a doutrina processualista, afirmar que a coisa julgada seja um efeito da decisão¹⁴³; ela é, sim, uma especial qualidade que imuniza os efeitos da decisão, assegurando sua estabilidade¹⁴⁴.

A coisa julgada tem como limite objetivo as questões decididas pelo órgão judicial, que deverá cingir seu pronunciamento ao objeto do litígio, que é demarcado pelo pedido (CPC, art. 468, c/c o art. 121)¹⁴⁵. É de relevo destacar que somente a conclusão da sentença ou do acórdão — isto é, sua parte *dispositiva* — obtém a autoridade de coisa julgada. Não assim o *relatório*, que é mera narrativa e não contém juízo de valor; tampouco a *fundamentação*¹⁴⁶, por força de disposição expressa do art. 469 do Código de Processo Civil, que exclui do âmbito da coisa julgada os motivos, a verdade estabelecida dos fatos e a questão prejudicial. A matéria não é controvertida no âmbito dos processos subjetivos¹⁴⁷, mas vem sendo objeto de novos desenvolvimentos quando se trate de controle abstrato de constitucionalidade (v. *infra*).

Os limites subjetivos da *res iudicata* são também estabelecidos pela lei processual: a

sentença faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (CPC, art. 472). Essa é a regra geral, que admite, todavia, exceções. Uma delas é, precisamente, a hipótese de legitimação extraordinária para atuar em juízo em nome próprio, mas na defesa de interesse de terceiros, na posição de substituto processual. O direito de propositura da ação direta é um exemplo típico de substituição processual: os órgãos legitimados atuam em nome próprio, mas no interesse da sociedade como um todo.

Por fim, cabe destacar em relação à própria coisa julgada duas modalidades de eficácia a ela associadas. A primeira é a denominada eficácia *preclusiva*: a matéria coberta pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial¹⁴⁸. Já a segunda modalidade, a eficácia *vinculativa*, significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida. Por exemplo: assentada a relação de paternidade em uma demanda, não poderá o juiz, em posterior ação de alimentos, rejeitar o pedido com base na inexistência da relação¹⁴⁹.

Cabe, nessa instância, um último comentário preliminar acerca da natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. Conforme já estudado, vige no Brasil, como regra geral, o entendimento de que se trata de decisão *declaratória* (v., *supra*), que não inova na ordem jurídica. Assim, o acórdão que julga *procedente* o pedido limita-se a constatar a existência de um vício e a conferir certeza jurídica a esse fato, proclamando a invalidade da norma. E a decisão que julga o pedido *improcedente* contém em si a afirmação judicial de que o autor da ação não foi capaz de elidir a presunção de constitucionalidade da norma, que permanecerá no sistema jurídico, válida e eficaz¹⁵⁰.

Repassadas essas noções, cumpre agora aprofundar algumas questões.

5.2. Limites objetivos da coisa julgada e efeitos objetivos da decisão

Como visto, o limite objetivo da coisa julgada é a matéria decidida, tal como expressa na parte dispositiva da decisão. O dispositivo do acórdão que acolhe a pretensão em ação direta de inconstitucionalidade terá, como regra, teor análogo ao que segue: “O Tribunal, por maioria (ou por unanimidade), julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. X/00 (ou o art. n da Lei)”.

Por força da eficácia *preclusiva* da coisa julgada, já não será possível o ajuizamento de outra ação direta para obter nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) do mesmo dispositivo. No primeiro caso, nem sequer haveria interesse em agir, porque não há sentido em o mesmo órgão declarar duas vezes a mesma coisa. No segundo caso — o do pedido de declaração de constitucionalidade —, não seria possível ressuscitar a lei já fulminada. Relembre-se que a autoridade da coisa julgada impede qualquer novo pronunciamento acerca da matéria já decidida, seja ele ratificador ou não da decisão anterior. Já pela eficácia *vinculativa*, juízes e tribunais, ao decidir questão a eles submetida, não poderão desconsiderar, como premissa necessária, que a lei objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Cabe agora indagar se é possível falar na formação de coisa julgada na hipótese de

improcedência do pedido de inconstitucionalidade. O dispositivo do acórdão, nesse caso, terá normalmente teor análogo a este: “O Tribunal, por unanimidade (ou por maioria), julgou improcedente o pedido (cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade dos arts. x e y da Lei XY/00), nos termos do voto do relator”. Relembre-se que a Lei n. 9.868/99 trata a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade como duas faces de uma mesma unidade conceitual, como se fossem ações em tudo idênticas, apenas com “sinal trocado”. Desse modo, pela lógica da lei, julgar uma ação direta improcedente equivale a declarar que a lei é constitucional; e julgar uma ação declaratória improcedente equipara-se a declarar a inconstitucionalidade da lei (desde que, naturalmente, obtido o *quorum* de maioria absoluta)¹⁵¹. Pois bem: julgado improcedente o pedido na ação direta, fica o Supremo Tribunal Federal impedido de reapreciar a questão? Ou podem os demais legitimados ativos do art. 103 ajuizar nova ação direta?

Nos processos *subjetivos* forma-se *res iudicata* em caso de improcedência do pedido, mesmo quando o fundamento seja unicamente a ausência de prova suficiente¹⁵². Essa é a regra geral, que só encontra exceção nos casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a ação popular e a ação civil pública¹⁵³. E a coisa julgada, como exposto anteriormente, impede até mesmo que o próprio órgão prolator da decisão volte a apreciar a matéria. Tal doutrina, todavia, não se afigura aproveitável para a hipótese de improcedência do pedido na ação direta. Vejam-se as razões.

A declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas, no caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso. Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei¹⁵⁴. Portanto, o melhor entendimento na matéria é o de que podem os legitimados do art. 103 propor ação tendo por objeto a mesma lei e pode a Corte reapreciar a matéria¹⁵⁵. O que equivale a dizer que, no caso de improcedência do pedido, a decisão proferida não se reveste da autoridade da coisa julgada material¹⁵⁶.

Definidos os limites objetivos da coisa julgada, cumpre analisar os efeitos objetivos da decisão na ação direta. Vale dizer, o que acontece com a lei ou ato normativo objeto do pronunciamento judicial. Se o pedido for julgado improcedente, nada se passará com o ato impugnado, que continuará existente, válido e eficaz. Mas, no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, a decisão do Tribunal estará declarando que a norma é nula de pleno direito¹⁵⁷. A declaração de nulidade situa-se no plano da validade do ato jurídico: é a sanção pela invalidade da norma. Como consequência, a lei ou ato normativo nulo não deverá mais produzir efeitos: passa-se, assim, ao plano da eficácia, que deverá ser paralisada. Nulidade e ineficácia, portanto, são as consequências que, de regra, resultarão da declaração de inconstitucionalidade. Não há um ato formal no plano da existência da norma. Mas, considerando que a *vigência* de um ato normativo é a soma de sua existência e de sua eficácia, é possível afirmar que a lei declarada inconstitucional já não está mais

vigente¹⁵⁸.

Outro efeito objetivo da declaração de inconstitucionalidade é sua repercussão sobre a legislação que havia sido afetada pela lei reconhecida como inválida. Uma nova lei ou ato normativo, quando entra em vigor, frequentemente irá revogar normas que disciplinavam o mesmo assunto. De fato, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior¹⁵⁹. Sucede, porém, que, se a lei revogadora vier a ser declarada inconstitucional, não deverá produzir efeitos válidos, impondo o princípio da supremacia da Constituição que a situação jurídica volte ao *status quo ante*. Por essa razão, tanto a doutrina¹⁶⁰ quanto a jurisprudência¹⁶¹ sempre sustentaram que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei restaura a vigência da legislação previamente existente por ela afetada. A Lei n. 9.868/99 ratificou esse entendimento, embora admitindo que o Tribunal possa excepcioná-lo, manifestando-se expressamente em sentido contrário¹⁶².

5.3. Limites subjetivos da coisa julgada e efeitos subjetivos da decisão

Os limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade não são controvertidos: sua eficácia é contra todos. A extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explica-se, doutrinariamente, por força do fenômeno da *substituição processual*, já mencionado (v., *supra*). Não há necessidade, nesse caso, de suspensão da lei pelo Senado Federal, o que só ocorrerá na hipótese de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental (art. 52, X)¹⁶³. As pessoas e órgãos constantes do art. 103 da Constituição atuam com legitimação extraordinária, agindo em nome próprio, mas na defesa do interesse da coletividade. Por essa razão é que os efeitos da decisão têm caráter geral, e não apenas entre as partes do processo, como é a regra¹⁶⁴.

Na dicção expressa do parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99, “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”. O dispositivo — cuja constitucionalidade foi recentemente proclamada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁵ — traz em si três inovações dignas de nota: (a) a atribuição de efeito vinculante à declaração de *inconstitucionalidade*¹⁶⁶, (b) a inclusão no âmbito de tais efeitos da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução e (c) a explicitação de sua extensão aos órgãos judiciais e administrativos.

A transposição da noção de coisa julgada do processo civil para o âmbito dos processos de jurisdição abstrata e objetiva, aliada à importação para o direito brasileiro da ideia de vinculação das decisões, exige um esforço doutrinário de compreensão e conciliação de fenômenos diversos. Na verdade, os conceitos anglo-saxões de *stare decisis* e *binding precedent*, que se expressam no efeito vinculante atribuído pela lei e pelo texto constitucional ao controle de constitucionalidade, inibem determinadas consequências tradicionais da coisa julgada. Duas distinções merecem ser enfatizadas:

i) a coisa julgada, como visto, impede novo pronunciamento judicial sobre a mesma matéria; já o efeito vinculante obriga à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa;

ii) a coisa julgada preclui a possibilidade de o próprio órgão julgador rever a matéria; o efeito vinculante não impede que o órgão prolator possa reapreciar a matéria.

Objetivamente, portanto, à vista das premissas aqui firmadas, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em ação direta reveste-se de autoridade de *coisa julgada*, com sua eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Mas a decisão que julga improcedente o pedido — e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo — produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la se assim lhe aprouver (v., *supra*).

O efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade se produz, conforme a letra expressa do dispositivo legal e do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, em relação ao Judiciário e à Administração. No tocante aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma¹⁶⁷. Em caso de inobservância do efeito vinculante pelo juiz ou Tribunal, caberá reclamação (CF, art. 102, I, *l*)¹⁶⁸. No tocante aos órgãos da Administração, eventual descumprimento da orientação do Tribunal sujeitar-se-á à impugnação pelos meios judiciais cabíveis, podendo ser o caso, igualmente, de responsabilização do agente público¹⁶⁹.

O Poder Legislativo ficou excluído da dicção e do alcance do efeito vinculante previsto no parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e no art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Em certos sistemas constitucionais, a decisão de inconstitucionalidade impede o legislador futuro de editar norma de conteúdo igual ou análogo ao que foi rejeitado¹⁷⁰. Embora pareça intuitivo que o legislador assim deva proceder, nem sempre é o que se passa. No direito brasileiro, a rigor técnico, não há como impedir que o órgão legislativo volte a prover acerca da matéria e, ao fazê-lo, incorra em inconstitucionalidade da mesma natureza¹⁷¹. Por tal razão, não caberá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. O caso será de ajuizamento de nova ação direta¹⁷².

Resta, por fim, a questão da atribuição de efeito vinculante à interpretação conforme à Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Optou o legislador por distinguir as duas figuras, embora sejam frequentemente equiparadas pela doutrina¹⁷³ e pela jurisprudência¹⁷⁴. Do ponto de vista didático, uma boa maneira de ordenar o tema é considerar a interpretação conforme a Constituição como um gênero que comporta as seguintes modalidades de atuação do intérprete: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato; ou (iii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da

norma — geralmente a mais óbvia — e na afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição¹⁷⁵.

Pois bem: no primeiro caso, em que há a mera declaração de uma interpretação, sem exclusão expressa de outras, não há falar em efeito vinculante. Não assim, porém, nas duas últimas hipóteses: juízes e tribunais não poderão aplicar a norma a uma situação de fato que tenha sido excluída da sua incidência pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco dar à norma uma interpretação que haja sido por ele declarada inválida. O conhecimento convencional sempre limitou o efeito vinculante das decisões judiciais à sua parte dispositiva, e não à sua fundamentação, conforme regra tradicional de direito processual (CPC, art. 469, I). Tal entendimento, todavia, vem sendo superado em relação aos processos objetivos, como se vê no tópico seguinte¹⁷⁶.

5.4. *Efeitos transcendentales*

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão¹⁷⁷. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir¹⁷⁸.

Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua¹⁷⁹. De forma coerente, a Corte reconheceu legitimidade ativa para ajuizar a reclamação a terceiros — isto é, a quem não foi parte no processo objetivo de controle concentrado —, desde que necessária para assegurar o efetivo respeito aos julgados da Corte¹⁸⁰.

Essa linha jurisprudencial parece afinada com o propósito de racionalização da jurisdição constitucional e da carga de trabalho do STF, privilegiando as teses constitucionais que hajam sido firmadas em controle abstrato. Nada obstante, o próprio tribunal tem ensaiado uma possível mudança de jurisprudência na matéria, questionando a possibilidade de se conferir eficácia vinculante também às suas razões de decidir¹⁸¹.

5.5. *Efeitos temporais*

Como consignado em tópicos anteriores, a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos: lei inconstitucional é lei nula. Dessa premissa teórica resultam duas consequências práticas importantes. A primeira: a decisão que reconhece a inconstitucionalidade limita-se a constatar um situação preexistente, estabelecendo acerca dela uma certeza jurídica. Sua natureza, portanto, é *declaratória*. A segunda: sendo o vício de inconstitucionalidade, como regra, congênito à lei, os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, isto é,

são *ex tunc* (v., *supra*, ampla discussão sobre a matéria desse tópico).

Não prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma *anulável*, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo. Sem embargo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atenuou, em diversos precedentes, a posição radical da teoria da nulidade, admitindo hipóteses em que a decisão não deveria produzir efeitos retroativos. Assim se passou, por exemplo, no caso de magistrados que haviam recebido, de boa-fé, vantagem pecuniária declarada inconstitucional: a remuneração foi interrompida, mas não foram eles obrigados a devolvê-la¹⁸². Ou no da penhora realizada por oficial de justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional, sem que o ato praticado na condição de funcionário de fato fosse invalidado¹⁸³. De igual sorte, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desfaz, automaticamente, as decisões proferidas em casos individuais e já transitadas em julgado¹⁸⁴. A esses temperamentos feitos pela própria Corte a doutrina agregou alguns outros¹⁸⁵.

5.5.1. A questão da modulação dos efeitos temporais

A despeito da boa solução que se vinha dando ao tema, nas hipóteses extremas, pareceu bem ao legislador prover a respeito¹⁸⁶. E, assim, fez incluir no art. 27 da Lei n. 9.868/99 previsão análoga à que consta da Constituição portuguesa (art. 282.1) e da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã (§ 31), permitindo ao Supremo Tribunal Federal, mediante *quorum* qualificado, dar temperamento aos efeitos temporais da decisão¹⁸⁷. Este é o dispositivo, em sua dicção literal:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável, ou ainda impedindo a retroação sobre determinado tipo de situação¹⁸⁸; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado¹⁸⁹ ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida¹⁹⁰. Seria possível cogitar de uma quinta hipótese, referente aos casos em que o Tribunal declara que determinado dispositivo de lei ou ato normativo editado na vigência da ordem constitucional anterior não foi recepcionado pela nova Constituição. Nessa situação, porém, a Corte tem adotado o entendimento de que a modulação será impossível, apegando-se a sua própria jurisprudência tradicional que estabelece uma distinção conceitual rígida entre a declaração de inconstitucionalidade e a não recepção¹⁹¹.

O art. 27 da Lei n. 9.868/99 produz, como se percebe claramente, a formalização de um mecanismo de ponderação de valores. Mas há aqui uma sutileza que não deve passar

despercebida. Poderia parecer, à primeira vista, que se pondera, de um lado, o princípio da supremacia da Constituição e, de outro, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Na verdade, não é bem assim. O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas (v., *supra*). Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema¹⁹². O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional¹⁹³. Como, por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade. Por se tratar de uma hipótese de aplicação direta da Constituição, a modulação poderá ser determinada de ofício por parte do Tribunal, sem prejuízo da possibilidade de que seja requerida pela parte interessada¹⁹⁴.

Ainda, a propósito do art. 27 da Lei n. 9.868/99, é possível, proceder a uma leitura singular, porém bastante razoável, do dispositivo. Dele se pode extrair um caráter limitador da competência do Supremo Tribunal Federal para restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. De fato, para que a Corte possa decidir a ponderação de valores em favor da proteção dos efeitos da norma declarada inconstitucional — negando, assim, eficácia *ex tunc* à decisão —, passou a ser necessário o quórum de dois terços de seus membros¹⁹⁵. À vista dessa interpretação, coloca-se a questão da legitimidade ou não de o legislador infraconstitucional estabelecer uma preferência abstrata em favor de um dos valores constitucionais em disputa. O dispositivo, a bem da verdade, tem sido utilizado com cautela e parcimônia¹⁹⁶. Rememore-se que a ideia de modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, que a ele se encontra subjacente, tem sido invocada pelo próprio Supremo Tribunal Federal em outros cenários, como no controle incidental¹⁹⁷ e na mudança de jurisprudência consolidada¹⁹⁸ (v. *supra*). Outros tribunais, igualmente, já se valeram da invocação expressa do art. 27.

Como já referido, é possível sistematizar a jurisprudência do STF, em tema de modulação temporal dos efeitos de decisão judicial, identificando quatro cenários diversos em que ela tem sido aplicada: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta¹⁹⁹; b) declaração incidental de inconstitucionalidade²⁰⁰; c) declaração de constitucionalidade em abstrato²⁰¹; e d) mudança de jurisprudência. Alguns precedentes emblemáticos dessa última hipótese foram a mudança de entendimento da Corte relativamente (i) à competência para ações acidentárias, que passou da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho²⁰²; e (ii) ao regime de fidelidade partidária²⁰³.

5.5.2. Outras questões

Ainda no plano da eficácia temporal, cabe reavivar que a Lei n. 9.868/99 ratificou o entendimento de que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei que houvesse revogado outra, restaura-se a norma revogada. Do contrário, estar-se-ia admitindo que norma inválida produzisse efeitos válidos (v., *supra*). A lei admitiu, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal possa dispor em sentido contrário, em juízo de conveniência e oportunidade²⁰⁴, ou

até mesmo por entender que a norma a ser restaurada também padece de inconstitucionalidade²⁰⁵.

Há doutrina no sentido de que não existe prazo para a propositura da ação direta, sendo o vício de inconstitucionalidade, na ordem jurídica brasileira, imprescritível²⁰⁶. É possível aqui distinguir duas situações diversas. Hipóteses haverá em que a inconstitucionalidade de uma norma será *superveniente* a seu nascimento, resultando de *mutações constitucionais*, que podem decorrer de alterações significativas na situação de fato subjacente ou de modificações ocorridas no próprio sistema jurídico. Nesse caso, pode acontecer de uma lei estar em vigor de longa data, mas sua inconstitucionalidade ser recente. A outra hipótese é a da lei *originariamente* inconstitucional: se o fundamento do pedido remonta ao momento de nascimento da lei — uma inconstitucionalidade formal, por exemplo —, parece mais razoável sustentar a prescritibilidade da pretensão. À falta de regra expressa, e tendo em vista a gravidade representada pelo vício da inconstitucionalidade, deve-se aplicar o maior prazo prescricional ordinário adotado pela legislação²⁰⁷.

Esse entendimento se afigura como o que melhor se harmoniza com o sistema jurídico brasileiro. De fato, em qualquer dos campos do direito, a prescrição tem como fundamento lógico o princípio geral de segurança das relações jurídicas e, como tal, é a regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional. A própria Constituição Federal de 1988 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade (art. 5º, XLII e XLIV, que cuidam do crime de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional²⁰⁸), garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso do tempo. O fato de não haver norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional em determinada hipótese não confere a qualquer pretensão a nota de imprescritibilidade. Cabe ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável²⁰⁹.

Ainda em tema de prescrição, coloca-se a questão de eventuais pretensões do particular em face do Poder Público como decorrência da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. A matéria é recorrente em situações de pedido de restituição de tributos pagos com base em lei que vem a ser considerada inválida. Como se sabe, as pretensões contra a Fazenda Pública prescrevem, como regra geral, em cinco anos²¹⁰. Esse prazo, todavia, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança, somente deverá começar a fluir a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade, seja em ação direta ou em controle incidental. É que, nesse momento, à vista da publicidade da decisão, o contribuinte passa a ter conhecimento de que pode exercer uma pretensão legítima²¹¹.

6. Repercussão da decisão em controle abstrato sobre situações já constituídas

A decisão proferida em ação direta terá, como regra, eficácia contra todos, retroativa e vinculante. A declaração de inconstitucionalidade, assim, deverá alcançar os atos pretéritos praticados com base na lei ou ato normativo rejeitados, por sua inaptidão para produzir efeitos válidos. É bem de ver, no entanto, que nem sempre será possível, ou mesmo legítima, a automática desconstituição das situações jurídicas que se formaram e consolidaram

anteriormente à manifestação judicial, como se demonstra a seguir.

6.1. Distinção entre os efeitos da decisão no plano abstrato e no plano concreto

A decisão do Supremo Tribunal Federal que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos no plano normativo: atuando como legislador negativo, o Tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade²¹². Distinto é o plano das situações concretas já constituídas em decorrência de atos jurídicos individuais, tanto entre partes privadas como os que envolvem o Poder Público. É certo que também essas relações deverão sofrer os reflexos da decisão, mas se impõem certas cautelas e temperamentos.

Em múltiplas hipóteses, os efeitos da decisão abstrata sobre o plano concreto deverão produzir-se por mero ato de ofício da autoridade administrativa. Por exemplo: declarada inconstitucional a lei instituidora de um tributo, não só o Estado não deverá mais cobrá-lo como deverá invalidar todos os autos de infração pendentes, que se haviam fundado na norma rejeitada. Parece razoável sustentar, no entanto, que a restituição do valor já recebido, ainda que indevidamente, deva ser precedida de pedido administrativo do contribuinte, com a comprovação do pagamento²¹³.

Pode haver casos, no entanto, em que o desfazimento de situações constituídas com base no ato considerado inválido exija um devido processo legal, administrativo ou judicial. Um contrato que vigore de longa data entre particulares ou uma relação entre administrado e Administração na qual o primeiro já tenha cumprido sua parte na obrigação podem conter elementos que imponham temperamento a sua desconstituição sumária. À parte afetada tocará o direito subjetivo de procurar demonstrar que, na hipótese, deverá ser resguardada sua boa-fé, ou prevalecer o princípio da segurança jurídica, ou ser impedido o enriquecimento ilícito, dentre outros argumentos²¹⁴.

6.2. Decisão em controle abstrato e coisa julgada

Derivada do princípio da segurança jurídica, a proteção constitucional da coisa julgada materializa-se na regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Sem embargo da ausência de previsão expressa, sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figurava como limite à retroatividade do julgado, a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória²¹⁵. De fato, o instituto constitucional e processual da coisa julgada não é incompatível com a disciplina, em sede infraconstitucional, de hipóteses de rescisão da sentença ou do acórdão, mesmo após o trânsito em julgado²¹⁶. Daí a previsão expressa do Código de Processo Civil nesse sentido, no qual se contempla como causa de rescisão a circunstância de a decisão rescindenda “violando literal disposição de lei”²¹⁷.

Como consequência, vem-se admitindo ação rescisória tendo por objeto decisão que, mesmo transitada em julgado, haja aplicado lei que veio posteriormente a ser considerada inconstitucional. Pela mesma lógica, tem-se defendido a possibilidade inversa: a rescisão do julgado que tenha deixado de aplicar, por inconstitucional, lei que veio a ser proclamada

constitucional em ação direta²¹⁸. Não importa, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a circunstância de que, na época em que prolatada a decisão, fosse controvertida a questão de sua compatibilidade com a Constituição, haja vista que a restrição contida na Súmula 343²¹⁹ incide somente quando o dissídio envolver a interpretação de dispositivo legal, e não constitucional²²⁰. Indo além, o STF vem entendendo que cabe rescisória quando a decisão transitada em julgado tenha simplesmente divergido da interpretação constitucional fixada pela Corte, mesmo que esta interpretação seja posterior ao julgado rescindendo²²¹.

O entendimento que prevalece na doutrina é o de que, transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória, já não será possível desfazer a decisão, ainda quando se constate posteriormente sua inconstitucionalidade²²², salvo em se tratando de matéria penal²²³. O tema vem sendo intensamente revisitado, como se verá no tópico seguinte, com forte tendência à flexibilização desse ponto de vista. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admitia a possibilidade de oferecimento de embargos à execução de sentença, quando baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional²²⁴. Todavia, a Medida Provisória n. 2.180, de 27 de agosto de 2001 (desde a reedição como MP n. 1.984-17, de 7-4-2000), acrescentou ao art. 741 do Código de Processo Civil, que enumera as hipóteses de cabimento de embargos à execução, um parágrafo único considerando “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”.

A redação do comando, contudo, dava ensejo a alguma ambiguidade. Embora houvesse referência a uma declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF, a parte final do enunciado poderia — ainda que de forma um tanto contraditória — sugerir que bastaria o convencimento do próprio juiz da execução acerca da ocorrência de “*aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*” para a desconstituição da coisa julgada, mesmo que o STF não se houvesse pronunciado sobre o tema.

Ainda que textualmente possível, tal interpretação esvaziaria gravemente a garantia constitucional da coisa julgada e, não por acaso, a doutrina especializada rechaçou essa possibilidade interpretativa²²⁵. Com efeito, seria manifestamente inadequado que o juiz da execução pudesse, em circunstâncias ordinárias, negar exigibilidade ao título executivo judicial (i. e., à decisão produzida no processo de conhecimento) sob o fundamento de suposta inconstitucionalidade. O juízo da execução transformar-se-ia em nova instância recursal e em sucedâneo extemporâneo do STF, a quem compete o julgamento de recursos extraordinários. A garantia constitucional da coisa julgada ficaria subordinada ao livre convencimento de mais uma autoridade judicial, mesmo após o fim do processo de conhecimento, já caracterizado por possibilidade de discussão ampla das partes e fartura de oportunidades de impugnação recursal.

A referida ambiguidade foi sanada, afinal, pela Lei n. 11.832/2005, que modificou a redação do art. 741, explicitando que apenas a manifestação específica do STF acerca da questão constitucional suscitada autorizaria a superação da coisa julgada no caso concreto²²⁶. Além disso, a lei inseriu um novo dispositivo no Código de Processo Civil,

estendendo a previsão ao processo de execução de sentenças em geral. Trata-se do art. 475-L, que enuncia as matérias que podem ser deduzidas em sede de embargos à execução. O inciso II refere-se à inexigibilidade do título. O sistema é complementado pelo § 1º desse mesmo artigo, cuja redação é idêntica à do parágrafo único do art. 741, já transcrito.

Isto é: havendo pronunciamento específico do STF a respeito da questão constitucional suscitada pelo executado, a decisão judicial transitada em julgado poderá ser considerada título inexigível por vício de inconstitucionalidade no âmbito do processo de execução²²⁷. Registre-se, por fim, que tanto o parágrafo único do art. 741 quanto o § 1º do art. 475-L, ambos do Código de Processo Civil, tiveram a sua constitucionalidade questionada perante o STF, sob o argumento de que a superação da coisa julgada no âmbito do processo de execução de sentença seria *sempre* inconstitucional, mesmo após manifestação específica do STF. A questão ainda se encontra pendente de julgamento²²⁸.

6.3. O debate acerca da relativização da coisa julgada²²⁹

A coisa julgada, como já assinalado, consiste na situação jurídica de imutabilidade da sentença e de seus efeitos. O tipo de autoridade de que se reveste é atributo específico dos atos praticados no desempenho da função jurisdicional: atos legislativos e administrativos não são aptos a produzi-la²³⁰. A coisa julgada tem por finalidade assegurar a estabilidade do ato estatal que soluciona o litígio, imunizando os efeitos da decisão, não apenas no âmbito do processo (coisa julgada formal) como também, e sobretudo, aqueles que se projetam para fora do processo, atingindo as partes em suas relações (coisa julgada material)²³¹.

Como se depreende intuitivamente, a proteção da coisa julgada é a materialização, sob a forma de uma regra explícita, do princípio da segurança jurídica, em cujo âmbito se resguardam a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das condutas e a certeza jurídica que se estabelece acerca de situações anteriormente controvertidas²³². De fato, o fim da situação litigiosa e o restabelecimento da paz social são valores relevantes para a sociedade e para o Estado, e em seu nome se impede a reabertura da discussão, mesmo diante da alegada injustiça da decisão²³³. Daí por que, no Brasil, a coisa julgada, de longa data, deixou de ser apenas um instituto de direito processual para adquirir *status* constitucional²³⁴.

Recentemente, todavia, a doutrina tem debatido a primazia dogmática da proteção da coisa julgada, notadamente diante de injustiças flagrantes²³⁵ ou de casos teratológicos²³⁶. Para os fins relevantes neste capítulo, cabe enfrentar a seguinte questão: é possível rever uma decisão, fundada em lei que veio a ser posteriormente declarada inconstitucional, quando já não caiba mais ação rescisória (por ter-se operado a decadência do direito de propô-la) nem seja caso de oferecimento de embargos do devedor (CPC, art. 741, parágrafo único)? A resposta, como regra geral, será negativa.

Todavia, pode haver hipótese em que se deva considerar a relativização da coisa julgada, quando ocorra a superveniente pronúncia de inconstitucionalidade da lei²³⁷. É que o princípio da segurança jurídica, como os princípios em geral, não tem caráter absoluto. É

possível cogitar, portanto, da necessidade de fazer sua *ponderação*²³⁸ com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade. Essa será, no entanto, uma situação excepcionalíssima. Até porque a coisa julgada, como já mencionado, é uma *regra* de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete. Somente em situações-limite, de quase ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada²³⁹.

Quanto à via a ser adotada para obter o desfazimento da coisa julgada, a doutrina processualista tem sido surpreendentemente liberal: admite a ação rescisória, sem sujeição ao prazo decadencial de dois anos, sob o fundamento de que a coisa julgada inconstitucional é *nula*, e, como tal, não se subordina a prazos decadenciais ou prescricionais²⁴⁰. E admite, também, a propositura de qualquer ação comum destinada a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, reconhecendo ao juiz um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada²⁴¹. Toda tese inovadora, para romper o cerco do conhecimento consolidado, precisa ser afirmada com ímpeto, por vezes até com certo exagero. O intérprete constitucional, contudo, deverá operar essas ideias sem preconceito, mas com cautela, para não produzir uma indesejável banalização da coisa julgada.

A esse respeito, registre-se movimento de reação à “relativização da coisa julgada”, integrado por nomes como José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Jr. e Luiz Guilherme Marinoni²⁴². Em linhas gerais, enumeram como impedimentos à dita relativização: (i) a possibilidade *ad infinitum* de novo julgamento da causa, com multiplicação de processos com idêntico objeto (se o Estado-juiz errou no primeiro julgamento, pode igualmente errar no segundo e assim por diante); (ii) o esvaziamento do próprio direito de acesso à justiça, que restaria substancialmente prejudicado caso não houvesse solução *definitiva* da lide pelo Poder Judiciário; (iii) a previsão já existente, no ordenamento jurídico, das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida (art. 485, CPC) que, em última análise, são exemplos de relativização propriamente dita²⁴³.

III — A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE²⁴⁴

1. Generalidades

O sistema de controle por via principal ou ação direta, como visto, surgiu no Brasil com a denominada representação interventiva (CF/34, art. 12, § 2º), tendo sido significativamente ampliado pela introdução da ação genérica de inconstitucionalidade (EC n. 16/65). Sob a vigência da Constituição de 1967-69 foram previstas, por via de emenda (EC n. 7/77), a representação interpretativa²⁴⁵ e a advocatória²⁴⁶, que não subsistiram na Constituição de 1988. Já sob a vigência dessa Carta, a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, mediante alteração e introdução de dispositivos no corpo permanente da Constituição²⁴⁷.

A ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar rigorosamente próximo no direito comparado²⁴⁸, embora alguns autores procurem demonstrar ter ela antecedentes