

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**ANA CLÁUDIA NEVES DA COSTA**

**A TERIOIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTE E SUA  
COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA COISA JULGADA PREVISTA  
NOS ARTIGOS 469, I, E 472 DO CPC**

**BRASÍLIA,  
AGOSTO DE 2014.**

**ANA CLÁUDIA NEVES DA COSTA**

**A TEROIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTE E SUA  
COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA COISA JULGADA PREVISTA  
NOS ARTIGOS 469, I, E 472 DO CPC**

Monografia apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Especialista em Direito  
Processual Civil, no curso de pós-graduação *lato  
sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público -  
IDP

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Carvalho

**BRASÍLIA,  
AGOSTO 2014.**

**ANA CLÁUDIA NEVES DA COSTA**

**A TEROIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTE E SUA  
COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA COISA JULGADA PREVISTA  
NOS ARTIGOS 469, I, E 472 DO CPC**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Especialista de Direito Constitucional, no curso de Pós- Graduação *lato sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF, 29 de agosto de 2014.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em  
\_\_/\_\_/\_\_. com menção \_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_)

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Presidente: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, em algumas decisões em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade tem atribuído efeitos *erga omnes* e vinculante aos fundamentos da decisão, aplicando, assim, a denominada Teoria da Transcendência dos motivos determinantes. Entretanto, parte da doutrina tem criticado a aplicação da Teoria com a justificativa de que ela desrespeita os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, violando, por conseguinte, as normas contidas nos arts. 469, I e 472, do Código de Processo Civil, que determinam que, os motivos, ainda que importantes, não fazem coisa julgada, e, que, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Em razão disso, o presente trabalho irá analisar a legitimidade da aplicação da Teoria da Transcendência sob o enfoque da sistemática processual cível, em especial, daquelas regras relativas ao instituto da coisa julgada, partindo do estudo do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Teoria da transcendência. Coisa julgada.

## ABSTRACT

The Federal Supreme Court, guardian of the Federal Constitution, in some decisions in the concrete and diffuse control of constitutionality has assigned *erga omnes* and binding effect to the decision foundations, applying, thus, the so-called Theory of Transcendence of the determinant motives. However, part of the doctrine has criticized the application of the Theory with the justification that it disrespects the objective and subjective limits of *res judicata*, violating, thereafter, the rules contained in arts. 469, I and 472, of the Civil Procedure Code, under which, though important, do not *res judicata*, and, that, the sentence does *res judicata* to parties between whom it is given, not benefiting or harming others. For this reason, this paper will examine the legitimacy of the application of the Theory of Transcendence with the focus on civil procedural systematic, in particular, of that rules relating to the institution of *res judicata*, starting from the study of Brazilian system of nationality control.

**Key-words:** Nationality Control. Theory of Transcendence. *Res judicata*.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADC – Ação direta de constitucionalidade.

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade.

ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental.

ART. – Artigo.

CF – Constituição Federal.

CPC – Código de Processo Civil.

EC – Emenda Constitucional.

MI – Mandado de Injunção.

RE – Recurso extraordinário.

Rcl. - Reclamação

STF – Supremo Tribunal Federal.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>10</b>
1.1 A Constituição Federal de 1988 e o controle de constitucionalidade.....	13
1.2 CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	14
1.2.1. Recurso Extraordinário.....	20
1.3 DO CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	24
1.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	27
1.3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade .....	30
1.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	33
<b>2 DO INSTITUTO DA COISA JULGADA .....</b>	<b>38</b>
2.1 DA COISA JULGADA.....	38
2.1.1 Conceito.....	38
2.1.2 Fundamentos da Coisa Julgada .....	40
2.1.3 Natureza Jurídica .....	41
2.1.4 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material.....	42
2.1.5 Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada .....	46
2.2 LIMITES DA COISA JULGADA .....	48
2.2.1 Limite Objetivo da Coisa Julgada .....	49
2.2.2 Limite Subjetivo da Coisa Julgada .....	51
2.2.3 Limite Temporal da Coisa Julgada.....	52
2.3 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA .....	54
<b>3 DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES .....</b>	<b>56</b>
3.1 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO .....	56
3.1.1 Origem e Conceito.....	56
3.1.2 A Teoria da Transcendência: eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante .....	60
3.1.2.1 Da eficácia <i>erga omnes</i> e a declaração de (in)constitucionalidade .....	50
3.1.2.2 Do efeito vinculante.....	64
3.1.3 A <i>Ratio Decidendi</i> e o <i>Obiter Dictum</i> .....	71

3.2 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA AUTORIDADE E DA COMPETÊNCIA DO STF .....	74
3.3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	77
3.4 ANÁLISE DOS CASOS PARADIGMAS .....	79
3.4.1 Da Análise do RE 197.917/SP .....	79
3.4.2 Da análise do HC n. 82.959-SP e da Reclamação n. 4335/AC .....	85
3.4.3 Mandados de Injunção nº 708 e 712 .....	89
3.5 CRÍTICAS À TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES .....	89
3.6 DOS ARTIGOS 469, I, E 472 DO CPC .....	93
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>98</b>
<b>REFERÊNCIA.....</b>	<b>100</b>

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é aquele que têm como base uma Constituição na qual se encontram expressos os anseios e valores sociopolíticos da sociedade. A Carta Magna brasileira é dotada de rigidez, sendo assim, ela exige um processo peculiar para a alteração de seu texto. Essa rigidez tem como razão de ser, a força normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, o constituinte brasileiro estabeleceu no artigo 102, b, da CF/88 que, o Superior Tribunal Federal é o órgão responsável por guardar o Texto Constitucional, cabendo a ele decidir como o ordenamento jurídico constitucional deve ser interpretado, pacificar os entendimentos judiciais acerca das normas constitucionais, fortalecendo e aplicando-as de forma igualitária, exercendo assim a jurisdição constitucional.

Para a tutela da ordem constitucional por meio da jurisdição constitucional, o constituinte pátrio estabeleceu um controle misto de constitucionalidade para a verificação de compatibilidade entre as normas infraconstitucionais com o Texto Constitucional, vez que, observa-se no sistema jurídico brasileiro a via difusa, derivada do sistema norte-americano de constitucionalidade, e a via concentrada de constitucionalidade, originária do sistema austríaco.

Em virtude desse modelo misto de controle de constitucionalidade adotado pelo país, as decisões da Suprema Corte possuem efeitos que variam conforme a modalidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos. Desta forma, as decisões do STF em sede de recurso extraordinário, principal via difusa e concreta de controle de constitucionalidade, possuem efeito *inter partes* e não vinculante, ou seja, não geram efeitos para pessoas estranhas ao processo, e a decisão da Suprema Corte não tem que ser obrigatoriamente observada pelos demais órgãos do Judiciário. Enquanto que, a decisão sobre a questão constitucional na via concentrada e abstrata, em regra, gera efeitos *erga omnes* e vinculante.

No entanto, o STF em algumas decisões em controle concreto e difuso de constitucionalidade atribuiu efeito vinculante e *erga omnes*, típicos do modelo concentrado e abstrato de constitucionalidade, não somente ao dispositivo de suas decisões, mas, também, aos motivos que as fundamentaram. É neste contexto que a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão ganha relevância no cenário jurídico nacional, uma vez que, ela visa estender o efeito vinculante a *ratio decidendi* da decisão, bem como atribuir a ela efeito *erga omnes*, vinculando assim aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos órgãos do

Poder Público.

Entretanto, há que entenda que a Teoria em questão modifica os limites subjetivos da coisa julgada em sede de recurso extraordinário, controle concreto e difuso de constitucionalidade, violando assim os art. 462, I, e 472 do Código de Processo Civil, além de provocar o fenômeno da abstração do controle de constitucionalidade, pois, aproxima as duas modalidades de controle de constitucionalidade<sup>1</sup>.

Por outro lado, os defensores da Teoria da Transcendência, dentre eles o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, argumentam que, o efeito vinculante das decisões da Suprema Corte em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, previsto no § 2º, do art. 102, da CF, não é instituto afim ao da coisa julgada, portanto, a adoção da Teoria em comento não violaria as regras contidas nos dispositivos legais supracitados.

Assim, para se verificar se a adoção da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão é incompatível ou não com o sistema processual civil, especialmente em relação às normas que tratam sobre a coisa julgada, cumpre, antes de mais nada, analisar o controle de constitucionalidade brasileiro, para que se possa então passar ao estudo da coisa julgada, e por fim, examinar a Teoria objeto do estudo e, conseqüentemente, o efeito vinculante que é uma de suas principais características.

---

<sup>1</sup> Bruney Guimarães Brum destaca: “Percebe-se, na supramencionada teoria, mais um caso no qual o controle difuso de constitucionalidade se aproxima do controle concentrado, posto haver uma concessão de efeitos transcendentais à *ratio decidendi* da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Note que, com a concessão de tais efeitos, uma decisão que, normalmente, possuiria apenas efeitos *inter partes*, passa a possuir efeitos para além das partes que discutem determinada relação jurídica em concreto. Eis, de forma simplificada, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Concede-se a decisão de controle concreto de constitucionalidade os efeitos do controle abstrato”. BRUM, Bruney Guimarães. Da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão e sua correlação com o princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18, n. 72, jul./set. 2010. p. 77

## 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade pressupõe uma Constituição dotada de rigidez<sup>2</sup>. A rigidez constitucional está relacionada à exigência de um processo legislativo peculiar para a alteração do texto constitucional. Essa exigência de mecanismo especial para a modificação do texto da Constituição Federal brasileira encontra-se positivada no art. 60 da CF/88.

A exigência de processo legislativo próprio para a alteração do texto constitucional induz ao entendimento de que a Constituição se encontra em nível superior aos demais diplomas normativos do sistema jurídico pátrio. Nesse sentido, a Constituição de um Estado deve imperar sobre todo o ordenamento jurídico, isso se dá, pois, uma norma infraconstitucional deve buscar o seu fundamento de validade na Constituição, que é, exatamente, o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional<sup>3</sup>. Em decorrência disto é que se observa no Direito um escalonamento das normas.

Sobre o assunto José Afonso da Silva<sup>4</sup> interpreta a ideia de Hans Kelsen, segundo o qual:

Constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Neste contexto, se faz relevante mencionar o princípio da força normativa da Constituição desenvolvido por Konrad Hesse, que preceitua que, os aplicadores das normas constitucionais, na solução de conflitos devem conferir à Constituição a máxima efetividade<sup>5</sup>. Desta forma, é possível entender que, na solução de conflitos ou litígios, a Corte Constitucional deve preferir aquela interpretação que contribua da melhor forma para uma máxima eficácia constitucional.

Da ideia da Constituição no vértice do sistema jurídico, oriunda o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual, a Lei Maior encontra-se no ápice da pirâmide normativa, e, portanto, deve orientar e irradiar seus preceitos às demais normas que integram o sistema jurídico. É exatamente em razão da supremacia da Constituição que todo o

<sup>2</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 143.

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 19.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41.

<sup>5</sup> BRUM. Loc. cit.

ordenamento jurídico tem que estar em acordo com as disposições formais e materiais do texto constitucional. Desta forma, a validade das normas infraconstitucionais está condicionada aos limites formais e materiais estabelecidos pelo constituinte e, a norma inferior que extrapola esses limites é ilegítima, portanto, maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

Neste diapasão, a validade das normas jurídicas depende de sua adequação, compatibilidade, à norma hierarquicamente superior: a Constituição Federal. Há a presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, assim, elas são consideradas constitucionais até que o órgão competente, no caso o Supremo Tribunal Federal, as declare inconstitucionais por meio de procedimentos considerados hábeis pela Carta Magna.

Em razão da concepção jurídica moderna de acordo com a qual a Constituição é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, é que se fez necessário desenvolver um mecanismo de controle de constitucionalidade das normas inferiores. O controle de constitucionalidade consiste em um processo no qual se averigua a conformidade dos atos jurídicos, incluídos aqui os atos comissivos e os omissivos, com o ordenamento constitucional, com o fim de expurgar os atos incompatíveis com a Constituição do sistema jurídico. Desta forma, o controle de constitucionalidade é um meio processual que visa garantir que as normas infraconstitucionais estejam conforme a Lei Maior, contemplando, assim, o supracitado princípio da supremacia da Constituição.<sup>6</sup>

Importante, para o estudo em análise, destacar o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>7</sup> sobre o controle de constitucionalidade: “O controle de constitucionalidade é a garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente ao Poder Legislativo”.

O constituinte brasileiro de 1988 estabeleceu no dispositivo legal, art. 102, da Constituição, que o Superior Tribunal Federal é o órgão responsável por guardar o Texto Constitucional, cabendo a ele, desta forma, decidir como o ordenamento jurídico constitucional deve ser interpretado, pacificar os entendimentos judiciais acerca das normas constitucionais, fortalecendo e aplicando-as de forma igualitária, por meio do controle de

---

<sup>6</sup>Esse é o entendimento de Pedro Lenza, segundo o qual: “a ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema”. LENZA. Op. cit., p. 93

<sup>7</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. n.º 220, p. 2, abr./jun. 2000.

constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo constituinte na Carta Magna de 1988 é um controle misto de constitucionalidade, isso porque, observa-se no sistema jurídico pátrio a via difusa de controle de constitucionalidade, derivada do sistema norte-americano, e a via concentrada de constitucionalidade, originária do sistema austríaco.<sup>8</sup>

A respeito do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo constituinte na Carta Magna de 1988, José Afonso da Silva<sup>9</sup> disserta: “O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade”. Logo, em decorrência do modelo misto de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, as decisões da Suprema Corte possuem efeitos que variam conforme a modalidade de controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos, em virtude desse modelo híbrido de controle de constitucionalidade.

Tecidas tais ponderações, passa-se ao estudo do sistema de controle de constitucionalidade e os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

## **1.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Anteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988 coexistiam no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro elementos dos sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade, dando origem a um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

A Carta Magna elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional n. 26 de 1985, ampliou de forma significativa os mecanismos de proteção judicial, bem como, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ademais, manteve no sistema processual constitucional a representação interventiva com fim

---

<sup>8</sup>Marcelo Lamy disserta em seu artigo sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que: “Nosso sistema de controle da constitucionalidade, tido como misto (pois convivem nele a via difusa e a concentrada), possui uma via difusa de controle em que se analisam as inconstitucionalidades em relação a um caso concreto. Por outro lado, possui uma via concentrada, colocada nas mãos do Supremo Tribunal Federal quando se analisa abstratamente (sem vincular-se a um caso) a constitucionalidade de ato jurídico em relação à Constituição Federal, e nas mãos dos Tribunais de Justiça quando diga respeito à Constituição Estadual. São diversos os meios de se exercer o controle concentrado. Nosso ordenamento prevê os seguintes: representação interventiva (regulada pela lei 4337/64), ação direta de inconstitucionalidade por ação, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental”. LAMY. Apud: FERREIRA FILHO. Op. cit.

<sup>9</sup>SILVA. Op. cit., p. 554.

de verificar a compatibilidade de direito estadual com os princípios sensíveis, previstos no novo Texto Constitucional.

Além do mais, a Assembleia Constituinte estabeleceu um controle de constitucionalidade das omissões legislativas<sup>10</sup> ao prever o mandado de injunção, forma de controle difuso de constitucionalidade por provocação incidental, e também ao prever a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI por omissão, no art. 103, §2º da Constituição de 1988, controle concentrado de constitucionalidade da omissão legislativa. Atribuiu ao Procurador-Geral da República o dever de atuar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal e, para a defesa do ato impugnado no controle concentrado, passou a exigir a prévia citação do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição.

Na sistemática do processo constitucional e do processo civil, a Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a reforma no Poder Judiciário, estabeleceu no art. 102, § 3º, da CF, e no Código Civil, em seu art. 543-A, o instituto da *repercussão geral*, segundo o qual, consiste em ônus do recorrente demonstrar a existência de repercussão geral das questões discutidas no caso, em sede de recurso extraordinário, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Cumprir observar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 trouxe grande mudança em relação ao controle abstrato de norma com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal. Outra alteração realizada pelo constituinte de 1988 foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta. Conforme o artigo 103, da CF/88, são legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>LENZA. Op. cit. p. 127.

<sup>11</sup>Em relação à ampliação dos legitimados a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes tece importante observação: “Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1117.

## 1.2 CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema difuso de controle de constitucionalidade, originário do sistema norte-americano - caso *Marbury versus Madison*, e que influenciou o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, é realizado por qualquer juízo ou tribunal, ou seja, qualquer órgão judicante pode manifestar-se incidentalmente a cerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Logo, a competência originária para conhecer a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo de forma incidental é pulverizada entre os órgãos jurisdicionais, observadas as regras processuais ordinárias de competência<sup>12</sup>.

A modalidade de controle de constitucionalidade em análise é verificada em um caso concreto, e a alegação de inconstitucionalidade é a causa de pedir processual. Além do mais, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso ocorre de forma incidental e prejudicial ao exame do mérito. Assim, a decisão sobre a inconstitucionalidade de norma ou ato normativo tem o condão de afastar a incidência da norma viciada.

Observa-se que a questão constitucional não é albergada pela coisa julgada material, pois, é apreciada *incidenter tantum*, ou seja, consiste no fundamento da decisão, e a coisa julgada recai, em regra, na parte dispositiva da decisão judicial. Destaca-se, ainda, que, na via difusa a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual e não o pedido em si<sup>13</sup>.

Quanto aos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso a decisão a respeito da questão constitucional tomada por órgão do Poder Judiciário, gera, em regra, efeito *inter partes* e não vinculante. Observa-se, assim que, as decisões na modalidade concreta de controle de constitucionalidade constitui mero precedente, ou seja, não tem que ser obrigatoriamente seguida pelos demais tribunais.

Para uma melhor compreensão do controle difuso ou incidental de constitucionalidade destaca-se parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>14</sup> na Reclamação 4335, na qual o

---

<sup>12</sup>LENZA. Op. cit., p. 108.

<sup>13</sup>Rodrigo Gomes de Mendonça tece sábias palavras em relação ao controle de constitucionalidade pela via difusa: “significa dizer, assim, que a inconstitucionalidade daquela norma não é o cerne principal do conflito posto em juízo, nem tampouco é o pedido formulado pela parte, mas sim uma questão incidental, pela qual passará o magistrado para, afastando ou aplicando a norma sobre a qual controvertem as partes no caso concreto, julgar a questão principal posta em debate”. MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes das Decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade: os limites da coisa julgada e o enunciado de súmula vinculante. **Revista de Processo**. Ano 36, vol. 199, p. 309, set. 2011.

<sup>14</sup>Cf. Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>>. Acesso em junho 2014.

Plenário do Supremo analisou se a decisão proferida pela Corte no Habeas Corpus (HC) 82.559 – quanto à inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90 – tem eficácia *erga omnes*, independentemente do cumprimento do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que confere ao Senado competência privativa para suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo.<sup>15</sup>

[...] o exame da compatibilidade ente as leis ordinárias e as normas constitucionais pelo Judiciário, o denominado *judicial review*, tem origem na célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com base nas lições de Hamilton, em precedentes jurisprudenciais, e nos propósitos dos constituintes da Filadélfia, que consagraram a *supremacy clause* no inc. VI, al. 2ª, da Constituição americana de 17 de setembro de 1787.

Como bem observou Paulo Bonavides, o *judicial review* foi uma contribuição dos Estados Unidos da América para o mundo, tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial de governo.

Naquele país, como se sabe, as decisões proferidas pela Suprema Corte no controle de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, por força do mecanismo conhecido como *stare decisis*, expressão que deriva da locução completa “*stare decisis e non quieta movere*”, a qual, em essência, significa que os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados. Esse sistema expandiu-se primeiramente para as ex-colônias inglesas, como a Austrália, Canadá e Índia, sendo depois adotado em outros países, a exemplo da Argentina, Japão e Suécia.

Durante o século XX, o sistema norte-americano cedeu espaço para um novo modelo de jurisdição constitucional, originário da Áustria, que se concentra em um único Tribunal, ou melhor, numa Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Tal sistema foi idealizado por Kelsen que, a pedido do governo austríaco, colaborou na elaboração da Constituição de 1º de outubro de 1920, conhecida como *Oktoberverfassung*, que abrigou tal modelo. Esse sistema de controle concentrado foi adotado especialmente na Europa continental, ou seja, na Alemanha, Bélgica, Espanha, Itália, Iugoslávia, Portugal, Tchecoslováquia, bem como na Turquia, entre outros países.

Consoante CAPPELLETTI, as razões que levaram os referidos países a adotar o sistema concentrado de jurisdição constitucional têm a ver com a origem romanística de seu Direito, ou seja, com a *civil law*, que não contempla o *stare decisis*, característico da *common law*.

Essa particularidade faz com que se mostre recorrente, no sistema da *civil law*, o problema representado pelo conflito entre normas julgadas constitucionais por alguns juízes, e inconstitucionais por outros. Tal dissonância praticamente não existe no sistema da *common law* em razão da

<sup>15</sup>A supracitada reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União contra a decisão de um juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão do regime da pena a dez condenados por crimes hediondos, contrariando decisão do Supremo sobre o assunto nos autos do *habeas corpus* (HC) 829590. Ministros do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena (parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90) por seis votos a cinco.

“força dos precedentes”, que decorre do *stare decisis*, no qual, como visto, as decisões da Suprema Corte vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário. No Brasil, o controle de constitucionalidade originou-se com a promulgação da primeira Carta republicana, em 1891,5 que adotou o modelo de controle difuso norte-americano, sem, contudo, incorporar a sistemática do *stare decisis*, tendo em vista a tradição romanística de nosso Direito. Tal adaptação criou um problema para a jurisdição constitucional, uma vez que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, operavam efeitos apenas entre as partes, ensejando a possibilidade de prosperarem soluções distintas para casos semelhantes. Visando a atenuar o problema, o constituinte de 1934 resolveu atribuir competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário (arts. 91, IV, e 96). Tal fórmula foi mantida pelas Constituições de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, VII) e na de 1988 (art. 52, X).

O art. 52, inciso X, da Carta Magna, estabelece que, compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Superior Tribunal Federal. Segundo alguns doutrinadores, neste caso, o efeito da decisão da Suprema Corte passaria a ter efeito *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*. A regra constante do dispositivo legal supramencionado é conhecida como cláusula senado, que será oportunamente analisada no capítulo terceiro.

No controle de constitucionalidade incidental a questão constitucional deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, e por se tratar de matéria de interesse público, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz de primeiro grau, que possui competência para apreciar a controvérsia constitucional, ou pelo tribunal. Acrescenta-se aqui, que a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal requer o voto da maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial, é a chamada cláusula de reserva de plenário<sup>16</sup>.

A controvérsia constitucional no âmbito dos tribunais é submetida pelo relator à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, a distribuição do processo depende da organização interna do tribunal estabelecida pelo respectivo regimento interno. Caso a Turma ou a Câmara entenda pela rejeição da questão constitucional (questão incidental) procederá à análise do objeto principal da lide. Por outro lado, caso verifique a existência de controvérsia constitucional, suscita-se uma questão de ordem e deverá ser lavrado acórdão acerca da verificação, então a questão constitucional será submetida ao pelo ou órgão especial do tribunal para solucionar a questão suscitada.<sup>17</sup>

<sup>16</sup>LENZA. Op. cit., p. 146

<sup>17</sup>O Ministro Gilmar Mendes tece os seguintes ensinamentos acerca do procedimento do controle de constitucionalidade *incidenter tantum* na esfera dos tribunais: “A arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por *inadmissível* ou *improcedente*, nos termos seguintes: a) a questão há de

Conforme o art. 98 da Constituição Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Plenário ou órgão especial do tribunal somente poderá ocorrer mediante voto da maioria absoluta de seus membros. Neste sentido o Ministro Celso de Mello esclarece em seu voto no RE 190.725-8/PR<sup>18</sup>:

[...] a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar em acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria.

Em relação à exigência de quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Plenário ou órgão especial do Tribunal, Pedro Lenza<sup>19</sup> observa que:

No entanto, enaltecendo o princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

A referida tendência se fundamenta nas inúmeras repetições de causas que versam sobre a mesma questão constitucional e na inviabilidade de se realizar intermináveis sessões para o julgamento repetitivo de cada uma delas. De acordo com Pedro Lenza<sup>20</sup>:

Essa tendência foi confirmada pela Lei n. 9.756/98, que acrescentou um

---

envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público; b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa; c) a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional. O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, é irrecurável. Rejeitada a arguição, “prosseguirá o julgamento”, podendo o órgão fracionário aplicar à espécie a lei ou ato normativo acoimado de inconstitucional. Acolhida a arguição, que poderá ser por maioria simples, “será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal do pleno”, ou ao órgão especial. Dá-se a “cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie”. Assente-se que o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre a questão julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. A arguição de inconstitucionalidade será acolhida se conseguir reunir a *maioria absoluta dos votos*, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, as consequências são as mesmas. A decisão do Plenário, que é irrecurável, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao “julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”. Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário”. MENDES; BRANCO, Op. cit. p. 1134 e 1135.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 190.725-8/PR. Recorrente: União Federal.

Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 27 de junho de 1995.

<sup>19</sup>LENZA. Op. cit. p. 147.

<sup>20</sup>Ibidem. p. 148.

parágrafo único ao art. 481 do CPC, estabeleceu: “os órgãos fracionários dos tribunais [...] não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamentos destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”, podendo, inclusive, referida ação ser, de plano, apreciada, conhecida e julgada pelo relator, na redação dada ao art. 557 e acréscimo de um §1.º-A ao CPC pelo mesmo dispositivo legal.

A respeito do assunto, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado de Súmula Vinculante 10 que considera violação a cláusula de reserva de plenário a decisão do órgão fracionário do tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afaste a sua incidência, no todo ou em parte. Não obstante, Gilmar Mendes<sup>21</sup> destaca que:

Outro ponto importante, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade, ou não, de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, discussão sobre a constitucionalidade de lei que já teve sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional. Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de mudança de orientação por parte do próprio Tribunal.

Desta forma a controvérsia relativa à constitucionalidade de lei ou ato normativo, por razões de economia processual e racionalização da atividade e procedimentos judiciais, não é levada pela Câmara ou Turma ao Pleno ou ao órgão especial do Tribunal quando existir precedente do próprio Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.

Conforme o acórdão proferido no RE 190.728, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal declarou ser dispensável o encaminhamento do tema constitucional ao Plenário ou órgão especial do Tribunal, desde que a Suprema Corte já tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada<sup>22</sup>. Tal dispensa reside no fato de que, em sede de recurso extraordinário, a fixação de tese pelo Plenário do STF no sentido da inconstitucionalidade ou conformidade da norma ao ordenamento constitucional antecipa o efeito jurídico de seus julgados em âmbito de controle difuso de constitucionalidade<sup>23</sup>. No entanto, caso ocorra mudança de orientação em relação à questão constitucional por parte do próprio Tribunal, a questão incidental de

---

<sup>21</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit. p. 1136 e 1137.

<sup>22</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 190.728. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *DJ* de 30-5-1997.

<sup>23</sup>MENDES; BRANCO. *Ibidem*. p. 1138.

inconstitucionalidade de lei deverá ser submetida ao Plenário ou ao órgão especial.

Ademais, a jurisprudência entende ser obrigatória, para o caso de interposição de recurso extraordinário, a juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de o Supremo Tribunal Federal não conhecer do apelo por ausência de peça fundamental para o julgamento definitivo, vez que, o Supremo não poderá apreciar de modo adequado a controvérsia judicial suscitada<sup>24</sup>.

Relativamente ao controle difuso de constitucionalidade deve-se atentar, ainda, que a Lei 9.868/99 autorizou a manifestação do Ministério Público, das pessoas jurídicas responsáveis pela edição do ato e dos titulares do direito de propositura na ação direta de inconstitucionalidade, facultando-se ao relator a admissibilidade de outros órgãos ou entidades. Decisão essa irrecorrível. A referida Lei possibilitou a abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, assim como no controle concentrado de constitucionalidade.

Além do mais, nos casos de recurso extraordinário o dispositivo legal 543-A, §6º, do Código Processual Civil, autoriza, na análise da repercussão geral, a admissão pelo Relator de manifestação de terceiros interessados.<sup>25</sup>

### **1.2.1 Recurso Extraordinário**

Sob a ótica do Direito Processual Civil, o controle difuso de constitucionalidade se dá em qualquer ação, seja ela pelo rito ordinário, sumário ou especial, tendo em vista que, o magistrado pode afastar a aplicação da lei ao caso concreto caso entenda que ela é incompatível com o Texto Constitucional. Nota-se, que o juiz não declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei em questão, apenas afasta a sua incidência.

Ademais, o controle concreto de constitucionalidade é usualmente realizado pelo STF por meio das decisões em recurso extraordinário, previstos no art. 102, III, da CF e no art. 496, inciso VII, do CPC. De acordo com o afirmado, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, tem como competência a preservação e a interpretação dos

---

<sup>24</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.540-4. Agravo Regimental. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ* de 23-5-1997.

<sup>25</sup>Nesse sentido Gilmar Mendes argumenta que: “Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. Idêntica participação deveria ser conferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo”. MENDES; BRANCO. *Op. cit.*, p. 1139 e 1140.

dispositivos constitucionais, e para tanto, deve-se considerar, também, que um de seus papéis é o de uniformizar a jurisprudência pátria quanto à interpretação das normas constitucionais.

Neste sentido, Fredie Didier Junior<sup>26</sup> destaca:

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como *paradigmáticas*, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação.

No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejudga decisões proferidas em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal [...]

Enfim, o papel do Recurso Extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento.

No âmbito da Suprema Corte o recurso extraordinário é sem sombra de dúvidas o principal meio processual de controle incidental de constitucionalidade. De acordo com os dados da Secretaria do STF, no ano de 2010 os recursos extraordinários corresponderam ao percentual de 60,47 do total de processos distribuídos<sup>27</sup>. A disciplina do controle *incidenter tantum* pelo STF encontra-se prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O art. 176, §1º, c/c o art. 6º, II, a, ambos do RISTF, preconiza que, em casos de relevante arguição de inconstitucionalidade o julgamento deve ser realizado pelo Plenário da Casa. Ademais, o art. 143, parágrafo único do Regimento estabelece que o julgamento da matéria exige o quórum de oito ministros, e a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade somente será declarada se seis ministros tiverem se manifestado acerca da questão.

Nota-se que, há a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sem que a Corte verifique a relevância da aplicação da lei ao caso concreto, ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade difuso realizado pelos Tribunais, que como já mencionado, só poderão declarar a inconstitucionalidade da lei, em sede de controle incidental, quando ela seja pertinente à solução da lide. A Suprema Corte deve emitir juízo quanto à conformidade da norma ao texto constitucional, ainda que esta seja

<sup>26</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podvm, 2009. p. 338 e 339.

<sup>27</sup>Percentagem de RE em relação aos processos distribuídos – 2000 a 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em agosto de 2013.

dispensável à solução da controvérsia, em virtude da sua tarefa institucional de guardião da Constituição<sup>28</sup>.

Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda, o recurso extraordinário tem por objetivo “assegurar a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição”<sup>29</sup>. O artigo 102, III, da Constituição Federal, estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF, ou, julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Da leitura do dispositivo constitucional acima mencionado observa-se que o recurso extraordinário possibilita a revisão extraordinária de julgados de segunda instância. Contudo, há a exigência de se exaurir as vias recursais ordinárias (pressuposto de admissibilidade)<sup>30</sup>. É importante destacar aqui, que há a possibilidade de interposição do recurso em comento ainda que a violação à Carta Magna não se dê de forma explícita. Essa possibilidade é admitida quando a decisão recorrida julgar válida lei contestada em face de lei federal. No entanto, Gilmar Mendes<sup>31</sup> pondera que: “como é a Constituição que disciplina a competência legislativa dos entes federativos, o cabimento do extraordinário se justifica pela não observância das regras constitucionais”.

Ainda relativamente ao recurso extraordinário, o recorrente tem o ônus não apenas de fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses prevista no artigo 102, III, da Constituição Federal, mas, também deverá demonstrar a existência de repercussão geral – instituída pela EC n. 45- da questão constitucional discutida no caso. A Lei Federal n. 11.418/2006 acresceu parágrafos que tratam do instituto da repercussão geral ao dispositivo legal art. 543-A, do Código de Processo Civil. O recorrente passou, então, a ter que incluir em suas razões um item tratando da repercussão geral.

<sup>28</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1143 e 1144.

<sup>29</sup>MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 39.

<sup>30</sup>Neste sentido Freddie Didier Junior e José Carneiro da Cunha dissertam: “Os recursos extraordinário e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instancias ordinárias ou na instancia única. Não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instancia ordinária. Ora, tanto o recurso especial como o ordinário são cabíveis de decisões que tenham julgado a causa em *última* ou única instância. Logo, enquanto houver recurso na instancia de origem, ainda não houve decisão de última ou única instância. É necessário, como se percebe, o prévio esgotamento das instâncias ordinárias para que se possa intentar os recursos extraordinário e especial” CUNHA; DIDIER JUNIOR. Op. cit., p. 280.

<sup>31</sup>MENDES; BRANCO. Ibidem. p. 1146.

A respeito do tema Didier Junior<sup>32</sup> sustenta: “se nas razões do recurso, não houver demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não ser admitido, inclusive pelo Presidente ou Vice do tribunal local”. O que permite concluir que, além do exaurimento das vias ordinárias como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, há também o requisito da repercussão geral<sup>33</sup>. Segundo o Ministro Gilmar Mendes: “A Lei n. 10.259/2001 conferiu ao recurso extraordinário características de instrumento que deixa de ter aspecto marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”<sup>34</sup>.

O parágrafo segundo, do artigo 543-B, também adicionado ao Código de Processo Civil pela Lei n. 11.418/2006, trouxe importante inovação ao sistema do controle difuso de constitucionalidade, pois, prevê que: “negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. Sobre esse aspecto, Fredie Didier e José Carneiro da Cunha ensinam que: “O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) a mesma *questão de direito* – a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a mesma *ratio decidendi* [...]. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram* ao STF, reputam-se não conhecidos. Eis o *juízo por amostragem*”<sup>35</sup>.

O julgamento por amostragem consiste na cooperação entre as instâncias ordinárias e extraordinárias, pois, ao verificar a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia o Tribunal de origem deve selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los a Suprema Corte, e os demais recursos ficam sobrestados até que o STF se pronuncie acerca da questão. Na concepção de Gilmar Mendes: “Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 45 institui a repercussão geral como forma de resgate da feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização, para contornar o problema da crise numérica”<sup>36</sup>.

Ademais, o sistema da repercussão geral possibilita que as decisões proferidas em sede dos processos paradigmas espraíem seus efeitos a uma série de demandas idênticas, antes da

<sup>32</sup>CUNHA; DIDIER JUNIOR. Op. cit., p. 346.

<sup>33</sup>Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart: “não é possível estabelecer uma noção *a priori*, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto”. Apud: CUNHA; DIDIER JUNIOR. Ibidem. p. 347. Por outro lado há regra explícita de que será sempre reconhecida a repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária a jurisprudência dominante ou enunciado de súmula do STF. No entanto essa regra não exclui a necessidade de preliminar formal sobre a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso.

<sup>34</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1148.

<sup>35</sup>CUNHA; DIDIER JUNIOR. Ibidem. p. 355.

<sup>36</sup>MENDES; BRANCO. Ibidem. p. 1148.

edição de súmula vinculante sobre o tema. Em razão dessa característica da sistemática da repercussão geral e do julgamento por amostragem, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>37</sup> defendem que “é indispensável o aprimoramento do *amicus curiae* no procedimento da análise da repercussão geral, de modo a que todos os interessados na solução desta *questão* possam se manifestar”, e continuam:

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC, e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis.

Não há dúvidas de que a participação de terceiros interessados na solução da controvérsia constitucional do recurso extraordinário paradigma é fundamental para a efetivação das garantias constitucionais processuais do devido processo legal e do contraditório. Caso contrário, os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que como afirmado por Didier Junior e Leonardo Carneiro cria norma jurídica de caráter geral, atingiria aos demais que não tiveram o seus argumentos apreciados pela Suprema Corte, mas cujos recursos restaram sobrestados nos tribunais de origem.

A seguir será analisado o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade.

### 1.3. DO CONTROLE CONCENTRADO OU ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Sobre o controle concentrado de constitucionalidade, Pedro Lenza<sup>38</sup> explica que: “O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de “concentrar-se” em um único tribunal”.

O constituinte brasileiro previu no texto constitucional cinco ações hábeis para provocar o controle concentrado de constitucionalidade das normas pelo Superior Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que encontra previsão no art. 102, § 1.º; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, no art. 103, § 2.º; a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, nos termos do art. 36, inciso III, modificação introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004; e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, no art. 102, “a” da Carta Constitucional.

<sup>37</sup>CUNHA; DIDIER JUNIOR. Op. cit., p. 356.

<sup>38</sup>LENZA. Op. cit., p. 115.

A adoção do sistema de controle concentrado de constitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, em especial a outorgar do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, induz ao entendimento de que o constituinte pretendeu reforçar o controle em estudo no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de correção do sistema geral incidente<sup>39</sup>. É esse, também, a concepção de Gilmar Mendes<sup>40</sup>:

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial –ainda que não desejada– no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Portanto, parece quase intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do aro normativo questionado, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Nesse mesmo sentido o Ministro Nelson Jobim ponderou em seu voto na ADC 4-DF acerca do desenvolvimento e da tendência do constituinte de fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade ao longo da evolução do sistema de controle de constitucionalidade pátrio:

[...] esse controle difuso puro surgiu no País no início da República, antes mesmo da Constituição de 1891, e, mais expressamente, na Constituição de 1894, com a Lei nº 221, que organizou a Justiça Federal, onde se incluiu o controle difuso de constitucionalidade.

Posteriormente, esse sistema começou a ter graus de impureza, no sentido de se conhecer o controle concentrado; em 1934, por motivos políticos, introduziu-se o controle das leis de intervenção, até chegarmos em 1965, quando se introduziu o sistema híbrido: o controle difuso incidental, que vindo do início da República e o controle concentrado principal, com a Emenda Constitucional nº 16/1965.

Depois tivemos uma evolução dessa concentração. Houve, digamos, um reforço da concentração com a Carta de 69, com a advocatária, e com a

<sup>39</sup>Parte da doutrina considera que, a ampliação dos legitimados para a propositura da ação de declaração de inconstitucionalidade reduziu a importância do controle de constitucionalidade difuso ou incidental no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A justificativa para esse entendimento repousa no fato de que, tal ampliação passou a possibilitar que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes possam ser submetidas ao STF por meio do processo de controle de constitucionalidade abstrato das normas.

<sup>40</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1178.

Emenda Constitucional nº 7, em que se introduziu a ação de interpretação do direito federal. Voltamos a 1968 com o sistema de 1946, mas se ampliou a representação da ação direta de inconstitucionalidade até chegarmos em 93, ocasião em que houve um reforço e uma ampliação da concentração pela ação declaratória de constitucionalidade.

Toda essa evolução do sistema sempre partiu do pressuposto da segurança jurídica, ou seja, da necessidade que tem o cidadão de saber e definir seu trânsito social e econômico futuro, considerando o sistema legal vigente. O sistema do controle difuso da constitucionalidade, no Brasil, teve problemas até 1934, uma vez que, não conhecíamos - e não conhecemos ainda hoje - o chamado **stare decisis** (?) do sistema americano, introduzido no fim do século passado, que dava efeitos amplos para as declarações de inconstitucionalidade em controle difuso pela Suprema Corte Americana. Foi exatamente Mangabeira que tentou resolver esse tema, em 1934, com a resolução do Senado, suspendendo a eficácia das leis declaradas inconstitucionais, em controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, que era o mecanismo de colocar o Poder Legislativo, dando eficácia subjetiva à decisão no controle difuso. Esse assunto veio, então, a ser enfrentado em 65, através da ação direta de inconstitucionalidade. Todos esses instrumentos visam exatamente estabelecer uma certa consistência ao sistema jurídico e essa consistência introduz-se agora, em 1993, com a ação declaratória de constitucionalidade.<sup>41</sup>

Observa-se que o controle concentrado, também denominado de controle abstrato de constitucionalidade, pois, nele o órgão do Poder Judiciário analisa a constitucionalidade da norma em tese, e não em relação a um caso específico, como se dá no controle concreto de constitucionalidade - baseado no modelo austríaco, é realizado por ação própria e a competência para julgar a questão da constitucionalidade é atribuída a um único órgão<sup>42</sup>. Para tanto, o Texto Constitucional estabelece em seu art. 103, que dispõem de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Em regra, na via concentrada, os efeitos da decisão nesta modalidade de controle de constitucionalidade, são *erga omnes*, ou seja, produzirá efeito contra todos, vinculante e *ex tunc*. Importante ressaltar aqui o ensinamento de Pedro Lenza<sup>43</sup> sobre os efeitos da decisão na modalidade concentrada, em especial sobre o efeito *ex tunc*:

<sup>41</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 4/DF. Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da lei n.9.494, DE 10.09.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Medida Cautelar: cabimento e espécie, na A.D.C. Requisitos para sua concessão. Medida cautelar. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. *DJ* de 21-05-1999.

<sup>42</sup>FERREIRA FILHO. Op. cit., p. 37.

<sup>43</sup>LENZA. Op. cit., p. 147.

De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes* e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou a lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de *ato nulo*.

No entanto, acompanhando o direito alemão e português, dentre outros, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, introduziu a técnica da **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade**. Neste sentido, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o STF, por maioria qualificada 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. Ou seja, diante de tais requisitos, o STF poderá dar efeito *ex nunc*.

O controle concentrado de constitucionalidade é realizado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Representação Interventiva, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; Mandado de Injunção. As duas principais ações pelas quais o Supremo Tribunal Federal realiza o seu dever constitucional de guardião da Constituição, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade serão brevemente, visto não se tratar do tema cerne do presente Trabalho, analisadas no subtópicos seguintes.

### 1.3.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, é prevista pelo artigo 102, I, alínea *a*, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei Lei 9.868/99 e pelo Regimento Interno do STF. A Ação Direta de Inconstitucionalidade busca realizar o controle de constitucionalidade de lei<sup>44</sup> ou ato normativo abstrato, genérico e autônomo das esferas federal e estadual. O parâmetro para a verificação do processo de controle abstrato de normas é o Texto Constitucional<sup>45</sup>.

Os partidos políticos e as confederações sindicais e entidades de classe não dispõem de capacidade postulatória, e, portanto, devem estar representados no processo por advogado, e a procuração outorgada a ele para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade deve indicar, expressamente, a indicação das normas impugnadas. Por outro lado, os demais legitimados para a propositura da ADI possuem capacidade postulatória especial.

<sup>44</sup>Entende-se por lei as espécies normativas arroladas no art. 59 da Constituição Federal. A saber: emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias.

<sup>45</sup>Inconstitucionalidade reflexa, em que a análise da legislação infraconstitucional, não é caso de ação direta. MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1207.

Não há definição no ordenamento jurídico pátrio do que seja uma entidade de classe de âmbito nacional, sendo que tal tarefa restou à jurisprudência. Segundo o Supremo Tribunal Federal não configura entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do art. 103, IX, organização formada por associados pertencentes a categorias diversas. Também não se reconhece a legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, em razão do sua natureza híbrida. Segundo a Suprema Corte são legitimadas para o ajuizamento da ADI as entidades de classe que conjecturem pessoas que exerçam a mesma profissão ou que compartilhe o mesmo interesse econômico.

Há ainda, conforme a jurisprudência do STF, a exigência de pertinência temática entre o objeto da ação de inconstitucionalidade com a atividade de representação da confederação sindical ou da entidade de classe de âmbito nacional. Acerca de tal exigência o Ministro Gilmar Mendes<sup>46</sup> pondera:

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelhe-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

Nota-se que a exigência de pertinência temática se dá apenas em relação às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Não há tal exigência para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelos demais legitimados, o que pode levar a compreensão de diferenciação entre os órgãos ou entes autorizados a propor a ação. Sendo que, a exigência em comento sequer encontra respaldo na Carta Magna. Destaca-se que, eventual perda superveniente da representação no Congresso Nacional não enseja a extinção da ADI de acordo com o entendimento do STF.

Além da exigência citada no parágrafo anterior, na sistemática da Ação Direta de Inconstitucionalidade há a necessidade de que o Governador de Estado ou do Distrito Federal ou a Assembleia Legislativa demonstre a relação de pertinência entre a sua pretensão e a formulada na ADI. Para Gilmar Mendes<sup>47</sup>, em virtude da natureza objetiva do processo de controle abstrato das normas seria mais apropriado que a Ação em tela fosse admitida independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência.

---

<sup>46</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1185.

<sup>47</sup>Ibidem. Op. cit., p. 1186.

O Texto Magno atribui, igualmente, o direito de propositura da ADI aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional sem fazer qualquer restrição, desta forma, basta a presença de um representante para satisfazer a exigência constante na Constituição Federal. A Suprema Corte firma entendimento de que, para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nesse caso, basta apenas a decisão do presidente do partido. No entanto, a Corte exige que na procuração outorgada pelo órgão partidário se aponte a lei ou os seus dispositivos a serem impugnados.

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, I, *a*, da Carta Magna, é lei ou ato normativo federal ou estadual, atos normativos primários da União ou dos Estados. Logo, não cabe ADI de lei municipal. Sobre o assunto Pedro Lenza<sup>48</sup> disserta:

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres da Professora Ada Pellegrini Grionover: “tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida *principaliter*”.

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidação da lei ou ato normativo.

Há de se observar, ainda, que, lei ou ato normativo pré-constitucional não é passível de questionamento por meio da ação em estudo, pois, somente atos posteriores à promulgação da Constituição o são. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2/DF, restringiu temporalmente a abrangência dos atos federais e estaduais passíveis de controle pelo intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade com a justificativa de que, somente atos posteriores à promulgação da Constituição vigente podem ser objetos da ADI. Assinala-se que, apenas os atos normativos editados pelo Distrito Federal no exercício de competência que a Constituição atribuiu aos Estados são passíveis de controle de constitucionalidade pro meio da ADI.

Na petição inicial da ADI, que deve ser acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, deve haver a indicação do dispositivo, ou dispositivos, objetos da ação, bem como os fundamentos jurídicos referentes a cada um deles, e que sustentam o pedido. Entretanto, os fundamentos jurídicos apontados na petição inicial não

---

<sup>48</sup>LENZA. Op. cit., p. 148.

vinculam a Suprema Corte em seu dever de aferir a constitucionalidade dos dispositivos questionados, uma vez que, prevalece o princípio da *causa petendi* aberta na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A Lei 9.868/99 dispõe em seu art. 3º, II e art. 4º, II, ser indispensável à formulação do pedido na peça inicial, pelo legitimado, com suas especificações, consagrando, assim, o princípio do pedido. Segundo Gilmar Mendes<sup>49</sup>:

Tal princípio é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um tribunal. A *forma judicial* constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político.

É de ressaltar que o pedido poderá abranger, além da emissão de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade da norma questionada, a emissão de um juízo provisório sobre o tema, mediante a concessão da medida cautelar.

Tecida tal consideração, atente-se que há a possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A Lei supracitada autoriza, em casos de excepcional urgência, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, a conceder liminar suspendendo a vigência da norma impugnada. Ademais, o artigo 5º, da Lei 9.868/99, estabelece ser inadmissível a desistência da ADI. A regra constante no citado dispositivo legal reforça o entendimento de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é um processo objetivo da fiscalização da legitimidade de atos normativos.<sup>50</sup>

Tanto o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quanto a Lei 9.868/99, possuem dispositivos que autorizam o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Desta forma, admite-se a participação do “amigo da corte” no processo de controle abstrato de constitucionalidade. Para tanto, a admissão do *amicus curiae* deve observar o requisito da pertinência temática. Destaca-se que, não é admitido o instituto da intervenção de terceiros, previsto no art. no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

A decisão da Suprema Corte acerca da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é irrecorrível, nos termos do artigo 26 da Lei 9.868/99. Por fim, é de suma importância ressaltar o caráter duplice da Ação em comento, bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade – que será brevemente estudada no próximo subtópico – tendo em vista que, julgada procedente a ADI, proclama-se

<sup>49</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1210.

<sup>50</sup>MENDES; BRANCO. Ibidem. p. 1210 e 1211.

a inconstitucionalidade da lei ou ato questionado e eventual ADC será considerada improcedente.

### 1.3.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) surgiu com a Emenda Constitucional n. 3/93, proposta pelo então deputado Roberto Campos, e foi fruto de estudos realizados por Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes. A mencionada Emenda ao Texto Constitucional atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal autônomo. Neste ponto, cumpre ressaltar que, diferentemente da ADI, a ação em comento não abrange leis ou atos normativos estaduais.

Acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade Pedro Lenza<sup>51</sup> explica:

Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADECON é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et jure*), não mais admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADCON, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade da lei, mas absoluta.

A decisão de mérito da Suprema Corte é definitiva e opera efeitos *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim como afirmado no subtópico anterior, a ADC possui natureza ambivalente ou dúplice, pois, permite que o Procurador-Geral da República postule tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade. No mais, a Emenda Constitucional n. 45/2004, conferiu nova disciplina à matéria e atribui legitimidade para propor a Ação Declaratória aos mesmos legitimados para o ajuizamento da ADI.

Sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade, Gilmar Mendes disserta:

Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade – e, aqui, assinala-se, estamos a falar tão somente da ADC e não da ADI – há de se cogitar também uma legitimação para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às

---

<sup>51</sup>LENZA. Op. cit., p. 226

ações declaratórias de conteúdo positivo.

Dito isto, a Ação Declaratória de Constitucionalidade foi criada com o intuito de afastar a presunção relativa de constitucionalidade da lei e a incerteza sobre a validade da lei ou ato normativo federal. Para tanto, há exigência de controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, ou seja, existência de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária, o que acarreta insegurança jurídica, para a admissão da Ação em análise. Nestes casos, os legitimados para a propositura da ADC, quando convencidos da constitucionalidade da lei, podem ajuizar a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com o fim de que o SFT resolva a controvérsia. Tal exigência fundamenta-se na possibilidade de instauração de processo de controle de constitucionalidade antes de eventual discussão quanto à aplicabilidade da lei.<sup>52</sup>

O procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade é muito ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade, salvo por algumas peculiaridades. Na sistemática da ADC não há a citação do Advogado-Geral da União, visto que, o pedido da Ação em comento é a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal. O Supremo Tribunal Federal indica como requisito intrínseco da petição inicial a demonstração de controvérsia judicial, art. 14, III, da Lei 9.868/99. O pedido deve ser formulado com suas devidas especificações.

Além do mais, exige-se a necessidade de citar os fundamentos jurídicos, que não sujeitam o STF a eles na apreciação da controvérsia constitucional dos dispositivos questionados. Assim como na ADI, na ADC cabe concessão de medida cautelar<sup>53</sup>, por outro lado, também não é admitida a sua desistência. A Lei 9.868/99 e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vedam a intervenção de terceiros no processo da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Todavia, é admitida a participação do *amicus curiae*, quando o relator considerar a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Nos termos dos artigos 22 e 23 da Lei 9.868/99, o quórum para a sessão de julgamento

---

<sup>52</sup>O Ministro Gilmar Mendes afirma, ainda, que: “Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa”. MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1221.

<sup>53</sup>A concessão de medida cautelar exige o voto da maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e tem como finalidade a suspensão dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo. Gilmar Mendes disserta que: “Considerando a natureza do escopo da ação declaratória da constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece ter sido acertada a admissão por parte do legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretendia eliminar”. Ibidem. p. 1227.

deve ser de oito ministros, e a declaração de constitucionalidade da norma objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade exige a manifestação de seis ministros, ou seja, o quorum para a declaração de constitucionalidade é o da maioria absoluta dos membros da Suprema Corte. Ressalva-se que, a decisão do STF em sede de ADC é irrecorrível, ressalvado os embargos de declaração, assim como se dá na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Tanto na Ação de Declaração de Constitucionalidade, quanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal possui efeitos vinculante e *erga omnes*. Ademais, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o dispositivo legal art. 27 da Lei 9.868/99 autoriza a restrição dos efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou, ainda, de outro momento que venha a ser fixado. É a chamada modulação de efeitos, que requer a manifestação de dois terços dos membros da Suprema Corte.

Ao contrário dos efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade, no controle difuso a decisão a respeito da questão constitucional tomada por órgão do Poder Judiciário, gera, em regra, efeito *inter partes* e não vinculantes. As decisões na modalidade concreta de controle de constitucionalidade constitui mero precedente, ou seja, não tem que ser obrigatoriamente seguida pelos demais tribunais.

No entanto, o Superior Tribunal Federal, guardião da Constituição, em alguns casos tem aplicado o efeito vinculante não apenas ao dispositivo das suas decisões em sede de controle concreto de constitucionalidade, mas, também, à *ratio decidendi*. Parte da doutrina se posiciona contrária a adoção da Teoria da Transcendência pelo STF tomando por base a vedação do inciso I, do art. 469, do Código de Processo Civil, que estabelece que, ainda que determinantes os motivos não fazem coisa julgada. Por essa razão é que serão analisados nos próximos capítulos os institutos da coisa julgada e da eficácia vinculante, para que se possa distingui-los e verificar se tal crítica é mesmo procedente.

### **1.3.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

Além da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIN Interventiva), há ainda outra ação de controle direto de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, regulada pela Lei n. 9.882/99, e que encontra previsão constitucional no § 1º, do art. 102, da CF/88, introduzido na Constituição pela EC n.03/9, que

assim como as demais ações, tem por finalidade a proteção do Texto Constitucional, garantindo, assim a sua supremacia no sistema jurídico pátrio.

O artigo 1º da supracitada Lei estabelece ser admissível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Ademais, o parágrafo único do dispositivo legal em análise, determina que também se admite a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição, ou seja, pré-constitucionais.

Ocorre que, a Lei 9.882/99 não definiu o conceito de preceito fundamental, papel que coube, assim, a jurisprudência e a doutrina. Relativamente a jurisprudência, a mais importante delas sobre a ação em estudo é a ADPF 33, na qual o Supremo Tribunal Federal analisou e traçou diretrizes sobre esse instituto. O Ministro Gilmar Mendes<sup>54</sup>, em seu voto na ADPF 33, afirma que:

Pode-se dizer que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade, de perfil relativamente concentrado, no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de normas – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, ao lado dos instrumentos de omissão, especialmente da ação direta por omissão -, poderão ser objeto de exame no âmbito desta nova ação.

Do trecho do voto de Gilmar Mendes destacado acima, pode-se concluir que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve obedecer ao princípio da subsidiariedade, previsto no §1º, do art. 4º da Lei 9.882/99, segundo o qual somente é admitida a ADPF quando não houver outro meio processual eficaz para sanar ou evitar a lesão ao preceito fundamental. Desta forma, se a hipótese permitir a propositura de alguma outra das modalidades de ação do controle direto de constitucionalidade não será possível discutir a questão por meio da ADPF. Essa linha de raciocínio é a mesma encontrada nas considerações tecidas por Gilmar Mendes<sup>55</sup> sobre a subsidiariedade da Arguição de Descumprimento:

À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no

---

<sup>54</sup>Voto proferido na ADPF 33/PA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n33/PA. Arguente: Governo do Estado do Pará, Arguido: Instituto do Desenvolvimento Econômico-social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 07 de dezembro de 2005. *DJ* 27-10-2006. p. 11 e 12.

<sup>55</sup>Voto proferido na ADPF 33/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 27-10-2006.

direito espanhol (recurso de amparo) acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção do preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no §1º do art. 4º da Lei 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

No entanto, há uma questão relevante para uma melhor compreensão desta ação direta: o que é preceito fundamental? Conforme mencionado, a Lei em questão não conceituou preceito fundamental, e nem mesmo os ministros do STF nas duas únicas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental até então julgadas procedentes pela Corte, a saber: as ADPF 33 e 45, chegaram a um consenso sobre a definição de preceito fundamental. Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

É muito difícil indicar *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualidade aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. [...]

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de direito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configura apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Por outro lado, o ex-ministro Carlos Ayres Brito<sup>56</sup>, em seu voto na ADF 33, restringiu o âmbito material da ADPF à defesa de preceitos que a Constituição designa por fundamentais, e não a princípios.

Ademais, outro requisito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o da relevância do fundamento da controvérsia constitucional, extraído da regra constante no

<sup>56</sup>Voto proferido na ADPF 33/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27-10-2006.

parágrafo unico da Lei 9.882/99. Acerca do assunto, em seu voto na ADPF 33, o Ministro Gilmar Mendes esclarece que, a ADPF é cabível nos casos em que houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior constituição. E, a controvérsia será considerada constitucionalmente relevante quando, por exemplo, existirem inúmeras decisões do Tribunal de Justiça em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada das Cortes Superiores. Isso porque, tal situação fere princípios constitucionais, quais sejam: o da segurança jurídica e o da isonomia.

Relativamente à legitimidade para a propositura da ação em comento, o rol de legitimados constante no art. 2º da lei 9.882/99 é o mesmo de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Destaca-se aqui, somente que, em regra a petição inicial deverá ser subscrita por advogado. No entanto, na ADPF 33 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Governador de estado assinar a peça inicial, independentemente de sua formação profissional, em razão de previsão legal, que o legitima a propositura da ADPF, o que configura uma hipótese de *jus postulandi*.

O art. 5º da supracitada Lei autoriza o pedido de liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Além do mais, o §2º, do art. 6º, da Lei, prevê e a possibilidade da participação do *amicus curiae*. No mais, a decisão em sede de ADPF, nos termos do §3º, do art.10, da Lei 9.882/99, terá efeito *erga omnes* e vinculante.

Uma observação importante a se fazer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a respeito da ideia sustentada por Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na ADPF 33<sup>57</sup>, na concepção do ilustre Ministro, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria admissível ainda que fosse possível veicular a questão por meio de recursos processuais. Gilmar Mendes explica:

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros *recursos* processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional, reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No proximo capítulo será analisado o instituto da coisa julgada, em especial os seus limites objetivos e subjetivos, uma vez que, o estudo da Teoria da Transcendência prescinde

---

<sup>57</sup>Voto proferido na ADPF 33/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27-10-2006.

da contraposição da coisa julgada com o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

## 2 DO INSTITUTO DA COISA JULGADA

### 2.1 DA COISA JULGADA

#### 2.1.1 Conceito

Antes de se analisar os limites da coisa julgada é imperioso, para a sua melhor compreensão e para o desenvolvimento do presente capítulo, a definição de seu conceito, a análise de sua natureza jurídica e conhecer os fundamentos que a justificam.

A coisa julgada está relacionada à autoridade estatal desde os tempos do direito romano. O Estado de Direito tem como uma de suas funções o exercício da jurisdição, e um de seus objetivos na prestação jurisdicional é a resolução de conflitos levados a seu conhecimento. Logo, quando um indivíduo exerce seu direito de ação, o Estado se manifesta solucionando o conflito. Tal solução se dá por meio de uma sentença ou acórdão, e deve ser observada não somente pelas partes do processo, mas também por toda a coletividade<sup>58</sup>.

Entretanto, as decisões judiciais são passíveis de reexame, art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Desta forma, a parte inconformada com a decisão do magistrado de primeiro grau pode requerer o reexame da decisão judicial por meio de recurso, o que permite concluir que, tal decisão não é definitiva. Daniel Carneiro Machado<sup>59</sup> pertinentemente explica que:

Com efeito, quando as pessoas exercem seu direito de ação perante o Estado, representado pelo Poder Judiciário, querem uma resposta firme, que não somente tenha autoridade como resolva, de forma efetiva, o conflito de interesses. É mediante o processo que serão resolvidas as controvérsias pelo Estado-juiz, aplicando a lei ao caso concreto. Mas esta decisão deve ser definitiva para evitar a perpetuação do litígio – daí a importância da coisa julgada.

Foi exatamente com o objetivo de conferir definitividade às decisões jurisdicionais, revestindo a decisão de força e segurança jurídica, que surgiu o instituto da coisa julgada. Dessa maneira, a coisa julgada refere-se à solução jurisdicional definitiva, pois se configura imutável e intangível, ao menos aparentemente, como observa Machado<sup>60</sup>.

Não há na doutrina brasileira grandes divergências quanto à conceituação de coisa julgada. Conforme já explanado, o órgão jurisdicional encerra a sua função quando a sentença

---

<sup>58</sup>MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey: 2005. p. 48.

<sup>59</sup>Ibidem. p. 54.

<sup>60</sup>Ibidem. p. 48.

é prolatada e publicada. No entanto, em razão de a parte interessada poder recorrer da sentença por meio do recurso (duplo grau de jurisdição), é que Daniel Carneiro Machado<sup>61</sup> afirma que “a sentença é mera situação jurídica, sem o caráter definitivo”.

Neste mesmo sentido, Amaral dos Santos<sup>62</sup> ensina:

[...] a sentença sujeita a recurso constitui um ato que exprime uma mera situação jurídica, isto é, uma circunstância que, acrescida a outras circunstâncias, que poderão ocorrer, poderá conduzir a determinado ou determinados efeitos jurídicos. Em suma, a sentença sujeita a recurso constitui simples situação jurídica, ou seja, possibilidade de sentença.

Após essa ponderação, é possível compreender que, como a sentença ainda não transitou em julgado o Estado não alcançou a sua finalidade jurisdicional, uma vez que não se deu a solução definitiva da controvérsia. Entretanto, em nome da segurança jurídica, não se pode admitir que a decisão judicial esteja sujeita à reforma por tempo indeterminado. É necessário que em algum momento não seja mais cabível recurso contra a sentença, que a partir de então se tornará imutável, ocorrendo o fenômeno do trânsito em julgado.<sup>63</sup>

De acordo com o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), chama-se coisa julgada a decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso. Assim, a coisa julgada se refere à decisão judicial ou administrativa, que não pode mais ser reexaminada.

Observa-se que, a coisa julgada reveste a decisão judicial de imutabilidade, e, vincula as partes do processo e os órgãos jurisdicionais ao seu conteúdo. Conforme o entendimento de Celso Neves<sup>64</sup> “a coisa julgada é o efeito definitivo da sentença sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial”. Por outro lado, Chiovenda<sup>65</sup> considera que, “a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, destinada a agir no futuro, com relação a processos futuros”.

<sup>61</sup>MACHADO. Op. cit., p. 49 e 50.

<sup>62</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, vol 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41.

<sup>63</sup>Nesse mesmo diapasão Daniel Carneiro Machado argumenta: “[...] nada difícil concluir que a sentença sujeita a recurso com a possibilidade de reforma, não alcançou a finalidade da prestação jurisdicional do Estado, que é a composição da lide, a solução definitiva da controvérsia. Mas essa situação não pode perdurar *ad eternum*, chegando um momento em que não mãos serão cabíveis recursos, ou devido ao decurso de prazo (intempestividade) ou porque inexistam mais recursos a serem interpostos. Neste ponto ocorre o trânsito em julgado da sentença, ou seja, esta se torna imutável, firme”. MACHADO. Op. cit., p. 50.

<sup>64</sup>NEVES, Celso. **A coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 443.

<sup>65</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. II. Campinas: Bookseller, 2000. p. 374.

Ademais, a respeito da coisa julgada, a doutrina brasileira adotou a Teoria de Liebman, segundo a qual, a coisa julgada é uma qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença, tornando-a imutável.<sup>66</sup>

### 2.1.2. Fundamentos da Coisa Julgada

Conforme já sustentado no início do presente capítulo, a coisa julgada se relaciona com a autoridade do Estado no exercício de sua função jurisdicional, que alcança a sua finalidade com uma decisão definitiva acerca do litígio que fora levado ao seu conhecimento. Sem a característica da definitividade, a decisão jurisdicional consiste em mera situação jurídica. Entretanto, quando ela se reveste de imutabilidade por não ser mais possível a sua revisão em razão de preclusão ou por não ser mais possível a interposição de recurso, ocorrendo assim a coisa julgada, a decisão confere segurança jurídica as partes do processo, bem como a toda sociedade.

Daniel Carneiro Machado<sup>67</sup> reforça esse entendimento ao sustentar que:

O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois evita que uma mesma ação seja instaurada várias vezes, obsta a que, sobre a mesma situação, recaiam soluções contraditórias e ainda garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são provocados para dirimir. Ele é, por isso, expressão dos valores de segurança e certeza imanentes a qualquer ordem jurídica.

Pontes de Miranda<sup>68</sup> argumenta que, “seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo”. Humberto Theodor Jr. E Cordeiro<sup>69</sup> dissertam:

[...] a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado. Daí a importância da função jurisdicional que é desempenhada pelo Estado como

<sup>66</sup>Nesse diapasão é o entendimento de Liebman: “Nisso consiste a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. LIEBMAN. Apud: MACHADO. Op. cit., p. 54

<sup>67</sup>Ibidem. p. 55.

<sup>68</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 100.

<sup>69</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada Inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. nº 19, p. 33-52. Set/Out. 2002. p. 39.

parcela de sua própria soberania. Assim é que para realizar, a contento, a pacificação de litígios entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade. Do contrário, mal encerrado processo, a jurisdição voltaria sucessivas vezes a se ocupar da mesma divergência entre os mesmo litigantes. Em síntese, o litígio nunca seria realmente composto.

Apesar das várias concepções teóricas a respeito dos fundamentos da coisa julgada, pode-se concluir, perfeitamente, que o instituto jurídico em análise tem como fundamento a atribuição de segurança e estabilidade jurídicas ao provimento jurisdicional emanado do Estado-Juiz.

### 2.1.3 Natureza jurídica

No início do século XIX prevaleceram duas teorias acerca da natureza jurídica da coisa julgada, a teoria materialista ou substantiva e a teoria processualista. De acordo com a primeira teoria, a coisa julgada consistiria no próprio direito material cuja existência é previa ao processo, e que por força deste torna-se indiscutível e suscetível de ser executado, participando da própria natureza do direito substancial. Já a doutrina processualista, defendida por Stein e Hellwig, a coisa julgada consiste em um vínculo ao qual os tribunais e o magistrado ficam adstritos.

Na atualidade o entendimento dominante sobre a natureza jurídica da coisa julgada é a da teoria processualista. Daniel Carneiro Machado<sup>70</sup> afirma que: “a coisa julgada é instituto jurídico de natureza eminentemente processual. O referido instituto não se pode confundir com o conteúdo da sentença que julga o mérito pondo fim ao conflito de interesses”. Em sua obra, Frederico Marques<sup>71</sup> disserta a respeito da natureza jurídica do instituto em comento:

A coisa julgada é processual porque é obtida no processo e só por meio dele; porque a norma legal proibitiva sobre a coisa julgada se destina ao juiz e só a ele; porque em um de seus aspectos – o formal- a coisa julgada é produto do sistema de recursos e de sua disciplina positiva; porque, entre nós, o legislador deu à coisa julgada o lugar de efeito da sentença; porque ela atinge e exclui o direito de ação; porque tanto se pode construir a exceção de coisa julgada como exceção em sentido processual, como pode entender-se como pressuposto negativo da ação, de qualquer modo, como matéria processual.

Outro defensor da teoria processualista é Celso Neves<sup>72</sup>, que argumenta:

<sup>70</sup>MACHADO. Op. cit., p. 57.

<sup>71</sup>MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 46.

<sup>72</sup>NEVES, Celso. **A coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 442.

A coisa julgada é, pois, um fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita, portanto, no plano processual, sem elemento de natureza material na sua configuração, teologicamente destinada à eliminação da incerteza subjetiva que a pretensão resistida opera na relação jurídica sobre que versa o conflito de interesses. Como dado pré-processual de caráter subjetivo, essa incerteza não afeta a essência da relação jurídica, de caráter objetivo. A ela, simplesmente, se relaciona, porque nela está o objeto do juízo das partes. Assim também a coisa julgada que apenas se relaciona à *res in iudicium deducta* por constituir esta o objeto do juízo estatal.

A seguir serão analisados os aspectos material e formal do instituto da coisa julgada.

#### 2.1.4. Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

Conforme sustentado, é inegável que nenhuma ação possa durar *ad eternum*, e, portanto, interpostos os recursos possíveis ou passado *in albis* os prazos para a sua interposição, o processo se extingue, gerando a coisa julgada formal.

O instituto da coisa julgada é estudo em seus aspectos formal e material. Segundo Humberto Theodoro Junior<sup>73</sup>: “a diferença entre coisa julgada material e formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade da interposição de recurso contra a sentença”. O art. 6º, § 3º, da LINDB, traz para o sistema jurídico nacional o conceito de coisa julgada formal. O referido dispositivo legal dispõe que, denomina-se coisa julgada a decisão judicial de que não caiba recurso. Dessa forma, deve-se compreender a coisa julgada formal como relativa à decisão final que não caiba mais recurso, ou seja, não se pode mais discutir no processo o que já se decidiu<sup>74</sup>.

Além do mais, a coisa julgada formal irradia seus efeitos dentro da relação processual em que a sentença foi prolatada, revestindo a decisão de imutabilidade em razão da impossibilidade de interposição de recurso. Entretanto, não impede que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outra demanda<sup>75</sup>, uma vez que, a coisa julgada formal produz efeitos *endoprocessuais*, não influenciando relações jurídicas estranhas ao processo. Rodrigues Netto<sup>76</sup> observa que: “a decisão sobre uma questão importa em preclusão, vedando-se que a mesma seja reapreciada, Excetuando-se as questões de ordem pública, sobre as quais não há preclusão, tampouco preclusão *pro iudicato*, como excepcionado pelo inciso II, do art.

<sup>73</sup>THEODORO JUNIOR. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, vol. 1. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 526.

<sup>74</sup>PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 526.

<sup>75</sup>MACHADO. Op. cit., p. 59.

<sup>76</sup>RODRIGUES NETTO. Op. cit., p. 4.

471, do CPC”. Não obstante, o caput. do artigo 471 do Código de Processo Civil, veda que o juiz decida novamente questões já decididas em relação a mesma lide.

Sérgio Gilberto Porto<sup>77</sup> explica em seu livro sobre a Coisa julgada Civil que, a coisa julgada formal se constitui no fenômeno que torna a sentença imutável no processo em que foi proferida, em face da ausência absoluta da possibilidade de impugnação da decisão, em razão do esgotamento das vias recursais, quer pelo exercício de todos os recursos possíveis, quer pelo não exercício deles. Ou quer, ainda, pela não apresentação de algum, bem como por eventual renúncia ou desistência de interposição.

Sobre a coisa julgada formal ou preclusão, Sérgio Bermudes<sup>78</sup> disserta:

Essa imutabilidade de decisão judicial, no processo em que foi proferida, decorrente da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis, denomina-se coisa julgada formal, ou mais acertadamente, preclusão.

Em relação à preclusão e a coisa julgada formal, Cássio Scarpinella Bueno<sup>79</sup> explica que:

A doutrina distingue as chamadas “coisa julgada *formal*” da “coisa julgada *material*”. A coisa julgada formal tende a ser entendida como a ocorrência da imutabilidade dos efeitos da sentença ou, mais amplamente, de seu comando “dentro do próprio processo”. É o que ocorre quando não é interposto no prazo da lei o recurso cabível da sentença ou acórdão, como prevê expressamente o art. 467. Neste sentido, não há como recursar se tratar de instituto que se aproxima bastante da preclusão, residindo a distinção entre ambos em aspectos exterior a eles, já que a coisa julgada formal tende a ser identificada com o encerramento da “etapa *cognitiva*” do processo, recaindo, por isso mesmo, sobre sentenças, ainda quando confirmadas em sede recursal, dando ensejo a “acórdãos” e nunca sobre decisões interlocutórias. [...]

Em contrapartida a coisa julgada material impede de se examinar em outro processo questões já dirimidas, uma vez que, há decisão de mérito do processo. José Frederico Marques<sup>80</sup> melhor esclarece:

[...] na coisa julgada material, concentra-se a autoridade da coisa julgada, ou seja, o mais alto grau de imutabilidade a reforçar a eficácia da sentença que decidiu sobre o mérito ou sobre a ação, para assim impedir, no futuro, qualquer indagação sobre a justiça ou injustiça de seu pronunciamento.

<sup>77</sup>PORTO. Apud: MACHADO. Op. cit. p. 60.

<sup>78</sup>BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973. p. 95.

<sup>79</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. Procedimento comum: ordinário e sumário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386.

<sup>80</sup>MARQUES. Op. cit., p. 355.

O art. 467 do Código Processual Civil estabelece que, a coisa julgada material se constitui numa qualidade da sentença transitada em julgado, que é capaz de conceder ao ato jurisdicional os atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade, *in verbis*: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Acerca da coisa julgada material, Cássio Scarpinella Bueno<sup>81</sup> argumenta que:

A chamada “*coisa julgada material*”, por sua vez, representa a característica de imutabilidade do quanto decidido na sentença para “fora” do processo, com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo juízo ou qualquer outro. [...]

Por assim dizer, denomina-se coisa julgada *formal* aquela *sentença* não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela desempenhada pela preclusão. A coisa julgada *material*, de sua vez, é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada de fora do processo, isto é, enquanto característica da imutabilidade da sentença do ponto de vista exterior, não podendo a mesma ser atacada por qualquer meio, inclusive extraprocessual.

Conveniente destacar aqui a observação de Daniel Carneiro Machado<sup>82</sup> quanto à coisa julgada material:

Importante sustentar que, embora haja uma forte tendência doutrinária, ao enfrentar a questão da coisa julgada material, em confundi-la com a questão dos limites objetivos do próprio instituto, isto não se efetiva, na realidade. Ao se identificar o fenômeno da coisa julgada material, não se está, a um só tempo, também buscando identificar o que, por exemplo, na sentença transitada em julgado adquire autoridade de coisa julgada, pois isso diz respeito aos limites objetivos, enquanto aquilo se refere ao fenômeno que projeta a decisão para além do processo em que ela for proferida.

Não há que se confundir, pois, o instituto da coisa julgada material com seus próprios limites objetivos, pois aquele se refere exatamente à capacidade que possui a decisão judicial de se tornar indiscutível perante a demanda futura, ao passo que estes representam quais as questões decididas na sentença que adquirem essa imutabilidade e indiscutibilidade.

Observa-se que a coisa julgada formal é inerente a coisa julgada material, uma vez que, seriam graus de um mesmo fenômeno, sendo que a coisa julgada material encontra-se em degrau superior ao da coisa julgada formal. Desta forma, a coisa julgada formal é pressuposto para a coisa julgada material, assim, pode-se inferir que, havendo coisa julgada material, haverá também a coisa julgada formal. Entretanto, o inverso não é verdadeiro.

A coisa julgada material diverge da coisa julgada formal, vez que, a coisa julgada material erradia seus efeitos para fora do processo, tornando, assim, inadmissível o reexame

<sup>81</sup>BUENO. Op. cit., p. 387.

<sup>82</sup>MACHADO. Op. cit., p. 61.

do assunto e uma solução diferente para a mesma relação jurídica, enquanto a coisa julgada forma, como já dito, produz efeitos endoprocessuais.

A doutrina pátria tece críticas à redação do supracitado dispositivo legal art. 467, do Código de Processo Civil. Conforme já argumentado, a coisa julgada é uma qualidade especial dos efeitos da sentença que os torna imutáveis e indiscutíveis, quando preenchidos os requisitos. É a partir de um fenômeno extrínseco a sentença que se forma a coisa julgada, não se tratando de efeito do ato decisório, mas de uma qualidade conferida aos seus efeitos em razão da lei <sup>83</sup>.

O projeto definitivo do Código Processual Civil alterou a redação do artigo em comento do Anteprojeto elaborado por Alfredo Buzaid, que previa: “Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. A alteração consistiu na substituição da palavra “qualidade”, que é a essência da teoria de Liebman, pelo vocábulo “eficácia”. Segundo Carneiro Machado, apesar de a Exposição de Motivos do Código afirmar o contrário, tal modificação implicou no afastamento da teoria do jurista italiano, e se aproximado do entendimento clássico de Celso Neves<sup>84</sup>.

Outra crítica ao artigo 467 repousa no aparente equívoco do legislador de 1973 em, ao conceituar a coisa julgada material, referir-se na verdade a coisa julgada formal ao ter utilizado a expressão “não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” <sup>85</sup>. No entanto, Pontes de Miranda<sup>86</sup> elucida: “[...] o legislador, só se referindo à coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material”.

Consoante à doutrina, a coisa julgada possui função positiva e negativa, Cássio Scarpinella Bueno<sup>87</sup> explica:

A função *positiva* da coisa julgada relaciona-se à noção de a *imutabilidade* da decisão transitada em julgado obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida. Por sua vez, a chamada função *negativa* da coisa julgada captura o instituo como pressuposto processual negativo, isto é, como um fator impeditivo de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.

<sup>83</sup>MACHADO. Op. cit., p. 63.

<sup>84</sup>Ibidem. p. 64.

<sup>85</sup>Daniel Carneiro Machado defende que: “O equívoco é evidente, visto que a imutabilidade advinda da coisa julgada material se projeta para a realidade fora do processo. Quando tal imutabilidade ocorre no mesmo processo em que foi proferida a sentença, em decorrência do esgotamento dos recursos cabíveis, depara-se com a coisa julgada formal, e é ela que o Código de Processo Civil se refere no artigo em comento”. Idem. Ibidem.

<sup>86</sup>PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 111.

<sup>87</sup>BUENO. Op. cit., p. 387 e 388.

No mais, o art. 473 do Código de Processo Civil proíbe de se discutir no mesmo processo as questões já decididas, e cujo respeito se operou a preclusão. Da redação do citado dispositivo legal, parte da doutrina<sup>88</sup> extrai a conclusão de que as decisões interlocutórias não se submetem à coisa julgada, visto que, a ausência de recurso das decisões relativas às questões incidentais ao mérito da causa resulta em preclusão, que impede uma nova análise da matéria no mesmo processo.

Contudo, Scarpinella Bueno<sup>89</sup> argumenta:

Para este *Curso*, as decisões interlocutórias também são hábeis para veicular tutela jurisdicional. Nem toda tutela jurisdicional, contudo é apta para transitar em julgado. A opção política do direito processual civil brasileiro é, quanto a isto, bastante clara: só transita em julgado – e a referencia nestes casos é sempre à “coisa julgada material”- a decisão que tenha cognição jurisdicional *exauriente* e não as decisões proferidas com base em cognição superficial ou sumária. Assim, desde que a interlocutória veicule tutela jurisdicional com base em cognição *exauriente*, ela é apta a transitar em julgado, assim como é o acórdão que venha, em grau recursal, substituí-la para os fins do art. 512.

[...] a ocorrência da coisa julgada pressupõe o exercício de cognição jurisdicional *exauriente* porque é ela, e não as demais classes de cognição no que diz respeito a sua profundidade, a única que representa o vetor subjacente ao instituto, o da segurança jurídica. Sem uma tal cognição, o que pode haver é uma maior ou menor estabilidade na decisão jurisdicional, até mesmo a ocorrência de coisa julgada *formal*; não, contudo, a coisa julgada material de que trata este capítulo.

### 2.1.5 Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

Antes de analisar os limites objetivos da coisa julgada, imperioso é abordar a eficácia preclusiva do instituto jurídico em tela, que se encontra prevista no ordenamento jurídico brasileiro no art. 474 do Código de Processo Civil. Conforme o referido dispositivo legal, a eficácia preclusiva da coisa julgada significa que, passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento com a rejeição do pedido.

Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, Barbosa Moreira<sup>90</sup> explica:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. Posto que

<sup>88</sup>MACHADO. Op. cit., p. 65.

<sup>89</sup>BUENO. Op. cit., p. 393 e 394.

<sup>90</sup>BARBOSA MOREIRA. Apud: MACHADO. Op. cit., p. 67.

se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme, simplesmente se exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a *res iudicata*.

Desta forma, a eficácia preclusiva da coisa julgada consiste na proibição legal de após o trânsito em julgado, a parte elaborar alegações ou defesas que poderiam ter sido realizadas durante o processo com vistas a uma decisão jurisdicional diversa da prolatada. Admitir novamente que se discutam judicialmente questões já dirimidas pelo Poder Judiciário, investido do poder de *jurisdição* estatal, tão somente porque o interessado alega ter razões que ainda não foram apreciadas, implicaria na frustração do instituto da coisa julgada, que tem por fundamento a segurança jurídica. É exatamente esse o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno<sup>91</sup>:

Trata-se de algo necessário para a compreensão do próprio fenômeno da coisa julgada e para a máxima eficiência desta opção *política*, que realiza o princípio da segurança jurídica, expressamente consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Não se poderia cogitar, com efeito, da *imutabilidade* de uma decisão se fosse possível levar ao Judiciário, a cada novo instante, novos *argumentos* das questões já soberanamente julgadas, iniciativa que, em última análise, teria o condão de desestabilizar o que, por definição, não pode ser atacado.

Nota-se que, o art. 474 faz referência não às causas de pedir, e sim às “alegações” e “defesas”. Tal observação é importante, uma vez que, não há impedimento para se discutir causa de pedir diversa em outro processo, pois, na realidade, nessa hipótese, tratar-se-ia de uma nova demanda, como dispõe o parágrafo 2º, do art. 302, do CPC. Entretanto, não se admite a hipótese em que forem novos os argumentos, ou seja, as “alegações e defesas”, porém a causa de pedir for idêntica ao de litígio já dirimido.

Destaca-se a lição de Scarpinella Bueno<sup>92</sup> sobre a causa de pedir e a eficácia preclusiva da coisa julgada:

[...] é importante destacar que o pedido identifica-se pela causa de pedir; ele é inequivocamente *limitado* pela causa de pedir que *caracteriza*, como única, uma específica demanda. Embora não haja imutabilidade da causa de pedir, é importante distingui-la de outras para constatar o que foi e o que não foi objeto de prévia apreciação jurisdicional. Contudo, a comprovação da causa de pedir, entendida a palavra de forma ampla e não só no sentido de “produção de provas”, depende de uma série de alegações e demonstrações, as mais variadas possíveis que, por si só, não tem o condão de alterar a causa de pedir e o pedido, e não tem, por isso mesmo, como alterar o objeto litigioso. Justamente por isso é que o art. 474 impede que se considerem feitas outras razões ou alegações que poderiam ter sido usadas para conduzir o magistrado a decidir diferentemente, e, por isso, consideram-se repelidas

<sup>91</sup>BUENO. Op. cit., p.390.

<sup>92</sup>Ibidem. p. 391.

de antemão, em nome da estabilidade que caracteriza como tal o instituto da coisa julgada.

Ademias, em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, o legislador ao instituir a regra constante no art. 474, do Código do Processo Civil, não teve como intuito tornar indiscutíveis e imutáveis em outros processos as questões cuja solução depende de julgamento de lide anterior. Segundo Daniel Carneiro Machado<sup>93</sup>: “o que se pretendeu excluir foi que o resultado do processo, após o transito em julgado, venha a ser objeto de contestações juridicamente relevantes, com base em alegações já deduzidas, mas não rejeitadas expressamente ou até mesmo em alegações omitidas no primeiro processo”.

Isso posto, a eficácia preclusiva da coisa julgada opera em processos em que uma das partes pretenda discutir a autoridade da coisa julgada adquirida por sentença prévia. Por isso mesmo, os limites objetivos, que serão estudados no item seguinte, não se confundem com a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois, aqueles são abrangidos pela imutabilidade, que é uma característica própria da coisa julgada. Parte da doutrina tece críticas à definição de eficácia preclusiva da coisa julgada como julgamento implícito, justamente em razão dessa diferença.<sup>94</sup>

## 2.2 LIMITES DA COISA JULGADA

Consoante o todo já argumentado, a coisa julgada tem seu alcance restrito aos limites objetivos e subjetivos, precisamente por isso, é necessário o seu estudo para compreender da melhor forma possível o instituto jurídico da coisa julgada, que possui estreita correlação com o tema cerne do presente trabalho, visto que, se faz necessária a distinção da coisa julgada com a eficácia vinculante e *erga omnes* atribuídas aos fundamentos da decisão de mérito proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o que caracteriza a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão.

---

<sup>93</sup>MACHADO. Op. cit., p. 67.

<sup>94</sup>Segundo Carneiro Machado: “Falar em julgamento implícito acerca de questões não apreciadas ou não alegadas pelas partes pode induzir o equivocado entendimento de que a solução implícita de tais questões ficaria sujeita à autoridade da coisa julgada, tornando-se imunes a nova discussão, mesmo que em processo distinto, no qual, embora entre as mesmas, se tenha outra lide”. Ibidem. p. 68.

### 2.2.1 Limite Objetivo da Coisa Julgada

A análise dos limites objetivos da coisa julgada visa determinar sobre quais pontos ou questões se opera a coisa julgada. Para Machado<sup>95</sup>, essa determinação importa na delimitação dos contornos da própria lide de modo a distingui-la de outras.

Os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito às questões decididas da lide. Nesse diapasão, Scarpinella Bueno<sup>96</sup> afirma: “Por “limites objetivos da coisa julgada” deve ser entendida a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não mais pode ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo prevalecimento do princípio da segurança jurídica”.

Os limites objetivos da coisa julgada encontram previsão no art. 468 do Código de Processo Civil, que determina: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”, ou seja, os limites objetivos da coisa julgada recaem sobre o pedido e o que foi reconhecido pela decisão jurisdicional. Acerca dos limites objetivos da coisa julgada, Daniel Machado Carneiro<sup>97</sup> explana:

O processo é o meio pelo qual o Estado dirime os conflitos dos seus membros. Com a sentença emanada do órgão jurisdicional é apresentada a solução destes conflitos, ou seja, o Estado compõe a lide. Essa, por seu turno, é o conflito de interesse entre as partes. Ai está o limite objetivo da coisa julgada [...]

Boa parte da doutrina entende que a coisa julgada se limita ao dispositivo da sentença, assim, apenas a parte dispositiva da decisão jurisdicional se reveste de imutabilidade, e o que não estivesse naquela parte da decisão, ou seja, o relatório e a fundamentação, não transitariam em julgado. O artigo 458 do CPC determina serem requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Todavia, o disposto no art. 458 do Código de Processo Civil pode gerar confusão para alguns, isso porque, aparentemente os fundamentos e o dispositivo da sentença se confundem. Esse equívoco tem por razão, o fato de que, para decidir sobre a lide, o juiz analisa e decide as questões nos fundamentos da sentença, que deve ser motivada – art. 165 do CPC- enquanto

---

<sup>95</sup>MACHADO. Op. cit., p. 73.

<sup>96</sup>BUENO. Op. cit., p. 388.

<sup>97</sup>MACHADO. Ibidem. p. 69.

que, no dispositivo o magistrado conclui as deliberações realizadas na motivação da sentença. Nesse liame disserta Machado<sup>98</sup>:

Se é na parte dos fundamentos que o juiz analisa as questões e apresenta seu posicionamento motivado (persuasão racional), não pode resolvê-las no dispositivo, como parece determinar o dispositivo legal. No dispositivo, o julgador apenas conclui as resoluções dadas na motivação da sentença. Esta dificuldade de interpretação do que sejam a motivação e a disposição do julgado, com efeito, se reflete na definição dos limites objetivos da coisa julgada.

Ademais, o legislador apontou no art. 469 do CPC, o que não faz coisa julgada, a saber: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; e a apreciação da questão prejudicial. O referido dispositivo legal, entretanto, deve ser interpretado em consonância com o art. 468, do mesmo Código, por meio de uma interpretação lógico-sistêmica, para se evitar conclusões precipitadas acerca do limite objetivo da coisa julgada, é o posicionamento defendido por Daniel Carneiro Machado<sup>99</sup>.

O supracitado doutrinador argumenta que:

Então, nada mais singelo concluir que o que deve transitar em julgado é prestação jurisdicional do Estado, que se realiza com a resposta estatal a um conflito de interesses. E, como se apresenta esta resposta? Ao proferir a sentença, o Estado cumpre o seu ofício jurisdicional (art. 463, do Código de Processo Civil), mas este só estará finalizado, completo, se esta decisão for definitiva, imutável (igual a coisa julgada). Esta decisão se atém à causa de pedir e ao pedido do autor, e à defesa apresentada pelo réu. Esta é a fonte na qual o julgador irá buscar a solução da lide. Daí se infere que a coisa julgada se relaciona diretamente com toda a lide.<sup>100</sup>

Nesse mesmo diapasão Frederico Marques<sup>101</sup> afirma:

Por onde se vê que é o litígio que demarca os limites objetivos da eficácia da sentença e da imutabilidade dos efeitos dela provindos, por força da coisa julgada. De tudo se infere que, consoante clássico ensinamento da doutrina processual, a causa *petendi* e o objeto da lide e do pedido traçam as fronteiras objetivas da coisa julgada.

Baseada no texto do dispositivo legal 469, do CPC, formou-se na praxe forense um modelo de sentença em que o dispositivo se encontra na parte final da decisão. É no dispositivo da sentença em que normalmente se encontra a solução da lide, contudo a solução

<sup>98</sup>MACHADO. Op. cit., p. 74.

<sup>99</sup>Ibidem. p. 75.

<sup>100</sup>Idem. Ibidem.

<sup>101</sup>Ibidem. p. 363.

do litígio pode também ocorrer na fundamentação da sentença. Por consequência, é precipitado se deduzir que apenas o exposto no dispositivo da sentença faz coisa julgada.<sup>102</sup>

### 2.2.2 Limite Subjetivo da Coisa Julgada

Conforme a regra constante no art. 472 do Código Processual Civil a sentença faz coisa julgada às partes do processo, não beneficiando nem prejudicando a terceiros.

A despeito da previsão legal que a coisa julgada somente atinge as partes do processo, esse princípio geral de origem romana adotado pelo legislador brasileiro não afasta a incidência de efeitos reflexos da coisa julgada a terceiros estranhos à lide, pois, ainda que não sujeitos a sentença transitada em julgado, podem sentir a consequência dos efeitos da coisa julgada indiretamente<sup>103</sup>. Daniel Carneiro Machado<sup>104</sup> esclarece que:

Isso significa que o terceiro estranho ao processo não pode ignorar a coisa julgada, pois se trata de verdadeiro ao jurídico, que deve ser respeitado por todos. O que se dá nesse caso é que as características da coisa julgada, v.g. imutabilidade e irrecorribilidade, não prejudicam nem beneficiam terceiro alheio ao processo no qual foi proferida a sentença.

Desta forma, é válida a compreensão de que a coisa julgada restringe-se as partes do processo, entretanto a eficácia natural da sentença atua em relação a todos. Os terceiros prejudicados pela decisão jurisdicional transitado em julgado que não tenham participado do processo, mas que possuem interesse jurídico legítimo, podem desconstituir a sentença que se demonstrar injusta. Esse é o entendimento de Frederico Marques<sup>105</sup>.

Em relação ao limite subjetivo da coisa julgada, é importante tecer breves comentários acerca das ações coletivas. O sistema jurídico nacional vincula os limites subjetivos da coisa julgada à natureza do direito posto em causa, ou seja, o sistema atribui tratamento diferenciado ao direito individual heterogêneo do de natureza individual homogêneo, do direito de natureza coletiva e do direito de natureza difusa.

Logo, quando o direito em análise for de natureza individual heterogênea, em regra, apenas as partes são atingidas pela autoridade da coisa julgada. Enquanto que, se o direito em

<sup>102</sup>Esse é o entendimento de Pontes de Miranda: “[...] seria erro crer-se que a coisa julgada só se induz das conclusões; as conclusões são o cerne, porém, os fundamentos, os motivos podem ajudar a compreendê-la. O Código não empregou o só, que aparece no § 322 da Ordenação Processual Civil alemã. [...] a verdadeira doutrina hoje, é a que permite esclarecer-se o *decisum* com a ajuda dos fundamentos [...]”.

PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 119.

<sup>103</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, vol 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69.

<sup>104</sup>MACHADO. Op. cit., p. 70.

<sup>105</sup>MARQUES. Op. cit., p. 376.

questão tiver natureza individual homogênea e a demanda for julgada procedente a autoridade da coisa julgada será *erga omnes*. Relativamente ao direito de natureza coletiva, cuja abrangência atinja certa classe ou organização de pessoas, com exceção da hipótese de improcedência da demanda por carência ou insuficiência de provas, a eficácia da coisa julgada será ultra partes. Ao passo que, na hipótese do direito posto em causa tiver natureza difusa, e não sendo o caso de improcedência por falta de provas, a autoridade da coisa julgada deverá projetar-se *erga omnes*, ou seja, para todos.

Reforça-se que, nos casos de improcedência da ação coletiva por deficiência de provas, não ocorrerá a formação da coisa julgada. No entanto, a ação coletiva julgada procedente ou improcedente com outro fundamento que não aquele, a autoridade da coisa julgada estender-se-á a todos.

Sobre o assunto Daniel Carneiro Machado<sup>106</sup> disserta:

Vale dizer, mesmo que as pessoas interessadas não tenham sido intimadas para terem chance de se manifestar sobre as provas já produzidas; mesmo que não sejam intimadas para produzir suas provas e manifestar-se sobre os fatos que alegam na demanda coletiva; mesmo que não participem do contraditório instituído pelo juiz, ainda assim ficarão sujeitas aos efeitos da sentença, exceto se o fundamento for o da insuficiência do conjunto probatório.

É a chamada COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS* nas ações coletivas, que se aplica às ações populares, ações civis públicas, ações de deficientes, ações coletivas de interesse de consumidores. Assim, ratifica-se: caso a demanda coletiva venha ser julgada improcedente por insuficiência de provas, os interessados poderão propor nova ação para defesa de seus direitos. Caso contrário a improcedência de uma ação coletiva, intentada por legitimado negligente na produção das provas, poderia impedir e inibir demais legitimados e os próprios interessados de, individualmente, proporem a mesma ação para a tutela do direito.

Ainda pertinente ao limite subjetivo da coisa julgada, observa-se que, nos casos de julgamento parcial da lide, ou seja, houver decisão sobre alguns dos pedidos cumulados, a coisa julgada abrangerá apenas aquilo que for decidido, julgado. É o que determina o art. 468 do CPC, de acordo com o qual: “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

### 2.2.3 Limite temporal da coisa julgada

Os artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil cuidam do tema do limite temporal da coisa julgada. Conforme Eduardo Talamini<sup>107</sup>, os limites temporais da coisa julgada

---

<sup>106</sup>MACHADO. Op. cit., p. 71.

referem-se ao comportamento da qualidade de imutabilidade que se agrega aquilo que foi decidido pelo Estado-juiz em determinadas hipóteses ao longo do tempo.

Por opção política o legislador, no dispositivo legal art. 471, optou por arrolar hipóteses de mitigação da coisa julgada. O inciso I do citado artigo legal, autoriza o juiz a voltar a decidir, ainda que tenha ocorrido a coisa julgada, quando houverem modificações no estado de fato ou de direito das relações jurídicas continuativas, ou seja, daquelas que se prolongam no tempo.

Já o inciso II do supracitado artigo, nos casos previsto em lei, admite que, em qualquer situação em que as características daquilo que for julgado forem mutáveis, haja novo julgamento sem que isto acarrete qualquer ofensa à coisa julgada<sup>108</sup>. É o entendimento do enunciado de Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual, a decisão que declarar indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

Segundo Scarpinella Bueno<sup>109</sup>:

O *caput* do dispositivo (art. 471 do CPC) aplica a regra dos limites *objetivos* da coisa julgada ao longo do tempo, apresentando os contornos bem aceitos do tema: não se rediscutem mais as “questões já decididas relativas à mesma lide”, isto é, as questões sobre as quais operou-se a coisa julgada em outros processos. É a função *negativa* da coisa julgada, sua concepção como verdadeiro *pressuposto processual negativo*. A coisa julgada, pela sua própria razão de ser, tende a projetar o caráter de imutabilidade do que foi decidido ao longo do tempo.

Pode ocorrer, contudo, que haja razões para decidir novamente o que já foi objeto de decisão, mesmo quando ela esteja acobertada pela coisa julgada. Aqui, uma vez mais, é verificar se e em que motivo há razões de política legislativa que mitiguem o instituto, prevalecendo sobre a “segurança jurídica” por força de outros valores, igualmente tutelados pela Constituição Federal.

Uma parcela da doutrina sustenta a afirmação de que, na ação de prestação de alimentos, exemplo clássico de relação jurídica continuativa, não há coisa julgada. Entretanto, Cássio Scarpinella Bueno<sup>110</sup> defende que, há coisa julgada na ação de alimento.

<sup>107</sup> TALAMINI, Eduardo. Apud: BUENO. Curso sistematizado de Direito Processual Civil, p. 397.

<sup>108</sup> BUENO. Curso sistematizado de Direito Processual Civil, p. 400.

<sup>109</sup> BUENO. Op. cit., p. 398 e 399.

<sup>110</sup> Na concepção de Scarpinella Bueno: “O que existe, contudo é expressa previsão legislativa para o que foi decidido anteriormente à luz de uma específica situação de fato ou de direito seja reexaminado por força da alteração destes fatos ou do direito. A coisa julgada opera nestes casos *rebus sic stantibus*, isto é, ela prevalece enquanto a situação a ela subjacente permanecer igual. A mesma conclusão lógica é possível chegar tendo presente que a alteração dos fatos ou do direito é, por si só, suficiente para alterar a *causa de pedir* e, neste sentido, viabilizar o início de um *novo* processo, porque *qualitativamente* diverso do anterior, em cuja decisão recaiu a coisa julgada”. BUENO. *Ibidem*. p. 399.

### 2.3 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O Código Processual Civil prevê, em seu art. 485, o principal meio de se impugnar, relativizar a coisa julgada: a ação rescisória<sup>111</sup>. Tendo em vista que, a decisão do magistrado acerca de uma controvérsia judicial pode confrontar a Carta Constitucional e seus princípios, ocorrendo, o que a doutrina denomina de coisa julgada inconstitucional. Portanto, coisa julgada inconstitucional é a decisão transitada em julgado, mas que contraria a Constituição Federal.

Ressalta-se que, apesar de ter amparo constitucional, o legislador estabeleceu padrões do contraste da coisa julgada com outros valores e ideias do ordenamento jurídico pátrio, preponderando o mais adequado à finalidade da justiça, porém, em harmonia com o sistema jurídico. Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno<sup>112</sup> argumenta:

Não deve prevalecer, por isso mesmo, o entendimento de que a coisa julgada é, ela própria, uma espécie de “sanatória” geral de qualquer vício ou nulidade do processo. Que, uma vez julgados os recursos interpostos ou não cabível mais qualquer forma de impugnação da decisão, e formada a coisa julgada, o que foi decidido torna-se imutável e imune a qualquer discussão. Há situações em que uma tal discussão, ainda é possível. Não para os fins discutidos no n.2, *supra*, mas, bem diferentemente, como forma de admitir que se volte à própria formação da coisa julgada. Questionando a regularidade do processo, isto é, da atuação jurisdicional, que redundou no proferimento da decisão sobre a qual ela recai ou, até mesmo, sobre a própria decisão independentemente de qualquer vício no processo em que foi proferida.

No Brasil, uma corrente doutrinária encabeçada por Humberto Theodoro Junior e José Augusto Delgado tem defendido a tese de ser necessário se relativizar a coisa julgada em casos em que houver manifesta injustiça ou algum erro de julgamento da decisão transitada em julgado. Um dos argumentos desta parcela da doutrina é a de que, uma verdade *materialmente* constatável não pode deixar de ser reconhecida jurisdicionalmente em razão de uma decisão jurisdicional prévia. O exemplo clássico citado por essa corrente é o do reconhecimento jurisdicional de paternidade. Há alguns anos as decisões jurisdicionais acerca da filiação eram tomadas em razão de exames imprecisos, hodiernamente em função dos avanços tecnológicos no campo da medicina, passou a ser possível estabelecer com precisão a paternidade, possibilitando, assim, decisões mais justas sobre o assunto.

---

<sup>111</sup>O sistema processual civil pátrio admite outros meios de controle da coisa julgada, ainda que, não se voltem especificamente contra ela, dirigindo-se às decisões que transitaram em julgado. A admissão de um ou outro meio depende de seu respectivo regime jurídico e do tipo de vício de que padece a decisão jurisdicional, visto que alguns vícios sequer são acobertados pelo manto da coisa julgada.

<sup>112</sup>BUENO. Op. cit., p. 401.

Em contraposição a essa corrente, Nelson Nery Junior<sup>113</sup> defende a estabilização da coisa julgada. Segundo o referido doutrinador, há previsão expressa na Carta Magna, portanto, não admitindo a sua mitigação fora das situações expressamente previstas pela lei ou pelo próprio constituinte. Já Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, em sua obra *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, e Eduardo Talamini, sustentam a flexibilização da coisa julgada, visto que, o citado instituto jurídico se relaciona intimamente a um princípio constitucional, e exatamente por isso, as hipóteses de controle das decisões transitadas em julgado deveriam ser flexibilizadas diante de algum vício de cada caso concreto.

Na concepção de Scarpinella Bueno<sup>114</sup>, há a necessidade de se relativizar a coisa julgada, contudo, a sua mitigação deve depender das especificidades de cada caso concreto, é necessário contrastar os valores envolvidos, e assim, verificar em que medida a segurança jurídica deve dar espaço a outro valor ou princípio. Nas palavras do doutrinador: “não se pode justamente por causa da influência do “modelo constitucional do direito processual civil”, sustentar a aplicação indiscriminada, até mesmo generalizada da tese da “relativização da coisa julgada”. Uma tal aplicação não pode ser aceita”.

Uma das formas apontadas pelo doutrinador supracitado para se alcançar o equilíbrio do sistema de controle da coisa julgada, sem uma reforma legislativa, é a leitura extensiva das hipóteses arroladas pelo legislador ordinário no art. 485 do Código de Processo Civil.

Analisado o instituto da coisa julgada, cumpre agora estudar a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão para que se possa examiná-la à luz das normas processuais civis que tratam acerca da coisa julgada.

---

<sup>113</sup>NERY JUNIOR, Nelson. Apud: BUENO. Op. cit., p. 403.

<sup>114</sup> Idem. Ibidem.

### 3 DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

#### 3.1 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO

##### 3.1.1 Origem e Conceito

A tese da transcendência dos motivos determinantes da decisão originou-se no Tribunal Constitucional Alemão, e foi debatida no Brasil pela primeira vez no julgamento da Reclamação Constitucional n. 1.987/DF em 01/10/2003, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, ajuizada pelo então Governador do Distrito Federal contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, e que tinha por fundamento a eventual violação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1662/SP acerca do pagamento de precatórios e a possibilidade de sequestro de valores para a satisfação de dívida.

Desde então outros precedentes foram reforçando a ideia de aplicação do efeito transcendente dos fundamentos determinantes das decisões com eficácia vinculante, e passou-se, também, a discutir o cabimento de reclamação constitucional tendo como parâmetro decisão proferida em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade, como é o caso da Rcl 4.335-5 MC/AC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que fora deferida liminar para assegurar a prevalência do entendimento do Supremo no HC 82.959-SP, quando declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que versava sobre a vedação da progressão de regime (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º).

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes consiste, basicamente, na atribuição do efeito vinculante aos fundamentos determinantes da decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade. Sobre esse ponto, o atual Ministro do Supremo Luís Roberto Barroso<sup>115</sup> disserta que:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal tem estendido 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, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir. Como consequência, tem-se admitido reclamação contra qualquer

---

<sup>115</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 184.

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 oblíqua. E mais: a legitimidade ativa para a medida tem sido conferida 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 Corte.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>116</sup> esclarece melhor a Teoria em estudo:

Com a expressão eficácia transcendente da motivação se pretende significar a eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que contém particularidades próprias e distintas, mas que, na sua integridade enquanto questão a ser resolvida, são similares a já decidida, e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal quando da decisão.

A Teoria da Transcendência dos motivos determinantes se exprime na hipótese de extensão dos efeitos vinculantes, previsto no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, às razões de decidir, que deverão ser observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelo Poder Executivo, administração pública em todas as esferas da Federação, inclusive em casos que não guardem exata identidade com o tema central da decisão, exegese da norma aplicável segundo a dicção fixada pelo STF, e não o texto em seu sentido estrito, e proferida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou Ação Direta de Constitucionalidade.

Essa é a ideia constante no voto do ministro Maurício Correa<sup>117</sup>, na Reclamação 1.987, em que destacou:

Como visto, revela-se de fundamental importância o resguardo à eficácia das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo inadmissível a desobediência perpetuada contra a exegese constitucional consagrada em seus julgados, mesmo naquelas hipóteses em que a violação ocorre de forma oblíqua. No presente caso, a autoridade reclamada pretendendo-se afastar a regra suspensa, procurou em outra norma jurídica o fundamento para o ato, embora a circunstância fática fosse exatamente a mesma rejeitada pela Corte. A ordem impugnada contrariou, em substância, o entendimento por ela assentado no julgamento do pedido liminar e, de forma direta e literal o que expressamente fixado quando da apreciação do mérito.

Relativamente às decisões proferidas pela Suprema Corte, é imperioso ter em mente que a decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma decorre da

<sup>116</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 859.

<sup>117</sup>Voto proferido no exame da questão de ordem suscitada em sede da Reclamação nº. 1.987/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987/DF. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. *DJ* 21-05-2004.

análise da compatibilidade da lei ou ato normativo em seu sentido geral, ou seja, essa análise é realizada em tese, em abstrato, pelo Tribunal. É necessário, compreender que, o enunciado normativo possui vários sentidos interpretativos em seu modo final de aplicação. Por isso, José Carlos Vasconcellos dos Reis<sup>118</sup> sustenta que:

Ao interprete, assim, não cabe meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade é mais profunda: consiste em, efetivamente, construir esses significados, uma vez que não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção de conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação. Por isso é que Lênio Streck, inspirado em Gadamer e Heidegger, compreende o processo interpretativo como verdadeiramente produtivo e não reprodutivo. Sem a interpretação não se chega a nada que seja representado ou expresso por meio de um texto.

Assim, é possível deduzir que, uma norma possui vários sentidos, e ao analisar a sua compatibilidade em tese com o texto constitucional em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal realiza atividade comparativa-interpretativa sobre um desses aspectos da norma, tomando por base o critério da generalidade e o conteúdo literal do dispositivo normativo. Por consequência, a coisa julgada se forma num processo objetivo, ou seja, em um plano simplesmente abstrato, portanto, sem vinculação a casos concretos<sup>119</sup>.

Desta forma, o resultado do exercício comparativo-interpretativo de um dos possíveis sentidos de uma norma realizado pelo Egrégio Tribunal forma coisa julgada em relação ao modo final de aplicação deste determinado sentido, e não relativamente aos demais. Reforça esse entendimento a professora Ivani Contini Bramante<sup>120</sup>, segundo a qual: “No plano do modo final da aplicação a norma possui vários sentidos, assim, os efeitos vinculantes da declaração de constitucionalidade abarca somente os fundamentos determinantes da decisão em dado sentido”.

Por consequência, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição e, cabendo a ele a exegese das normas do ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a atividade de comparar e interpretar as normas de acordo com o texto constitucional, é que se faz imperioso prever mecanismos que visem garantir a autoridade das decisões do STF em sede de controle

<sup>118</sup>REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apud: Regina Quaresma (coord.). Maria Lúcia de Paula Oliveira. Falei Martins Riccio de Oliveira. **Desafios do Neoconstitucionalismo** – Aplicação das normas constitucionais e a tensão entre a justiça e a segurança. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense: 2009. p. 544.

<sup>119</sup>BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização**. Disponível em: <<http://www.amatra2.org.br/portal/arquivos/sumula331-inconst.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2014.

<sup>120</sup>BRAMANTE, Loc. cit.

de constitucionalidade, em especial em sua modalidade difusa, visto que, o país não adotara o *stares decisis*, que confere efeito vinculante aos precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana. Como forma de preservar a competência e as decisões do STF o constituinte de 1988 adotou o instrumento processual da reclamação constitucional, que será delineada mais adiante.

Ainda em relação à Teoria em estudo, Patrícia Perrone<sup>121</sup> explica que:

A questão que se coloca quanto ao ponto é, portanto, se seria possível extrair do precedente produzido em âmbito concentrado um comando mais geral, que pudesse se referir *não apenas à norma infraconstitucional objeto de discussão, mas igualmente a outras normas e atos dentro de uma mesma categoria de similitude*. (...) Por “*eficácia transcendente da fundamentação*” designa-se a possibilidade de extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos “*motivos determinantes da decisão*”, em lugar de sua restrição ao dispositivo do julgado.

Segundo a doutrina defensora, a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, evita que os juízes ou tribunais, em sede de controle difuso de constitucionalidade julguem a questão constitucional incidental de forma contrária ao que o STF decidiu em determinado caso, ainda que se trate de um caso regional. Em decorrência da aplicação da Teoria em comento, os motivos determinantes das decisões tomadas pela Suprema Corte em seu acórdão também seriam dotadas de efeito vinculante, o que reprimiria que os juízes ou tribunais ignorassem os pronunciamentos do STF, que é, segundo a Constituição Federal, e como já afirmado, o guardião da ordem constitucional.

Além do mais, pode-se observar que a Teoria em estudo quando aplicada em decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal atribui efeitos *erga omnes* e vinculantes a fundamentação de sua decisão em ações típicas do controle difuso, aproxima as duas modalidades de controle de constitucionalidade em voga no país, surgindo, assim, o fenômeno denominado pela doutrina e pela jurisprudência de abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, que será objeto de análise mais adiante.

Em razão da modificação dos limites subjetivos e objetivos da decisão judicial acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma ou ato normativo ao atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, é que o estudo destes elementos se faz extremamente necessários para depreender a essência a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão, e por isso mesmo, o próximo tópico

---

<sup>121</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146, 148 e 149.

tratará sobre esse tema.

### 3.1.2. A Teoria da Transcendência: eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

#### 3.1.2.1 Da eficácia *erga omnes* e a declaração de (in)constitucionalidade

A priori cumpre analisar melhor a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões da Suprema Corte. Isto, pois, a Teoria em estudo está intimamente relacionada ao que já foi delineado sobre os efeitos das decisões nos processos de controle de constitucionalidade.

Conforme já enfatizado, o art. 102, § 2º, da Constituição e o parágrafo único, do art. 28, da Lei n. 9.868/99 determinam que, as decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*. Não obstante o texto constitucional também prevê que efeito vinculante das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade, previsão determinada de mesmo modo pela Lei 9.868/99.

A respeito do efeito *erga omnes* das decisões proferidas em ADI e em ADC, o jurista Gilmar Mendes<sup>122</sup> observa que, apesar da lei e da jurisprudência utilizarem largamente o conceito de “eficácia *erga omnes*”, a doutrina brasileira não tratou de conferir ao termo maior densidade teórica, segundo Gilmar, parece assente a orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere à parte dispositiva do julgado.

Observa-se que, a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão confere maior relevância aos fundamentos da decisão sobre o controle de constitucionalidade, que serão revestidos de um caráter genérico. Logo, a Teoria em análise interfere substancialmente nas premissas de que, somente o dispositivo da sentença judicial faz coisa julgada, e de que a decisão acerca da questão constitucional gera efeitos apenas entre as partes do processo, pois, visa aferir efeito vinculante não somente ao dispositivo da decisão, mas também a sua fundamentação, bem como, a pronúncia da Suprema Corte poderá ser aproveitada por terceiros que não integraram o processo.

Patrícia Perrone<sup>123</sup> explica a Teoria ao disserta que:

A questão que se coloca quanto ao ponto é, portanto, se seria possível extrair do precedente produzido em âmbito concentrado um comando mais geral, que pudesse se referir não apenas à norma infraconstitucional objeto de

<sup>122</sup> MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1289.

<sup>123</sup> MELLO. Op. cit., p. 146.

discussão, mas igualmente a outras normas e atos dentro de uma mesma categoria de similitude. (...) Por “eficácia transcendente da fundamentação” designa-se a possibilidade de extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos “motivos determinantes da decisão”, em lugar de sua restrição ao dispositivo do julgado.

Neste sentido, ao conferir efeito vinculante e *erga omnes* aos fundamentos da decisão, estendendo, pois, o seu alcance para além do dispositivo do acórdão do STF, tem-se a transcendência dos motivos determinantes. Nessa concepção, motivos determinantes consistem, exatamente, nos fundamentos jurídicos que justificam a decisão judicial, ou seja, configuram a *ratio decidendi* da deliberação da Suprema Corte. O próximo item do trabalho tratará brevemente acerca da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, figuram importantes para a melhor compreensão do assunto.

Contudo, o inciso I, do art. 469, do Código de Processo Civil vigente, determina que os motivos ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença não fazem coisa julgada. Em razão deste mandamento legal, é que a corrente doutrinária processual clássica e majoritária do país defende que, somente a parte dispositiva da decisão judicial vincula as partes do processo, e, desta forma, em relação ao processo de controle de constitucionalidade, somente a pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da Suprema Corte, a parte dispositiva da decisão é que faz coisa julgada.

Entretanto, os defensores da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes explicam que, apesar de a legislação não distinguir claramente o efeito vinculante do instituto da coisa julgada, a compreensão de cada uma dessas figuras é essencial para a compreensão da Teoria em comento. Segundo Luiz Guilherme Marinoni<sup>124</sup>:

Ao contrário da coisa julgada, a razão de ser da eficácia vinculante está em obrigar os órgãos públicos – que são completamente estranhos ao processo em que a decisão foi proferida – a respeitarem a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão. Só há racionalidade falar de eficácia vinculante quando se tem consciência, de antemão, que se deseja obrigar ao respeito aos motivos determinantes. Restringir a eficácia vinculante à parte dispositiva da decisão é negar a sua natureza, constituindo contradição em termos.

Embora a eficácia se destine a conferir segurança jurídica, ela não se preocupa em garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da decisão dada ao objeto litigioso, mas em tutelar a estabilidade da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Assim sendo, a eficácia vinculante não é instituto semelhante ao da coisa julgada, que como observado no capítulo antecedente possui como finalidade a concessão de definitividade

<sup>124</sup>MARINONI. Apud: SARLET; MARINONI; MITIDIERO. Op. Cit., p. 859.

e de segurança jurídica às decisões judiciais transitadas em julgado, evitando, assim, a prolongação da demanda indefinidamente. Enquanto que, a eficácia vinculante tem o objetivo de vincular, obrigar, os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a observarem a exegese constitucional, a norma abstrata extraída do exercício comparativo-interpretativo realizado pelo Supremo Tribunal em sua função precípua de guardião não só da Constituição Federal, mas da ordem constitucional como um todo.

Além do mais, a coisa julgada está adstrita à parte dispositiva da decisão judicial, em conformidade com o art. 469, inciso I, do Código de Processo Civil. Já em relação ao efeito vinculante das decisões em ação direta de inconstitucionalidade, previsto no § 2º, do art. 102, da CF, não há na lei qualquer dispositivo que limite a eficácia vinculante ao dispositivo da sentença. Assim sendo, cabe a doutrina e a jurisprudência delimitá-la, assunto que será abordado adiante.

É importante destacar que, em Ação Declaratória de Constitucionalidade, meio de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a decisão do STF pela constitucionalidade da norma, mantém a lei em vigência e a reveste de uma presunção absoluta de constitucionalidade, além de possuir efeitos *erga omnes* e vinculante, conseqüentemente, os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo ficam vinculados à decisão da Corte, assim, em tese, a lei não poderá mais deixar de ser aplicada, uma vez que, o Supremo já tenha se pronunciado sobre a questão.

Pertinentemente ao assunto, surge a questão sobre a eventual vinculação do Tribunal a decisão por ele proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Isto porque, a Lei 9.868/99 prevê que, as decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade possuem efeitos vinculante e *erga omnes*. Tema que também suscitou controvérsias na Alemanha.

No Brasil, do ponto de vista processual, a eficácia *erga omnes* ou eficácia geral obsta, em um primeiro plano, que a questão seja novamente levada ao Supremo Tribunal Federal. Isso não implica afirmar que, o Tribunal não poderá reapreciá-la. Segundo os ensinamentos de Gilmar Mendes<sup>125</sup>:

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic*

---

<sup>125</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1293.

*stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).

Daí parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade.

Visto que, o Supremo Tribunal Federal pode reconhecer a inconstitucionalidade da lei questionada ao julgar improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade ou decidir pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a decisão de mérito do Tribunal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade será dotada da eficácia *erga omnes* nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal. Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma norma em ação declaratória de constitucionalidade, nas lições de Gilmar Mendes<sup>126</sup>, “deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, o professor continua a explicar:

Aceita a ideia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula juridicamente inexistente.

Efeito necessário e imediato da declaração de nulidade há de ser, pois, a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional.

A eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional há de ser considerada em face do todo o sistema jurídico, especialmente das chamadas “fórmulas de preclusão”.

Dito isto, outra questão que se suscita é se a decisão de inconstitucionalidade da lei em Ação Declaratória de Constitucionalidade atinge, em razão da eficácia *erga omnes*, atos singulares praticados com base na norma declarada inconstitucional pelo STF. Na concepção de Gilmar Mendes<sup>127</sup>:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao *ato singular*, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no *plano normativo* e no *plano do ato singular* mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

<sup>126</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit. p. 1294.

<sup>127</sup>Idem. Ibidem.

Portanto, a eficácia *erga omnes* não atinge atos singulares que já tenha precluído, apenas aqueles que ainda são passíveis de recisão ou impugnação. Desta forma, a eficácia geral não expurga todos e quaisquer atos praticados na vigência da norma declarada inconstitucional, apenas os passíveis de revisão.

Outra questão que surge em relação à eficácia *erga omnes* é se ela vincula o legislador nacional de modo a impedi-lo de editar lei de conteúdo idêntico àquela declarada inconstitucional pela Suprema Corte. A respeito desse tema, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade de lei não é óbice para que o legislador promulgue lei de teor idêntico ao texto anteriormente declarado inconstitucional, ou seja, a eficácia *erga omnes* não alcança o Poder Legislativo de forma a impedi-lo de legislar nova norma com mesmo conteúdo de norma objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Ressalta-se que, essa nova norma, poderá ser objeto de outra ação de inconstitucionalidade<sup>128</sup>.

A seguir, cuida-se da análise do efeito vinculante.

### 3.1.2.2 Do efeito vinculante

Considerando que a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes consiste na extensão do efeito vinculante aos fundamentos da decisão judicial proferida no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, torna-se imprescindível analisar os seus limites objetivo e subjetivo, e desta forma examinar também os limites da própria Teoria da Transcendência.

Apesar de a Lei 9.868/99 conferir tratamento uniforme aos institutos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, atribuídos às declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes<sup>129</sup> ressalva que:

A concepção de *efeito vinculante* consagrada pela EC n. 3/93 está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31-2 da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a EC n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

<sup>128</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1295.

<sup>129</sup>Ibidem. p. 1297.

Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicar o significado efetivo do instituto.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos<sup>130</sup>:

[...] o efeito vinculante não se limita, apenas, à parte dispositiva da sentença. Alcança, também, os motivos ou fundamentos determinantes, para preservar a própria integridade hierárquica da *Lex Mater*. Do contrário, a força normativa, a supremacia formal e material das constituições restariam liquidadas. Esse posicionamento, porém, não é pacífico no acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esse posicionamento doutrinário permite concluir, pois, que não só a exegese constitucional produzida pelo Supremo ao realizar aquele exercício interpretativo-comparativo entre a norma objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade e o texto constitucional, mas os argumentos jurídicos que permitiram a Suprema Corte chegar àquela interpretação vinculam aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Público, o que reforça a hierarquia da Constituição no ordenamento jurídico, haja vista que, é o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para guardar e interpretar a Carta Política. A respeito desse ponto, ressalta-se que as decisões aptas a produzir efeito vinculante são aquelas que tenham transitado em julgado. O efeito vinculante, assim como a coisa julgada, está relacionado ao momento da decisão, e não alcança alterações posteriores<sup>131</sup>.

O efeito vinculante, conferido às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, torna obrigatória a observância da decisão do STF pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública e, tem por finalidade proporcionar maior alcance às suas decisões. Ademais, o referido efeito, possibilita que a Suprema Corte se manifeste apenas uma vez em relação à determinada questão. Isso porque, consoante essa lógica, a decisão que considere inconstitucional determinada lei alcança atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a decisão, mas que não foi seu objeto, com a finalidade, de independentemente de nova ação, serem tidos, também, como inconstitucionais.

Um ponto que gera dúvidas diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, ou seja, qual ou quais as partes da decisão judicial se revestem do efeito em comento, isto é, o efeito vinculante se restringe ao dispositivo da sentença ou ele se estende aos fundamentos da decisão judicial. Essa questão também provocou debates na Alemanha, de acordo com o

---

<sup>130</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 262.

<sup>131</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1297

ministro Gilmar Mendes<sup>132</sup>:

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haverá distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante.

A diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica, apresentando profundas consequências também no plano prático.

Enquanto no entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só a proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também a obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequarem sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão, considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do § 31-I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim a sua qualidade judicial.

A aproximação dessas duas posições extremadas é feita mediante o desenvolvimento de orientações mediadoras que acabam por fundir elementos das concepções principais.

Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a *norma decisória concreta*. A norma decisória concreta seria aquela “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”. Por seu lado, sustenta Martin Kriele que a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os tribunais, é reforçada no Direito alemão pelo disposto no § 31-I da Lei do Tribunal Constitucional alemão. A semelhante resultado chegam as reflexões de Otto Bachof, segundo o qual o papel fundamental do Tribunal Constitucional alemão consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas.

Para o supramencionado jurista, ao formular o § 31-I da Lei Orgânica do Tribunal, parece inequívoco que o legislador alemão tenha tido o propósito de dotar a decisão de eficácia transcende. E argumenta que: “É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despicando esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da *coisa julgada* e da *força de lei*. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”<sup>133</sup>.

Para a compreensão do instituto do efeito vinculante no sistema jurídico nacional é

<sup>132</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1298.

<sup>133</sup>Idem. Ibidem.

importante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto sintetizado no voto do Ministro Maurício Corrêa, então relator da Rcl. 1.987:

Não há dúvida, portanto, de que o Tribunal, no julgamento de mérito da ADI 1.662-SP, decidiu que a superveniência da EC 30/00 não trouxe qualquer alteração à disciplina dos sequestros no âmbito dos precatórios trabalhistas, reiterando a cautelar que o saque forçado de verbas públicas somente está autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição do direito de precedência do credor, sendo inadmissíveis quaisquer outras modalidades. Se assim é, qualquer ato, administrativo ou judicial, que determine o sequestro de verbas públicas, em desacordo com a única hipótese prevista no artigo 100 da Constituição, revela-se contrário ao julgado e desafia a autoridade da *decisão* de mérito tomada na ação direta em referencia, sendo passível, pois, de ser impugnada pela via da reclamação. Não vejo como possa o Tribunal afastar-se dessa premissa. No caso, a medida foi proposta por parte legítima e o ato impugnado afronta o que decidido de forma definitiva pela Corte, razão pela qual deve ser conhecida e provida, sob pena de incentivo ao descumprimento sistemático das decisões da mais alta Corte do país, em especial essas que detêm eficácia vinculante, o que é inaceitável. [...]

A questão fundamental é que o ato impugnado, não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1.662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2.126, *DJ* de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segundo a qual a “eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros”, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

Tomando como lição o trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa, e o posicionamento do Supremo Tribunal na Reclamação 1.987-DF, fica claro que o efeito vinculante não deve se restringir a parte dispositiva da decisão judicial, deve abranger, também, os fundamentos que determinarem a decisão da Suprema Corte. O Ministro Gilmar Mendes<sup>134</sup> destaca que:

Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que terminado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

A lição de Gilmar Mendes contém importante observação em relação à decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida em Ação Declaratória de

<sup>134</sup>MENDES; BRANCO. Op. Cit., p. 1299.

Constitucionalidade ou em Ação Direta de Inconstitucionalidade, já que, nas ações diretas de controle de constitucionalidade de norma ou ato normativo, a declaração se dá em tese, ou seja, em abstrato, em um processo objetivo, desvinculado de um caso concreto. Conseqüentemente, forma-se coisa julgada normativa-abstrata. Neste diapasão, há norma abstrata, ou seja, não aplicável apenas a um caso específico, e, por isso mesmo, não há sentido negar-lhe o efeito vinculante.

Não obstante, na Reclamação Constitucional 1.880, também de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o entendimento prevalente foi a de que todos aqueles que fossem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade seriam considerados partes legítimas para a propositura de reclamação. Na citada reclamação declarou-se, ainda, constitucional o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, exatamente o dispositivo legal que confere efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do STF em sede de ADI ou ADC.

Sobre o limite subjetivo do efeito vinculante, surge a dúvida quanto à vinculação do próprio STF à decisão por ele proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade ou em Ação Direta de Inconstitucionalidade. O limite subjetivo da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes consiste nas pessoas que são alcançadas pelo efeito vinculante dos fundamentos da decisão, devendo observá-la. Conforme o § 2.º do art. 102, da Constituição Federal, são vinculados pela decisão do Supremo Tribunal Federal os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A dicção do dispositivo supracitado, introduzido pela EC 3/93 ao texto constitucional, e reproduzida pela Lei n. 9.868/99, expressa a determinação de que o efeito vinculante refere-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, o que legitima o entendimento de que o STF não está abrangido pela aplicação do efeito vinculante. Deste modo, a Suprema Corte pode, em determinadas circunstâncias, rever suas decisões. Esse também é o posicionamento de Gilmar Mendes<sup>135</sup>, segundo o qual:

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois, isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior, que explicita e justifique mudança. Quem se dispõe a enfrentar um precedente, fica *duplamente* onerado pelo dever de justificar-se.

---

<sup>135</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1301.

O entendimento do ilustre Ministro destacado acima parece correto, pois, não havendo alteração do texto constitucional acerca da questão que já fora discutida e resolvida pelo Egrégio Tribunal e objeto de decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante, nos termos do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, e nem havendo mutação constitucional que respalde a mudança do entendimento esposto nos fundamentos da decisão precedente, não há por que o STF modificar injustificadamente a sua orientação.

Além do mais, a vinculação do Superior Tribunal Federal aos fundamentos de decisão anterior proferida por ele em sede de controle concentrado de constitucionalidade é incompatível com o papel de guardião do Texto Constitucional atribuído ao Supremo pelo constituinte de 1988, além de ensejar no “fenômeno da fossilização da Constituição<sup>136</sup>” e, conseqüentemente, na não adaptação da ordem normativa e constitucional à nova realidade sociopolítica da sociedade.

É certo também que, o Poder Legislativo não está vinculado às decisões do STF em ação direta de inconstitucionalidade, pois, em tese, o legislador poderá editar lei nova com conteúdo material idêntico ao o texto normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal. O fundamento desse entendimento está na própria concepção de Estado Democrático de Direito, no qual não se pode impedir que o legislador elabore e aprove novas leis, tendo em vista a necessidade de adaptação do sistema normativo às mudanças sociais e políticas que ocorrem na realidade fática, além de preservar o equilíbrio entre o Poder Jurídico e Legislativo.

Ainda quanto ao efeito vinculante, antes da EC 45/04, que conferiu nova redação ao § 2º, do art. 102, da CF, discutia-se acerca da possível extensão do efeito às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, isto porque, o referido dispositivo constitucional estabelecia que, a decisão de mérito proferida em ADC produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo,

---

<sup>136</sup>Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl. 2617/MG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2617/MG. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. Agravo Regimental. Agravante: Nunes Amaral Advogados. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 de fev. de 2005. DJ 20-05-2005.

não atribuindo expressamente tal efeito a ADI. Sobre esse assunto o professor e jurista Gilmar Mendes<sup>137</sup> explica melhor:

Aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigurava-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade tenha efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade.

[...]

Observa-se, ademais, que, se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado Democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir, como, aliás, o fez por meio do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte.

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

Esse também foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 4, na qual a Corte conferiu efeito vinculante à decisão de cautelar a despeito da omissão do constituinte originário. Posicionamento coerente com o sistema normativo constitucional, afinal, não há por que não atribuir às decisões em ação direta de inconstitucionalidade os mesmos efeitos outorgados à ação declaratória de constitucionalidade, que possui caráter dúplice.

Consoante o afirmado, ressalta-se que, a Suprema Corte pode reanalisar as questões por ela já decididas, ato denominado de *overruling* ou *overriding*, que correspondem, respectivamente, a revogação total ou parcial de um precedente, pois, o STF não está vinculado às suas próprias decisões, sob pena de enfraquecimento da ordem constitucional.

É certo também que, o desrespeito ao entendimento fixado pelo STF em decisão sobre questão constitucional julgada em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade autoriza o uso da Reclamação Constitucional como instrumento para garantir a autoridade de suas decisões e preservar a competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento é respaldado pela argumentação do Ministro Néri da Silveira na ADC-MC nº 4<sup>138</sup>, a seguir destacada:

<sup>137</sup>MENDES; BRANCO. Op. Cit., p. 1304 e 1305.

<sup>138</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 4/DF. Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da lei n.9.494, DE 10.09.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Medida Cautelar: cabimento e espécie, na A.D.C. Requisitos para sua concessão.

Penso que o efeito vinculante só se legitima no nosso sistema e não fere o princípio da independência, enquanto não impede o juiz de decidir. Agora, o juiz que julgar contrariamente à decisão do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante, não vai ser punido por isso, mas, sujeitar-se, pelo descumprimento da decisão, a ter, perante esta Corte, uma reclamação pela parte considerada prejudicada. Seguramente, se o juiz contrariou a decisão de eficácia vinculante do STF, seu até será cassado por esta Corte.

### 3.1.3. A *Ratio decidendi* e o *Obiter Dictum*

No contexto do exposto até então, é relevante para o presente trabalho analisar as figuras do *obiter dictum* e da *ratio decidendi* para que se possa discernir quais os fundamentos, os argumentos da decisão do Supremo Tribunal que serão revestidos pelo efeito vinculante previsto no § 2º, do art. 102, da CF e pelo art. 28 da Lei n. 9.868/99.

A Teoria da Transcendência pressupõe a individualização dos motivos determinantes para se chegar à decisão proferida pela Suprema Corte, tarefa nada simples, mas essencial para o assunto. Desse modo, os juristas devem analisar e identificar os motivos suficientes, a *ratio decidendi*, e o *obiter dictum* da decisão precedente.

*Obiter dictum* quer dizer uma observação, declaração dita de passagem, ou seja, uma manifestação que não influencia a parte dispositiva da decisão judicial, e por isso, “não vinculam para fora do processo”<sup>139</sup>. Enquanto que, a *ratio decidendi* corresponde à fundamentação que ensejou a decisão judicial, quer dizer, são os fundamentos jurídicos que sustentam a argumentação. “Ela é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”<sup>140</sup>. Sobre os motivos determinantes da decisão, Luiz Guilherme Marinoni<sup>141</sup> disserta:

O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Esse motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.

Em relação à distinção do *obiter dictum* e da *ratio decidendi* Fredie Didier Junior<sup>142</sup> menciona que:

---

Medida cautelar. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. *DJ* de 21-05-1999.

<sup>139</sup>BRUM, Op. Cit.

<sup>140</sup>CUNHA; DIDIER JUNIOR. Op. cit., p. 140.

<sup>141</sup>MARIONONI. Apud: SARLET; MARINONI; MITIDIERO. Op. cit., p. 857 e 858.

<sup>142</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Notas sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum***. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/material/fredie/int\\_pcivil\\_ratio\\_22\\_11.pdf](http://www.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf)>. Acesso em nov. 2013.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; A opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “a *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)”

[...]

Já o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”), sendo apenas algo que se faz constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Observa-se que, quando decide uma demanda, o magistrado cria duas espécies de norma jurídica, uma geral, proveniente da interpretação e compreensão dos fatos relativos ao caso em análise e sua conformação com o ordenamento jurídico, que consistem nos motivos determinantes da sentença, portanto, na *ratio decidendi*; e outra norma jurídica individual, que é constituída em específico para uma determinada situação, para solucionar um caso em especial.

Neste diapasão, o renomado doutrinador Fredie Didier Junior<sup>143</sup> reforça:

É importante assentar o seguinte: ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis, etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise.

Afora essa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo não somente reger a situação em exame naquele processo. Trata-se, como cediço, da conclusão a que chega a cerca da procedência da demanda (ou das demandas) formulada no processo. É esta norma jurídica, e somente ela, que tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada material.

Relativamente ao assunto, o ilustre Ministro Gilmar Mendes<sup>144</sup> disserta que: “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e os fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros”.

O citado Ministro do STF, defensor no Brasil da Teoria objeto deste artigo, na Rcl. 1880 AgR-SP ressaltou que: “a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão,

<sup>143</sup>CUNHA; DIDIER JUNIOR. Op. cit., p. 382.

<sup>144</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

como entende parte da doutrina, tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei ou da eficácia *erga omnes* [...] tal redução diminuiria significativamente a contribuição que o Tribunal pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional”<sup>145</sup>.

Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação 2291<sup>146</sup> posicionou-se no sentido de aplicar as razões da decisão proferida na ADI 1662 ao caso da mencionada reclamação, apesar do objeto ser diferente do da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em seu voto, Gilmar Mendes sustentou:

Observe-se, ademais, que, se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal na ADC 4, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional. Não foi outro o entendimento do legislador infraconstitucional ao conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

No caso, muito embora o ato impugnado não guarde identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo também, considerar os chamados fundamentos determinantes.

Logo, a teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão tem por intuito atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi*, e não a

---

<sup>145</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1880/SP. Questão de ordem. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99: Constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. Agravo Regimental. Reclamante: Município de Turmalina. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 06 de novembro de 2002. *DJ* de 19-03-2004.

<sup>146</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2291-RJ. Reclamação. 2. Precatório trabalhista. Ordem cronológica. 3. Seqüestro determinado pelo TRT da 1ª Região. 4. Pretendida cassação da ordem de seqüestro. 5. Interpretação do art. 100, § 2º, em combinação com o art. 78, § 4º, do ADCT. 6. Violação ao conteúdo da decisão proferida na ADI 1662 (Rel. Min. Maurício Corrêa), em que o STF teria reconhecido que somente a hipótese de preterição no direito de precedência autoriza o seqüestro de recursos públicos. 7. Ausência de prova constitutiva do direito alegado. Ônus da prova ao reclamante. Art.156 do RISTF e art. 13 da Lei 8.038/90. 8. Reclamação improcedente. Liminar cassada. Reclamante: Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de setembro de 2004. *DJ* 04.02.2005.

tudo e qualquer argumento integrante da fundamentação da decisão<sup>147</sup>. Desta forma, mesmo não sendo objeto da coisa julgada concede-se aos motivos determinantes da decisão a eficácia vinculante, assim a *ratio decidendi* passa a influir em casos futuros.

Acrescenta-se que, a Teoria em estudo revela a preocupação em garantir a força normativa da constituição, consequência da supremacia material e formal do Texto Constitucional, e cuja preservação integral depende do reconhecimento do efeito vinculante aos fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em especial de pronúncia de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado de constitucionalidade, e não apenas ao dispositivo do acórdão do Tribunal.

A seguir será tratado o tema da Reclamação Constitucional e a garantia das decisões do Supremo Tribunal Federal em seu papel de garantidor da ordem constitucional.

### **3.2 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA AUTORIDADE E DA COMPETÊNCIA DO STF**

Conforme já afirmado, a inobediência à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação direta de constitucionalidade revestida pelos efeitos *erga omnes* e vinculante autoriza a propositura da Reclamação Constitucional, prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal.

Nos termos do dispositivo constitucional supracitado, a Reclamação é de competência originária do Supremo Tribunal Federal e que tem como objetivo preservar a competência e garantir a autoridade das decisões judiciais da Suprema Corte. Ademais, a reclamação tem como objeto a preservação da competência do Supremo Tribunal, fixada no art. 102 da Constituição Federal, ou a garantia da autoridade dos julgados da Corte. A Reclamação Constitucional surgiu como fruto da criação jurisprudencial, e segundo o ensinamento de Gilmar Mendes<sup>148</sup>:

Afirmava-se que ela decorreria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção

<sup>147</sup>A cerca da atribuição do efeito vinculante à *ratio decidendi*, o Ministro Gilmar Mendes e Ives Granda da Silva Martins dissertam: “Tal como acentuado, o *caráter transcendente* do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 546.

<sup>148</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1305.

inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.

Além do mais, o Regimento Interno do STF incorporou em 1957 o instituto da reclamação e, em 1967 a Constituição Federal vigente legitimou em definitivo a Reclamação, pois, a referida Carta Magna autorizou a Suprema Corte a estabelecer a disciplina processual dos feitos de sua competência e conferiu ao Regimento Interno do Egrégio Tribunal força de lei federal.

Desde então, tanto na doutrina quanto na jurisprudência surgiram debates acerca da natureza jurídica da reclamação, e até o presente momento não há um consenso quanto a esse ponto. Apesar de a corrente doutrinária majoritária compreende que a natureza jurídica da reclamação é de ação<sup>149</sup>, parte da doutrina defende ser a reclamação um remédio processual, incidente processual ou recurso.

Por outro lado, chegou-se ao consenso de que a reclamação se trata de medida jurisdicional, e não de medida administrativa, ideia que se fundamenta na identificação da reclamação com a correição parcial. Entretanto, tal posicionamento encontra-se errado, uma vez que, a reclamação influi em decisões judiciais, além de que a decisão em sede de reclamação produz coisa julgada, características típicas de medidas jurisdicionais.

A respeito do entendimento de que a reclamação é ação propriamente dita, o Ministro Gilmar Mendes<sup>150</sup> esclarece que:

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão da competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aquelas que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.

Anote-se ainda que, com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADI<sup>o</sup>, ADC e ADPF), a reclamação, enquanto ação especial, acabou por adquirir, como se verá no presente estudo, contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência.

Pode-se observar do trecho apontado acima, que a reclamação adquiriu contornos especiais na garantia das decisões do Supremo Tribunal Federal, isto por que, a EC 45/2004, que proporcionou a reforma do Poder Judiciário, adicionou o art. 103-A a Constituição Federal, que prevê a figura da súmula vinculante com a finalidade de tornar obrigatória a

---

<sup>149</sup>PONTES DE MIRANDA. Op.cit., p. 384

<sup>150</sup>MENDES; BRANCO. Op.cit., p. 1307.

adoção do entendimento pacificado e reiterado pelo STF em matéria constitucional pelos Poder Judiciário e pelo Poder Executivo<sup>151</sup>.

Sobre o instituto em análise, o Ministro Gilmar Mendes<sup>152</sup> afirma:

Configura, certamente, uma grande inovação do sistema, de vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que, excetuados os casos de usurpação de competência do Tribunal e de flagrante descumprimento de decisão por ele proferida, a reclamação estava (quase que) limitada às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos.

De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio da implementação do efeito vinculante em toda a sua amplitude.

A adoção da súmula vinculante pela Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na Súmula, sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações- para o Supremo Tribunal Federal.

A priori, o Supremo Tribunal Federal não admitia reclamação em sede de controle abstrato de normas, como se pode notar na decisão da Rcl. 354, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello<sup>153</sup>. Posteriormente, a Suprema Corte passou a admitir o cabimento da reclamação constitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, desde que ajuizada por legitimado para a propositura da ADI e que também tivesse o mesmo objeto da ação direta. Não obstante, o STF reconheceu, na Rcl. 399<sup>154</sup>, o cabimento da reclamação

<sup>151</sup>Essa é a concepção que se extrai do §3º, do art. 103-A, da CF:” Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

<sup>152</sup>MENDES; BRANCO. Op. cit., p. 1308 e 1309.

<sup>153</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 354/DF. AGRAVO REGIMENTAL - RECLAMAÇÃO QUE BUSCA GARANTIR A AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DO NÃO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO TOMADA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DADA A NATUREZA EMINENTEMENTE OBJETIVA DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES DA CORTE. Agravo Regimental. Agravante: Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Agravado: Órgão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de maio de 1991. *DJ* de 28-6-1991.

<sup>154</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 399/PE. RECLAMAÇÃO: HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE E PROCEDENCIA PARA SALVAGUARDA DA AUTORIDADE DE DECISÃO CAUTELAR OU DEFINITIVA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL ADMITE A RECLAMAÇÃO PARA ASSEGURAR A AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES POSITIVAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUANDO O MESMO ÓRGÃO DE QUE EMANARA A NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PERSISTE NA PRÁTICA DE ATOS CONCRETOS QUE LHE PRESSUPORIAM A VALIDADE (CF. RECLS. 389, 390 E 393). NO CASO, DADO QUE A MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA TEM EFICÁCIA EX NUNC, O SEU DEFERIMENTO NÃO AFETOU A DO ATO CONCRETO ANTERIOR, EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO SE CONHECEU DA AÇÃO DIRETA: DA DECISÃO LIMINAR PARA

quando o órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional pelo Tribunal reiterasse a prática de atos concretos que pressuporiam que a validade da norma.

A questão do cabimento da reclamação ou não em sede de controle concentrado de constitucionalidade foi elucidada com o advento da EC n. 3/93, que introduziu na ordem constitucional a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e passou, expressamente, a admitir a reclamação constitucional para preservar a autoridade das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal proferidas no bojo da ação declaratória.

Em relação ao cabimento da reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, cumpre salientar que, havia certa divergência quanto a essa possibilidade. A jurisprudência da Suprema Corte<sup>155</sup> assentou o entendimento de ser cabível a reclamação para todos aqueles que comprovassem prejuízo resultante de decisões contrárias às do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o STF passou a considerar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões de méritos proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, com o advento da EC n. 45/04 essa controvérsia foi definitivamente superada, uma vez que, a emenda autorizou, expressamente, essa hipótese.

### 3.3 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Alterações legislativas e entendimentos jurisprudenciais ocorridos na última década evidenciam uma tendência de aproximação dos modelos de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, isso em decorrência da introdução de elementos do processo objetivo na modalidade difusa de controle de constitucionalidade. Essa tendência é denominada pela doutrina e pela jurisprudência pátria de objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A abstrativização ou a objetivação do controle difuso de constitucionalidade é caracterizada, precisamente, pelo uso de elementos de um processo objetivo em processos nos quais as questões constitucionais são discutidas em contexto subjetivo, ou seja, características que antes eram próprias do controle concentrado de constitucionalidade passaram, também, a serem observadas nos processos de controle difuso.

---

FRENTE, NO ENTANTO, O EFEITO UTIL DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA RESOLUÇÃO IMPUGNADA FOI PRECISAMENTE O DE IMPEDIR QUE SE CONTINUASSEM A PRATICAR ATOS CONCRETOS DERIVADOS DO SEU CONTEUDO NORMATIVO. Reclamante: Procurador Geral da República. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de outubro de 1993. *DJ* de 24-3-1995.

<sup>155</sup>Rcl. 1.880, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-3-2004.

Neste Diapasão Clarissa Teixeira de Paiva<sup>156</sup> disserta acerca da objetivação do controle difuso de constitucionalidade:

Recentes alterações legislativas e jurisprudências nos últimos anos têm chamado atenção pela inserção de traços característicos do processo objetivo no controle concreto de constitucionalidade. Essas mudanças têm alterado significativamente o controle de constitucionalidade brasileiro por meio de uma aproximação cada vez mais evidente entre os modelos concreto e abstrato. Talvez a experiência brasileira de convivência entre as duas formas de controle, consagradas no direito internacional, tenha caminhado para um estágio evolutivo de aperfeiçoamento em que se procura privilegiar o melhor que cada sistema tem a oferecer. Nesse sentido, têm sido mais frequentes as manifestações de influência do controle concreto pelo controle abstrato.

Nesse contexto, cumpre salientar a relação entre a Teoria da Transcendência dos Motivos determinantes com o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, que tem sido observado no Brasil. A Teoria da Transcendência dos Motivos determinantes ao atribuir efeito *erga omnes* e vinculante aos fundamentos da decisão judicial sobre questão constitucional no âmbito de controle difuso de constitucionalidade aproxima essa modalidade de controle de constitucionalidade do controle concentrado. Bruney Guimarães Brum<sup>157</sup> em seu artigo que trata a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes discorre que:

Percebe-se, na supramencionada teoria, mais um caso no qual o controle difuso de constitucionalidade se aproxima do controle concentrado, posto haver uma concessão de efeitos transcendentais à *ratio decidendi* da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Note que, com a concessão de tais efeitos, uma decisão que, normalmente, possuiria apenas efeitos *inter partes*, passa a possuir efeitos para além das partes que discutem determinada relação jurídica em concreto.

Eis, de forma simplificada, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Concede-se a decisão de controle concreto de constitucionalidade os efeitos do controle abstrato.

Algumas razões podem explicar a ocorrência do fenômeno da abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dentre elas a valorização do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional<sup>158</sup>, a busca por mecanismos que diminuam o volume de processos em trâmite no STF, como a criação de barreiras de contenção de

<sup>156</sup>PAIVA, Clarissa Teixeira. A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade. **Revista Virtual da AGU**. Ano VIII. n. 80. set. 2008. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79751&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79751&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em jan. 2014.

<sup>157</sup>BRUM. Op. cit., p. 77.

<sup>158</sup>GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005. p. 96.

recursos, e a preponderância do controle concentrado de constitucionalidade sobre o controle difuso a partir da promulgação da Carta Magna de 1988.<sup>159</sup>

### 3.4 ANÁLISE DE CASOS PARADIGMAS

#### 3.4.1 Da Análise do RE 197.917/SP

O RE 197.917<sup>160</sup>, de relatoria do ilustre Ministro Maurício Corrêa, foi interposto pelo Ministério Público Federal de São Paulo em face do acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reformou a sentença proferida em desfavor da Câmara Municipal de Mira Estrela e do Município de Mira Estrela.

Conforme ementa do acórdão do RE em comento, a lei municipal objeto do recurso extraordinário em análise fixava em 11 (onze) o número de vereadores da Câmara Legislativa do Município de Mira Estrela. A referida lei municipal foi considerada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Supremo Tribunal Federal, com a justificativa de que aquele número era desproporcional ao número de habitantes do município, cuja população era de cerca de 2.6000 habitantes, que comportaria o número de 9 (nove) vereadores. Por essa razão, o STF considerou que a supracitada lei estava em desconformidade com o art. 29, IV, da CF, que exige que o número de vereadores seja proporcional à população dos municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a*, *b* e *c*.

No recurso extraordinário em estudo, a Suprema Corte chegou ao entendimento de que o art. 29, IV, da Constituição Federal determina que o número de vereadores seja proporcional

<sup>159</sup>Nesse mesmo sentido Gilmar Mendes pondera: “A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADI<sup>o</sup>, ADPF e representação interventiva – operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivização das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes [...] A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós”. MENDES; COELHO; BRANCO. Op. Cit., p. 1038 e 1047.

<sup>160</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. Reclamante: Ministério Público Estadual. Reclamados: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 2002. DJ 07-05-2004.

à população dos Municípios, devendo ser observados, para tanto, os limites mínimos e máximos fixados pelo próprio constituinte. Dessa forma o STF concluiu que, a aprovação de norma municipal que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem respeitar a relação cogente de proporção com a da população do município configura excesso do poder de legislar, o que não é admitido pela sistemática constitucional atual.

Relativamente ao RE 197.917/SP, observa-se que o relator Ministro Maurício Corrêa e a 2ª Turma do STF acordaram em remeter os autos do recurso extraordinário ao Plenário da Corte em razão da importância da matéria discutida no RE. Em seu voto no recurso extraordinário em análise, o supracitado Ministro sustentou que:

A Carta de 1988 (art. 29, IV), ao contrário das anteriores, introduziu novo conceito sobre o critério da proporcionalidade, referindo-se, agora expressamente, ao número de habitantes do Município. Criou, por outro lado, três faixas de classificação, sendo a primeira para os Municípios de até um milhão de habitantes; a segunda, para os de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; e a última, desse marco para frente.

Desde então, muita discussão tem sido travada na doutrina e na jurisprudência em relação ao número exato de Vereadores a ser fixado pelos Municípios. Uma corrente entende que, observados os parâmetros mínimo e máximo estabelecidos para cada uma das faixas, tem a Câmara de Vereadores autonomia para fixar o seu número, a outra, sugere que a composição deve obedecer a valores aritméticos que legitimem a proporcionalidade constitucional.

[...]

O Tribunal Superior Eleitoral há muito tempo vem entendendo que a Constituição não estabelece critério aritmético para o cálculo dessa proporcionalidade, tendo o Município autonomia para fixá-lo, uma vez cumpridos os marcos das alíneas do inciso IV do art. 29.

[...]

Depois de muito refletir sobre a controvérsia, acabei por situar-me ao lado daqueles que buscam na proporcionalidade aritmética a mais lidima resposta à exigência constitucional, até porque não havia ainda meditado sobre qual das correntes seguiria, quando da minha passagem pelo TSE.

Tal reflexão funda-se primacialmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido. Daí por que, ao determinar que “o número de Vereadores” deve ser “proporcional à população do Município”, torna-se evidente que outra exegese não pode ser extraída do texto senão aquela que resulte nítida e expressivamente do seu próprio sentido.

Com efeito, deixando-se ao alvedrio do legislador municipal a fixação do número de Vereadores apenas pela relação mínimo – máximo, permitindo-se-lhe uma opção aleatória e subjetivamente baseada tão-so na vontade de cada Câmara Legislativa – 9, 10, 11, 12, ..., 20 ou 21, como quiser – sem a observância da relação Vereador/população, pode tal opção significar tudo, menos a proporcionalidade constitucional reclamada, exigência clara e manifestamente definida na oração “**número de Vereadores proporcional a população do Município**”.

Além de ponderar acerca do critério mais adequado a regra estabelecida pela

Constituição Federal, e concluir pela proporcionalidade aritmética em detrimento da simples observância dos limites máximos e mínimos para a fixação do número de Vereadores, o Ministro Maurício Corrêa considerou, também, em seu voto, que não é razoável que um Município que possua dois mil habitantes tenha 21 vereadores, número fixado pela Lei Orgânica, em virtude de uma discricionariedade que não possui amparo legal, enquanto um município que tenha cerca de novecentos mil habitantes tenha nove representantes legislativos. E observou que, a atuação legislativa deve realizar-se em harmonia com o interesse público, o que não ocorre quando o município legisla fixando número de vereadores incompatível com a proporção estabelecida pelo constituinte nacional. No mais, o Ministro votou pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo a inconstitucionalidade *incider tantum* do dispositivo legal da lei orgânica objeto do RE em comento que fixava o número de vereadores em desacordo com a Constituição.

Ademais, no RE 197.917-SP, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão para resguardar a segurança jurídica, já que o efeito *ex tunc* da decisão em controle concreto de constitucionalidade, resultaria em grave ameaça a todo sistema legislativo vigente. A decisão sobre o recurso em comento tornou-se um *leading case*, tanto em razão de seu aspecto material, deliberação a cerca do número de vereadores, quanto em seu aspecto processual, a modulação dos efeitos e a atribuição de efeito transcendente aos fundamentos determinantes da decisão.

Acerca da modulação dos efeitos conferidos à decisão da Suprema Corte no RE 197.917-SP, o Ministro Gilmar Mendes<sup>161</sup> defendeu em seu voto que:

Essas colocações têm a virtude de mostrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo do controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

[...]

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas demais instâncias. Os próprios

---

<sup>161</sup>RE 197.917/SP. Rel. Maurício Corrêa, DJ 07-05-2004.

fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalta-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, ao nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

[...]

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também serão atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.

Logo, a modulação dos efeitos passou a ser admitida também pelo Supremo Tribunal em sede de controle difuso, concreto, de constitucionalidade. Bem como Gilmar Mendes ponderou em seu voto, do qual os trechos foram destacados acima, a decisão sobre a questão debatida no RE em tela possuía relevância e influenciaria outros casos concretos, já transitados em julgado ou que ainda estavam em discussão no Poder Judiciário, e em razão disso, e por motivos de segurança jurídica, a Suprema Corte teve de aplicar a modulação de efeitos, concernente do controle concentrado de constitucionalidade, ao controle concreto, difuso. Dessa forma, mais uma vez nota-se a aproximação dos dois modelos do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Além do mais, ressalta-se que no RE 197.917-SP o Supremo Tribunal Federal atribuiu o efeito transcendente aos motivos determinantes da decisão, ou seja, conferiu eficácia *erga*

*omnes* e vinculante a fundamentação da decisão acerca da questão do número de Vereadores e a relação de proporcionalidade determinada pelo constituinte na Carta Política em sede de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, a Suprema Corte conferiu efeitos previstos para as ações diretas de controle de constitucionalidade (§ 2º, do art. 102, da CF) à decisão proferida no âmbito do controle difuso, concreto, de constitucionalidade.

Após o julgamento do recurso extraordinário em comento, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu o posicionamento da Suprema Corte, em tese restritivo as partes do RE, quanto à questão constitucional, e editou a Resolução n. 21.702/2004<sup>162</sup>, na qual reduziu o número de vereadores das Câmaras Municipais Legislativas de país. Essa resolução, foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>163</sup>, que foram rejeitadas sob o argumento de que o ato normativo atacado era compatível com a interpretação constitucional conferida pelo STF no RE 197.917, e no qual se atribuiu efeito transcendente aos fundamentos determinantes.

Importante observar nesse ponto do trabalho a possibilidade da causa de pedir aberta no controle concreto de constitucionalidade. A causa de pedir aberta é uma das características do processo objetivo de controle de constitucionalidade. No processo objetivo e nas ações diretas de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não está adstrito aos argumentos jurídicos apontados pelos legitimados na peça inicial, o que possibilita ao STF declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma por outros motivos que não os referentes à causa de pedir da ação. Entretanto, o STF no recurso extraordinário em análise e no RE nº 298.694 reconheceu a possibilidade de se julgar o recurso extraordinário, meio concreto de controle de constitucionalidade, com base em fundamento estranho ao enfrentado pelo Tribunal recorrido.

A respeito da possibilidade de cláusula aberta no controle concreto de constitucionalidade exercido pelo STF, O Ministro Cezar Peluzo<sup>164</sup> defende em seu voto no

<sup>162</sup>Cf. Informativo n. 398. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm#Resolucao%20do%20TSE%20e%20Fixacao%20do%20Numero%20de%20Vereadores%20-%201>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

<sup>163</sup>ADI 3345/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 154 de 19-08-2010; e ADI 3.365 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 01/02/2005.

<sup>164</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 298.694/SP. I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição,

RE nº 298.694<sup>165</sup> a seguinte concepção:

E, no juízo do mérito, também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E, aqui, a segunda questão, que me parece importantíssima, suscitada no voto do eminente Relator. Considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa.. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de valer pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme à Constituição!

Desta forma, passou-se também a admitir a cláusula aberta, típica do processo objetivo, no controle concreto de constitucionalidade, visualizando-se, assim, o fenômeno da abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade, caracterizado, exatamente, pela inserção de instrumentos típicos do processo objetivo e das ações diretas no controle difuso e concreto de constitucionalidade. Consoante o posicionamento do Ministro Peluzo, o papel do Supremo Tribunal Federal de velar pela Constituição Federal não permite excluir a possibilidade da Corte de examinar eventual ofensa ao Texto Constitucional quando provocada para exercer a sua função jurisdicional, mesmo que por meio de recurso extraordinário, ao se deparar com inconstitucionalidade fundamentada em motivos diversos aos apontados pela parte na peça recursal.

No mesmo sentido da decisão do STF no RE 197.917-SP de atribuir efeito *erga omnes* e vinculante aos fundamentos da decisão, ou seja, aplicar a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão, foi o entendimento da Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* n.82.959, que será examinado a seguir, no qual o STF se pronunciou pela

---

ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. Requerente: Município de São Paulo. Requeridos: Edna Maria Locatelli e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de agosto de 2003. *DJ* 23-04-2004.

<sup>165</sup>RE 298.694/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* 23-04-2004.

inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 2º da Lei 8.072/1990 – diploma legal que trata sobre os crimes hediondos, e que foi impetrado sob a justificativa de que o supracitado dispositivo legal fere o princípio da individualização da pena ao estabelecer que a mesma deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

### **3.4.2 Da análise do HC n. 82.959-SP e da Reclamação n. 4335/AC**

De acordo com o comentado acima, o *habeas corpus* n. 28.959-SP foi impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça e com o objetivo de ver declarado inconstitucional o §1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, que trata dos crimes considerados hediondos. O impetrante defendia a tese de que, a vedação a progressão no regime de cumprimento da pena imposta pelo dispositivo legal supracitado seria inconstitucional, pois, consistiria em conflito com a garantia de individualização da pena, prevista no rol do art. 5º, precisamente, no inciso XLVI, da CF.

Assim, a Suprema Corte deferiu, por maioria, o *habeas corpus* e, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90. Não obstante, o Tribunal, em votação unânime, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do preceito legal em questão, que não implicará consequências jurídicas em relação às penas já extintas até então, pois, a decisão plenária do Supremo implica no afastamento do óbice representado pela norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos necessários para o reconhecimento da progressão do regime da pena.

Observa-se que, o remédio constitucional em análise provoca o controle de constitucionalidade em concreto, e segundo a doutrina tradicional, a decisão a cerca da questão constitucional incidental gera efeitos *inter partes*, e somente poderia gerar efeito *erga omnes* com a suspensão da norma pelo Senado Federal (art. 52, X, da CR). No entanto, o STF estendeu os efeitos de sua decisão a demais casos análogos. Nota-se que no julgamento do presente HC o Supremo proferiu julgamento de lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade *urbit et orbis*.

A Suprema Corte conferiu efeitos *erga omnes* com a justificativa de que o dispositivo legal da lei de crimes hediondos fora apreciado em tese, e não apenas em relação ao caso concreto levado ao conhecimento do STF. Nessa situação, a vedação legal fere o princípio constitucional da garantia à individualização da pena, direito individual previsto no rol do art. 5º da Constituição Federal, há uma transcendência da matéria, pois não haveria como

vislumbrar que a vedação estaria viciada num caso e em outro seria válida. Consequentemente, seria mais coerente, desde já, atribuir efeitos genéricos à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto no HC 82.959-SP o Ministro Gilmar Mendes ponderou também, acerca da compatibilidade do modelo difuso, concreto, de constitucionalidade com a modulação dos efeitos. Destacou também a necessidade de se verificar a existência de outro princípio que justifique a não aplicação do da nulidade. Observou, ainda, que, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do presente remédio constitucional, se fazia necessária em virtude da primazia do princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da nulidade. Segundo o Ministro em seu voto proferido no HC<sup>166</sup> em comento:

Essas considerações demonstram que razões de segurança jurídica podem revelar-se a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

[...]

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer à ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em considerações de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.

[...]

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072 de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

No caso em estudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu por modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade por motivos de segurança jurídica, bem como,

---

<sup>166</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Impetrante: Oseas de Campos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. DJ 01-09-2006.

por razões de ordem patrimonial, haja vista que, até então o Estado aplicava uma norma presumidamente constitucional, e eventual declaração sem eficácia *ex nunc* poderia ensejar ações no âmbito cível de cunho indenizatórias, em virtude da responsabilidade estatal pela não aplicação do regime de progressão às penas até então cumpridas.

Bem como no RE 197/917- SP, na decisão sobre o Habeas Corpus em discussão a Suprema Corte estendeu os efeitos da decisão aos fundamentos determinantes, vinculando desta forma os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, observando-se, assim, em ambos os casos a aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão.

Ademais, cumpre destacar que o art. 102, I, *l*, da Constituição, prevê a reclamação constitucional como meio de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade. Nota-se, desse modo, que a reclamação está relacionada ao descumprimento do efeito vinculante das decisões da Suprema Corte<sup>167</sup>.

Logo, a Reclamação Constitucional nº 4335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi ajuizada pela Defensoria Pública da com o objetivo de ver aplicado o entendimento esposado pela Suprema Corte no HC 82.959/SP e, assim, possibilitar a progressão de regime em casos, sob a sua curadoria, além do decidido pela Corte no caso concreto objeto do referido *habeas corpus*.

A Defensoria Pública, então, promoveu o ajuizamento da reclamação por que um juiz de direito do estado do Acre se recusou a aplicar o posicionamento do STF sobre a questão constitucional em questão, ou seja, a inconstitucionalidade da vedação do regime de progressão de pena previsto pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072 de 1990. O juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito *erga omnes*, seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu<sup>168</sup>.

Na reclamação supracita o Ministro Relator Gilmar Mendes se pronunciou, em decisão monocrática, favorável à concessão da medida liminar determinando que fosse mantido o regime fechado nos crimes hediondos, porém, que fosse afastada a vedação legal à progressão desse regime, até o julgamento final da reclamação. No julgamento final da Reclamação 4.335/AC, em março de 2014, o Ministro Teori Zavascki salientou que, apesar do artigo 52,

---

<sup>167</sup>PAIVA. Op. cit., p. 11.

<sup>168</sup>Cf. Informação disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em maio 2014.

inciso X, da CF, determine que cabe ao Senado suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, ao longo dos anos as decisões da Suprema Corte têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo aquelas tomadas em controvérsias de índole individual.

O Supremo julgou procedente a Reclamação n. 4.335 com fundamento na violação à Súmula Vinculante 26, segundo a qual, para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, mesmo a despeito de a supracitada súmula ter sido editada três anos após o ajuizamento da reclamação em comento. De acordo com o Ministro Teori Zavascki, a edição da súmula, fato superveniente ocorrido no curso do julgamento do processo, não poderia ser desconsiderada pelo juiz, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil (CPC).<sup>169</sup>

Desta sorte, as decisões proferidas em sede do HC 82.959 e do RE 197/917-SP, ainda que em via difusa de constitucionalidade, tornaram possível a propositura da reclamação caso o entendimento do Supremo Tribunal Federal esposado nesses dois paradigmas não sejam observados pelos demais juízes e tribunais, bem como pelo Poder Público. Esta possibilidade se deve, justamente, em virtude da aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, que atribuiu efeito vinculante a *ratio decidendi* da decisão do STF a respeito daqueles casos.

Em razão dessa possibilidade, a jurisprudência<sup>170</sup> tem demonstrado certo receio em relação a um possível aumento do número de reclamações em decorrência da inobservância dos precedentes da Suprema Corte pelos juízes e tribunais. Tal preocupação justifica-se, pois, o aumento substancial do número de reclamações constitucionais inviabilizaria o propósito do Supremo Tribunal Federal ao adotar a Teoria da Transcendência, qual seja: a objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Além de que, vislumbrar-se-ia a substituição do recurso extraordinário pela reclamação como meio de se chegar ao STF<sup>171</sup>.

Apesar de válida, tal preocupação não pode ser tomada como um argumento fundamental para a rejeição total da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da decisão, que vem mais a ser um mecanismo de objetivação do controle de constitucionalidade que um meio de inviabilizar as funções do Supremo Tribunal Federal determinadas pela Carta

---

<sup>169</sup>Cf. Informação disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em maio 2014.

<sup>170</sup>Rcl. 1987/DF. Rel. Min. Mauricio Corrêa. DJ 21-05-2004.

<sup>171</sup>Patrícia Perrone Melo observa que, caso o aumento significativo do número de reclamações se mostre capaz de inviabilizar o propósito da Suprema Corte consistiria em uma ofensa à Constituição Federal, uma vez que, a viabilidade do STF é considerada um princípio constitucional implícito. MELLO. Op. Cit., p. 164.

Magna.

### **3.4.3 Mandados de Injunção n° 708 e 712**

Emblemáticos, também, foram os casos dos Mandados de Injunção n° 708 e 712, referentes à falta de regulamentação normativa da norma do art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, que estabelece o direito de greve aos servidores públicos, direito esse que deverá ser exercido nos termos e nos limites fixados em lei específica. No entanto, ocorre que aquele dispositivo legal possui eficácia limitada, ou seja, aplicabilidade indireta, consoante entendimento do próprio STF, necessitando, assim, de intervenção do legislador infraconstitucional para que tenha aptidão de produzir todos os seus efeitos. Entretanto, até o momento o Poder Legislativo não editou lei que discipline a questão. Desse modo, os servidores públicos continuam sem um diploma legal que regulamente o seu direito de greve.

Em virtude dessa situação, foram impetrados os Mandados de Injunção n° 708 e 712, com o objetivo de suprir a falta de regulamentação do inciso VII, do art. 37, da CF/88, ou seja, a falta de legislação infraconstitucional que estabeleça a disciplina do direito de greve dos servidores público previsto no dispositivo constitucional em comento.

Nos MI 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal conferiu eficácia *erga omnes* às suas decisões, em razão da relevância da matéria, que, aliás, ultrapassava as barreiras dos direitos subjetivos discutidos nos mandados de injunção em estudo, e, ainda, pelo clamor de uma normatização do direito individual de greve dos servidores público. A contradição entre decisões judiciais acerca do tema, tendo em vista a possibilidade de um magistrado entender como aplicável a Lei n° 7.783/89, e outro entender que o referido diploma legal não se aplica à situação, poderia ensejar insegurança jurídica quanto ao assunto.

Tal posicionamento vislumbra os princípios da igualdade, proporcionalidade e economia processual, uma vez que, aqueles servidores públicos que estão em situação de igualdade àqueles, mas que não impetraram os mandados de injunção supracitados, teriam que percorrer todo o caminho processual para ver direito seu já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3.5 CRÍTICAS À TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

A aplicação da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão não é assunto pacífico no cenário jurídico brasileiro. Há na doutrina e na jurisprudência vozes

contrárias à sua aplicação, especialmente às decisões do STF no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Os críticos da Teoria concentram suas críticas na inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional para a adoção da teoria no modelo híbrido de controle de constitucionalidade em vigor no Brasil.<sup>172</sup>

A negativa de reconhecimento da aplicação da Teoria da Transcendência às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade ganha contornos especiais, haja vista que, a regra do art. 102, §2º, da Constituição se aplica somente ao modelo concentrado, abstrato de constitucionalidade. Dessa forma, mesmo aqueles que compreendem que o efeito vinculante das decisões em ação direta de inconstitucionalidade não se restringe ao dispositivo da decisão da Suprema Corte, uma vez que, a eficácia vinculante não se confunde com o instituto da coisa julgada, têm dificuldade de considerar a aplicação dos efeitos *erga omnes* e vinculante a processo de controle concreto, difuso, de constitucionalidade, em razão da dualidade do sistema de controle de constitucionalidade pátrio.

No entendimento da corrente contrária a adoção da Teoria, no controle concreto, difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o STF não funciona como mera corte de cassação, e sim como corte de apelação, pois, cabe a ele julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Logo, a atuação do Supremo no controle difuso de constitucionalidade não é o julgamento de uma tese, e, por conseguinte, não há a formação de uma teoria, mas uma decisão sobre a inconstitucionalidade como preliminar de mérito do caso concreto, devolvido ao STF por meio de recurso, sob pena de estar afastando a jurisdição<sup>173</sup>.

Não obstante, os críticos apontam, ainda, outro obstáculo quanto à aplicação da Teoria da Transcendência às decisões no âmbito do controle concreto, difuso de constitucionalidade, a norma contida no art. 52, X, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O constituinte adotou naquele dispositivo constitucional a chamada cláusula senado, como forma de atribuir efeito

---

<sup>172</sup>O doutrinador Pedro Lenza expõe afirma que: “Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do “Princípio da Força Normativa da Constituição” (Konrad Hesse), parecem faltar ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação”. Pedro Lenza. Apud: BRUM. Op. cit., p. 79.

<sup>173</sup>STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em maio de 2014.

*erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do STF em controle concreto de constitucionalidade<sup>174</sup>.

Importante trazer aqui a observação do ex-senador Accioly Filho<sup>175</sup> sobre a cláusula senado:

Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3o, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...).

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.

Ademais, o ilustre Min. Gilmar Mendes, em seu artigo sobre o papel do Senado no controle de constitucionalidade, sustenta que houve uma mutação constitucional, e por isso se faz necessária uma releitura da cláusula senado expressa no inciso X do art. 52 da Carta Magna. Segundo o ministro<sup>176</sup>:

Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada [...].

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas [...].

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de

<sup>174</sup>O Ministro Gilmar Mendes observa: “O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte”. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. De 2004. p. 154. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em novembro 2013.

<sup>175</sup>ACCIOLY FILHO. Apud: MENDES; BRANCO. Op. Cit., p. 153.

<sup>176</sup>Ibidem. p. 157-163.

constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado [...].

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Já os professores Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo de Oliveira<sup>177</sup>, em seu artigo apresentado a Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, defendem que:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.

A concepção do Ministro Gilmar Mendes parece a mais correta a ser adotada dentro da nova sistemática de controle de constitucionalidade inaugurada pela Constituição de 1988, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinada norma, é ele o órgão competente para realizar a jurisdição constitucional, e não o Senado Federal.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento do Ministro Teori Zavascki no julgamento do RE 4335, no qual salientou que, apesar do artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-

<sup>177</sup>STRECK; LIMA; OLIVEIRA. Loc. cit.

se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual. Ainda, de acordo o referido Ministro, é inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição. Esse fenômeno, segundo o ministro, está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte<sup>178</sup>.

Não obstante, aquelas considerações traçadas no capítulo primeiro do presente trabalho acerca da preferência do constituinte de 1988 pelo fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, evidenciada pela ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, apontam a tendência de racionalidade e efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, como sustentado pelo Ministro Teori Zavascki.

Ademais, a crítica também afirma que já existe outro meio de objetivação do controle de constitucionalidade que possui a mesma eficácia e se aproxima muito do objetivo da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, a saber: a súmula vinculante. A súmula vinculante consiste em um enunciado de súmula que exprime a *ratio decidendi* de um conjunto de reiteradas decisões judiciais acerca de um determinado tema, tomadas no controle difuso de constitucionalidade exercitado por meio de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Ainda conforme o entendimento da doutrina crítica, a súmula vinculante pressupõe reiteradas decisões sobre uma determinada questão, o que demonstra que o legislador fixou como importante o valor de segurança para aproximar as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Observa que, a súmula vinculante pressupõe o entendimento maturado e sedimentado da Suprema Corte sobre aquela questão, o que, segundo eles, não ocorre com a Teoria em comento.

### **3.6 DOS ARTIGOS 469, I, E 472 DO CPC**

A falta de previsão legal que autorize a atribuição do efeito *erga omnes* e vinculante aos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle de

---

<sup>178</sup>Cf. Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em maio 2014.

constitucionalidade, em especial no controle concreto, difuso de constitucionalidade, é outro empecilho apontado pelos críticos para a adoção da Teoria da Transcendência. Pedro Lenza<sup>179</sup> argumenta que:

Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação

Outros sustentam suas críticas a Teoria da Transcendência, e de modo especial à aplicação da Teoria no controle difuso de constitucionalidade, embasados nas regras contidas nos artigos 469, I e 472, ambos do Código de Processo Civil, que determinam:

**Art. 469.** Não fazem coisa julgada:

**I** - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

**Art. 472.** A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Assim, os críticos tecem considerações desfavoráveis à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes com o argumento de que a teoria em tela viola os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, conseqüentemente, desrespeitaria os artigos 469, I e 472, do Código de Processo Civil. Rodrigo Gomes de Mendonça<sup>180</sup> disserta em seu artigo, no qual se encontram afirmações críticas de renomados doutrinadores sobre a Teoria:

Em não havendo base normativa para tanto, quer nos parece que existe violação aos limites subjetivos da coisa julgada, corolário da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito e da segurança jurídica [...].

Ocorre que a *ratio decidendi* com eficácia vinculante (ou seja, a acobertação dos motivos determinantes de um precedente pelo manto da coisa julgada material), que é um mecanismo objetivador do processo constitucional, é expressamente vedada por determinação legal, consoante se depreende dos arts. 468 e 469, I e III, do CPC.

De acordo com as considerações feitas no capítulo que tratou a respeito da coisa julgada, e também as tecidas em relação à eficácia vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade no presente capítulo, cumpre observar

<sup>179</sup>LENZA. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 155 e 156.

<sup>180</sup>MENDONÇA, Op. cit., p. 317 e 318.

que, a crítica negativa a Teoria da Transcendência destacada acima, encontra-se equivocada.

O equívoco das afirmações contidas no parágrafo em destaque reside na argumentação de que, os dispositivos legais do Código Processual Civil que determinam os limites objetivo e subjetivo da coisa julgada à parte dispositiva da decisão judicial e às partes do processo, não são relativos à Teoria. Nesse sentido, ocorre que, o instituto da coisa julgada não é análogo ao do efeito vinculante, isso porque, a Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão não extrapola os limites objetivo e subjetivo da coisa julgada, portanto não viola às regras dos arts. 469, I e 472, do CPC, como alguns creem, uma vez que, a Teoria em análise se caracteriza pela atribuição de eficácia vinculante a *ratio decidendi* da decisão judicial sobre questão constitucional.

Nesse diapasão, os dispositivos infraconstitucionais em estudo não são óbice à adoção da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes, ao menos quanto à sua aplicação no processo objetivo de constitucionalidade. Logo, relativamente à observação feita por Pedro Lenza quanto à inexistência de normas legais que autorizem à aplicação da Teoria no controle difuso e concreto de constitucionalidade, é importante ressaltar algumas configurações processuais cíveis e processuais constitucionais que podem levar ao entendimento contrário, ou ao menos suscitar dúvida.

Segundo já comentado, tem-se observado no controle difuso, concreto de constitucionalidade, elementos próprios do controle concentrado, abstrato de constitucionalidade, o que tem se denominado objetivação do controle de constitucionalidade, como por exemplo: a nova sistemática de apreciação dos recursos extraordinários e especiais, os mecanismos processuais que conferem efeito vinculante às decisões dos tribunais.

Quanto ao Direito Processual Civil há mecanismos idôneos a conferir efeito vinculante à *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais em sede de controle de constitucionalidade, ou seja, que admitem a aplicação da Teoria da Transcendência. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes<sup>181</sup> nas hipóteses de juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tem-se a possibilidade de aplicação do art. 557 do CPC, que prevê a possibilidade do relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, por exemplo. Segundo Gilmar Mendes, é uma forma encontrada de se atribuir efeito vinculante às decisões do Tribunal.

Além do mais, observam-se ainda no ordenamento processual cível as normas contidas no art. 543-C, que trata sobre os recursos repetitivos, e no art. 543-A, que cuida da exigência

---

<sup>181</sup>MENDES; COELHO; BRANCO. Op. cit., p. 1021.

de repercussão geral nos recursos extraordinário. Conforme comentado no primeiro capítulo, a sistemática desses dispositivos legais, nos casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o tribunal ou a turma de origem deverão selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, para serem julgados pela Suprema Corte, são os chamados recursos paradigma, e os demais ficarão sobrestados aguardando o STF se pronunciar quanto à existência de repercussão geral da matéria deduzida no recurso, e, posteriormente a essa análise, a publicação do acórdão sobre a deliberação da questão.

Dessa forma, na sistemática dos arts. 543-A, 543-C, do CPC, uma ou mais causas que por razão de similitude na sua tipicidade são escolhidas para serem inicialmente julgadas, enquanto as demais permanecem sobrestadas nos tribunais de origem. Logo, a solução das causas escolhidas para deliberação permite que se resolvam rapidamente todas as demais a partir da aplicação da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão prolatada no processo teste.<sup>182</sup>

Em função dessa previsão legal é que alguns juristas e doutrinadores, dentre eles José Carlos Vasconcellos dos Reis, defendem que as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ nas vias extraordinária e especial passaram a ser dotadas de uma eficácia correspondente ao efeito vinculante, uma vez que, os fundamentos determinantes transcendem o caso concreto e passam informar situações paralelas, a símile do que ocorre no sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Segundo o supracitado doutrinador<sup>183</sup>:

Em suma, o art. 543-B do CPC – e sua regulamentação no RISTF – veio colocar no Direito Positivo a tendência doutrinária e jurisprudencial de estender aos efeitos da decisão do STF em recurso extraordinário (controle difuso e concreto de constitucionalidade) a mesma força vinculante das decisões em controle direto e abstrato de constitucionalidade (no qual não há caso concreto sendo julgado e a decisão do STF acerca da (in)constitucionalidade da lei vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública)

Segundo Clarissa Teixeira<sup>184</sup>

O efeito transcendente da decisão proferida no recurso paradigma no caso de recursos extraordinários múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia aproxima ainda mais os controle concreto e abstrato. Com a repercussão geral, o STF só precisará se pronunciar uma única vez sobre a questão constitucional presente em recursos múltiplos de matéria idêntica. Qualquer que seja a decisão, quanto à repercussão geral ou quanto ao mérito depois de

<sup>182</sup>CABRAL, Antonio Passo do. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**, São Paulo: n.º 147, 2007. p. 129 e 130.

<sup>183</sup>REIS. Op. cit., p. 75.

<sup>184</sup>PAIVA. Op. Cit., p. 22

admitido o recurso, os tribunais e turmas recursais ficam vinculados à decisão do STF, devendo respeitar os seus fundamentos determinantes.

Com isso, os mecanismos criados pelo CPC restringem o acesso ao STF, que, quando permitido, demanda um único pronunciamento de forma definitiva, tal como ocorre no julgamento das ações de controle abstrato.

A repercussão geral aproxima o controle concreto do controle abstrato na medida em que introduz elementos do processo objetivo no trâmite do recurso extraordinário. A primeira mudança diz respeito à própria exigência da demonstração de que a questão constitucional suscitada é relevante e transcendente ao interesse das partes, o que é uma característica do controle abstrato. Outra inovação é a existência de efeito vinculante em relação a todas as decisões proferidas nos recursos extraordinários desde a existência ou não de repercussão geral até a decisão de mérito. No caso de não ser reconhecida a repercussão geral de uma determinada matéria, todos os tribunais inferiores tem a obrigação de não admitir o recurso já na origem. Caso verificada a existência de repercussão geral, a decisão de mérito também é vinculante na medida em que todos os tribunais terão que adequar seus entendimentos à jurisprudência do STF.

O objetivo é fazer com o STF se pronuncie uma única vez sobre cada questão constitucional, assim como ocorre no controle abstrato. Se uma determinada regra for declarada inconstitucional pelo STF no julgamento de um recurso extraordinário, o mesmo entendimento deverá ser adotado em todos os casos semelhantes que envolvam a aplicação da referida regra ao caso concreto. Essas alterações arriscam afirmações de que o recurso extraordinário teria sido transformado em instrumento do controle concentrado, tamanhas as semelhanças em relação aos efeitos provocados pelas decisões proferidas em recurso extraordinário e em ADI, ADC etc.

Logo, pode-se observar que o Código de Processo Civil vigente possui normas que de certa maneira conferem efeito vinculante às decisões dos Tribunais, como a regra do dispositivo art. 557, do CPC, além da própria sistemática dos recursos especiais repetitivos e da repercussão geral nos recursos extraordinários. Além de que, as normas relativas à coisa julgada constantes nos arts. 469, I, e 472, do Código de Processo Civil, não cofiguram óbice legal à aplicação da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

## CONCLUSÃO

Sem adentrar na discussão quanto à legitimidade da adoção da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes da decisão pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso e concreto de constitucionalidade, mas apenas analisando a Teoria à luz da sistemática processual cível e das normas processuais relativas à coisa julgada, que é o enfoque deste trabalho, após examinar o sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro, o instituto da coisa julgada, e a própria Teoria da Transcendência, pode-se entender que, diferentemente do que alguns afirmam a Teoria não estende os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, essa sequer é sua característica.

Tal entendimento justifica-se com base na concepção de que a atribuição do efeito vinculante, previsto pelo §2º, do art. 102, da Constituição Federal, à fundamentação das decisões da Suprema Corte em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade, não é instituto idêntico ao da coisa julgada, por essa razão é que os dispositivos legais arts. 469, I, e 472, ambos do Código de Processo Civil, não são relativos à Teoria, portanto, não há que se falar em violação à disciplina da coisa julgada, uma vez que, a Teoria da Transcendência atribui efeito vinculante e *erga omnes* à *ratio decidendi* das decisões de controle de constitucionalidade.

Consoante sustentado no presente trabalho, a adoção da coisa julgada pelo legislador processual é uma decisão política que visa conferir definitividade e certeza do direito, com a finalidade de garantir segurança jurídica, e conseqüentemente, de evitar que as demandas se prolonguem indefinidamente no tempo. Ademais, o efeito vinculante tem autonomia semântica própria em relação aos aspectos alusivos à coisa julgada e à eficácia *erga omnes*, além de que, as razões que levaram o constituinte derivado a introduzir o efeito vinculante levam ao acatamento da tese da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes, pensar de forma contrária é ignorar a própria racionalidade do processo legislativo constitucional.

Na justificativa para a inclusão do §2º, do art. 102, da CF/88, que prevê o efeito vinculante às decisões em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade, foi de que, a declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua realização, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada, como a eficácia *erga omnes*, não obteriam êxito em evitar esse fato. Outra razão apontada pelo constituinte para a emenda à Constituição foi de que, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes da decisão da Suprema Corte, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Essa consequência é

semelhante às chamadas normas paralelas, assim, se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei de um determinado Estado da Federação, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante em outro estado-membro.

Logo, a introdução do efeito vinculante no processo constitucional brasileiro teve por objetivo tornar obrigatória parte diversa do dispositivo da decisão do STF em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, já que, o seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* do julgado. Desse modo, a introdução do efeito vinculante a sistemática do controle de constitucionalidade, reforçou a autoridade da decisão da Suprema Corte, mediante imposição de obediência à *ratio decidendi* que a presidiu, uma vez que, o efeito vinculante tem como efeito normativo necessário a proibição da reiteração do comportamento julgado inconstitucional pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelo Poder Público, além da obrigação de eliminar os atos restantes que apresentem o mesmo vício apontado pelo STF.

Não obstante, observa-se que a vinculação dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública aos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, privilegia a estabilidade das relações sociais e políticas, além do mais, ela confere a jurisdição constitucional o poder de eliminar eventuais divergências hermenêuticas do ordenamento jurídico nacional, realizando os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição.

Ressalta-se, ainda, que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus papéis tornar previsível ou presumível, antecipadamente, a atuação do Poder Público. Consequentemente, deve observar ao princípio da segurança jurídica, além de instituir mecanismos que obstem a perpetuação de controvérsias interpretativas sobre a Constituição, como o efeito vinculante, para que se possa unificar a interpretação do Texto Constitucional. Até mesmo porque, a manutenção de atos baseados em exegese constitucional divergente da firmada pelo órgão responsável por salvaguardar a Carta Magna contribui para a instabilidade e insegurança da ordem político-constitucional.

Assim, a atribuição do efeito vinculante aos motivos que fundamentam a decisão da Suprema Corte, característica da Teoria da Transcendência, seja no sistema concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja no modelo difuso ou concreto de constitucionalidade, além de não violar as normas concernentes à coisa julgada previstas pelo legislador infraconstitucional no Código de Processo Civil, em específico nos art.s 469, I, e 472, está em conformidade com o sistema processual e com a ordem constitucional pátria.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. Procedimento comum: ordinário e sumário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do Poder Público na terceirização**. Disponível em: <<http://www.amatra2.org.br/portal/arquivos/sumula331-inconst.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 4/DF. Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da lei n.9.494, DE 10.09.1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Medida Cautelar: cabimento e espécie, na A.D.C. Requisitos para sua concessão. Medida cautelar. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. *DJ* de 21-05-1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1880/SP. Questão de ordem. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99: Constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa. Agravo Regimental. Reclamante: Município de Turmalina. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 06 de novembro de 2002. *DJ* de 19-03-2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.540-4. Agravo Regimental. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ* de 23-5-1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n33/PA. Arguente: Governo do Estado do Pará, Arguido: Instituto do Desenvolvimento Econômico-social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 07 de dezembro de 2005. *DJ* 27-10-2006. p. 11 e 12.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987/DF. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. *DJ* 21-05-2004.

\_\_\_\_\_. Reclamação 2617/MG. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. Agravo Regimental. Agravante: Nunes Amaral Advogados. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 23 de fev. de 2005. *DJ* 20-05-2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2291-RJ. Reclamação. 2. Precatório trabalhista. Ordem cronológica. 3. Sequestro determinado pelo TRT da 1ª Região. 4. Pretendida cassação da ordem de sequestro. 5. Interpretação do art. 100, § 2º, em combinação com o art. 78, § 4º, do ADCT. 6. Violação ao conteúdo da decisão proferida na ADI 1662 (Rel. Min. Maurício Corrêa), em que o STF teria reconhecido que somente a hipótese de preterição no direito de precedência autoriza o sequestro de recursos públicos. 7. Ausência de prova constitutiva do direito alegado. Ônus da prova ao reclamante. Art. 156 do RISTF e art. 13 da Lei 8.038/90. 8. Reclamação improcedente. Liminar cassada. Reclamante: Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de setembro de 2004. *DJ* 04.02.2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 354/DF. AGRAVO REGIMENTAL - RECLAMAÇÃO QUE BUSCA GARANTIR A AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA EM PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DO NÃO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO TOMADA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DADA A NATUREZA EMINENTEMENTE OBJETIVA DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES DA CORTE. Agravo Regimental. Agravante: Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Agravado: Órgão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de maio de 1991. *DJ* de 28-6-1991.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 399/PE. RECLAMAÇÃO: HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE E PROCEDENCIA PARA SALVAGUARDA DA AUTORIDADE DE DECISÃO CAUTELAR OU DEFINITIVA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL ADMITE A RECLAMAÇÃO PARA ASSEGURAR A AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES POSITIVAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUANDO O MESMO ÓRGÃO DE QUE EMANARA A NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PERSISTE NA PRÁTICA DE ATOS CONCRETOS QUE LHE PRESSUPORIAM A VALIDADE (CF. RECLS. 389, 390 E 393). NO CASO, DADO QUE A MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA TEM EFICÁCIA EX NUNC, O SEU

DEFERIMENTO NÃO AFETOU A DO ATO CONCRETO ANTERIOR, EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO SE CONHECEU DA AÇÃO DIRETA: DA DECISÃO LIMINAR PARA FRENTE, NO ENTANTO, O EFEITO UTIL DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA RESOLUÇÃO IMPUGNADA FOI PRECISAMENTE O DE IMPEDIR QUE SE CONTINUASSEM A PRATICAR ATOS CONCRETOS DERIVADOS DO SEU CONTEUDO NORMATIVO. Reclamante: Procurador Geral da República. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de outubro de 1993. *DJ* de 24-3-1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. Reclamante: Ministério Público Estadual. Reclamados: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 06 de junho de 2002. *DJ* 07-05-2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 298.694/SP. I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. Requerente: Município de São Paulo. Requeridos: Edna Maria Locatelli e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de agosto de 2003. *DJ* 23-04-2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em

evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Impetrante: Oseas de Campos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. DJ 01-09-2006.

BRUM, Bruney Guimarães. Da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão e sua correlação com o princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18, n. 72, jul./set. 2010.

CABRAL, Antonio Passo do. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. In: Revista de Processo, São Paulo: n.º 147, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. Campinas: Bookseller, 2000.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podvm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Notas sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum***. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/material/fredie/int\\_pcivil\\_ratio\\_22\\_11.pdf](http://www.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf)>. Acesso em nov. 2013.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**. n.º 220, p. 2, abr./jun. 2000.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 34, mar./abr., 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.  
\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey: 2005.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo:

Saraiva, 2013

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. De 2004. p. 154. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em nov. 2013.

MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes das Decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade: os limites da coisa julgada e o enunciado de súmula vinculante. **Revista de Processo**. Ano 36, vol. 199, p. 309, set. 2011.

NETTO RODRIGUES, Nelson. **Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo**. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 34, jan/2006, p. 91-113

NEVES, Celso. **A coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 443.

PAIVA, Clarissa Teixeira. A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade. **Revista Virtual da AGU**. Ano VIII. n. 80. set. 2008. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79751&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79751&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em jan. de 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. In: **Desafios do Neoconstitucionalismo** – Aplicação das normas constitucionais e a tensão entre a justiça e a segurança. Neoconstitucionalismo. Regina Quaresma (coord.). Maria Lúcia de Paula Oliveira. Falei Martins Riccio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense: 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, vol 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limitas da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em maio 2014.

THEODORO JUNIOR. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. vol. 1. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_; CORDEIRO, Juliana. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle in NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.148.