

André Dias Fernandes

Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC

Efeito Vinculante, Coisa Julgada
Erga Omnes e Eficácia *Erga Omnes*

2^a revista
Edição atualizada
ampliada

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário • 1.1. Conceito de inconstitucionalidade: 1.1.1. Dos elementos da inconstitucionalidade – 1.2. Espécies de inconstitucionalidade (normativa, não normativa, por ação, por omissão, formal, material, originária, superveniente, total, parcial, direta e indireta) – 1.3. Conceito, objeto e parâmetro do controle de constitucionalidade: 1.3.1. Bloco de constitucionalidade – 1.4. Natureza do controle de constitucionalidade – 1.5. Os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade: 1.5.1. Classificação: 1.5.1.1. Momento a partir do qual podem ser ajuizadas a ADIn e a ADC – 1.6. Semelhanças e dissimilaridades entre o controle abstrato e o concreto: 1.6.1. Normas passíveis de controle abstrato de constitucionalidade; 1.6.2. Ofensa direta e ofensa indireta à Constituição; 1.6.3. Condições da ação e pressupostos processuais: 1.6.3.1. Legitimados à propositura de ADIn e ADC: 1.6.3.1.1. Pertinência temática ou objetiva; 1.6.3.2. Representação processual e capacidade postulatória; 1.6.3.3. Impedimento e suspeição; 1.6.3.4. Carência originária e superveniente do direito de ação; 1.6.4. O pedido na ADIn e na ADC: 1.6.4.1. O pedido de medida cautelar na ADIn e na ADC

1.1. CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

1.1.1. Dos elementos da inconstitucionalidade

Como já tivemos oportunidade de sustentar alhures¹, “a *inconstitucionalidade* é uma **relação**: uma *relação de incompatibilidade* com uma Constituição eleita como parâmetro de confronto. Essa é a sua natureza jurídica,

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

assim como a *constitucionalidade* tem a natureza jurídica de uma *relação de compatibilidade*.²

Na expressão de JORGE MIRANDA³:

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

Essa relação de compatibilidade ou de incompatibilidade com a Constituição pode dar-se não só entre uma norma e a Constituição, mas, por igual, entre *qualquer ato (normativo ou não normativo, comissivo ou omissivo)*⁴ ou *situação* e a Constituição eleita como parâmetro de contraste.

Pode ocorrer ainda entre *qualquer Constituição eleita como parâmetro de confronto* (incluindo as Constituições não mais vigentes⁵ e as estrangeiras) e

-
2. No mesmo sentido: ADIn nº 595. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. DJU: 26.02.2002. Informativo nº 258 do STF, “transcrições”.
 3. *Manual de direito constitucional*: Constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, t. II, pp. 310-311.
 4. Nesse mesmo sentido: “Comete-se inconstitucionalidade não apenas editando *normas* incompatíveis com a Constituição, mas também por atos ou omissões a ela contrários. [...] É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as ‘inconstitucionalidades’ podem derivar do comportamento *de vários agentes* e ser perpetradas por *diversos modos*. Inconstitucional será o ato ou a omissão *do particular* não compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão *do administrador público*, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato *do juiz* que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 13-14.)
 5. Exemplificativamente: um ato normativo qualquer pode ser contrário à Constituição de 1946, e, portanto, inconstitucional em face da referida Constituição *ainda hoje*, apesar da substituição desta pelas Constituições subseqüentes. Contudo, essa inconstitucionalidade só será juridicamente relevante se o ato normativo houver sido editado durante o período de vigência daquela Constituição. Se lhe for posterior, *em princípio*, não será juridicamente relevante, em razão da regra *tempus regit actum*. (Asseverou-se “em princípio” porque o ato normativo poderia ter eficácia retroativa e a Constituição vigente à época de sua edição e poderia permitir a retroação desses efeitos, hipótese em que o exame da constitucionalidade do ato seria feito à luz da Constituição substituída.)

qualquer ato (incluindo os revogados, os estrangeiros e os já exauridos⁶) ou situação. No entanto, essa relação de compatibilidade ou de incompatibilidade só será *juridicamente relevante* se ocorrer entre uma Constituição *vigente* e atos ou situações *a ela sujeitos, tanto temporal, como espacialmente*. Só nessas condições é que será possível a existência de um *controle* sobre a sua constitucionalidade.

São, portanto, *elementos constitutivos da inconstitucionalidade*:

(a) uma Constituição eleita como parâmetro de confronto; (b) um ato (normativo ou não normativo, comissivo ou omissivo) ou situação; e (c) a desconformidade entre os dois elementos anteriores.

São *elementos da inconstitucionalidade juridicamente relevante*:

(a) uma Constituição *vigente* eleita como parâmetro de confronto; (b) um ato (normativo ou não normativo, comissivo ou omissivo) ou situação *sujeitos, temporal e espacialmente, à Constituição-parâmetro*⁷; e (c) a desconformidade entre os dois elementos anteriores.

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

Em determinados ordenamentos, a norma inconstitucional não é reputada inválida enquanto não se lhe declare judicialmente a invalidade, com efeitos *ex nunc*; nesse caso, a norma, apesar de inconstitucional, só passa a ser inválida após a decisão judicial (que tem natureza *constitutiva negativa*, e não meramente declaratória), sendo preservados integralmente os efeitos produzidos entre a data de sua entrada em vigor e a data em que passar a produzir efeitos a decisão judicial desconstitutiva⁸.

6. Nesse sentido doutrina, corretamente, JORGE MIRANDA (*Manual...*, p. 341).

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

8. É o sistema austríaco. Confira-se o teor do art. 140.5 da Constituição da Áustria: “**Article 140. [...] (5)** The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to Paragraph (4) above. *The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.*” (Disponível em: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>>. Acesso em: 26.02.2007.) No sistema austríaco, de inspiração kelseniana, a lei não é considerada *inválida* mas eficaz até a decisão da Corte Constitucional: a lei é considerada *válida* e eficaz até a decisão da Corte. É a decisão da Corte que *invalida* a lei. Até porque

Noutros, como o ordenamento jurídico brasileiro atual, a norma constitucional é tida por inválida desde o momento em que se verificou a inconstitucionalidade, constituindo, *por via de regra*⁹, *fenômenos inseparáveis a inconstitucionalidade e a invalidade*; nesse caso, a decisão judicial tem natureza *meramente declaratória*, produzindo, em princípio, efeitos *ex tunc*.

Às vezes, apesar da gravidade da inconstitucionalidade, a invalidade pode não importar sequer em *nulidade relativa*: é o caso da inconstitucionalidade por omissão absoluta no direito brasileiro atual. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) quanto à edição de lei, conquanto o STF declare a existência de uma *inconstitucionalidade* por omissão absoluta, e, por conseguinte, de uma invalidade por omissão (= desconformidade com o ordenamento jurídico), *não há declaração de nulidade* como na ADIn por ação: a consequência jurídica da declaração da inconstitucionalidade consiste, em regra, na *mera ciência ao Poder competente de que está em mora*.¹⁰ Se a lei

o conceito de invalidade no direito austríaco é inspirado na doutrina kelseniana que define validade da norma como a sua *pertença ao ordenamento jurídico*: a norma só é inválida depois de expulsa do ordenamento jurídico. Essa eliminação pode ser operada pela Corte Constitucional, que atua como “legislador negativo”. Diferentemente, no direito brasileiro, há casos excepcionais em que a norma inconstitucional é *inválida* mas *eficaz* até a declaração judicial. Assim, no nosso sistema, *em regra*, tal questão se resolve no plano da *eficácia*, e não no da existência, nem no da validade: a norma inconstitucional é *inválida, nula* (jamais anulável), mas, excepcionalmente, pode ser *eficaz* (teoria da *paraeficácia* do ato nulo); *excepcionalmente*, quando ausentes os elementos mínimos exigidos pela própria CF-88 à existência jurídica da norma, a “norma” inconstitucional pode ser *juridicamente inexistente* (nesse caso, a questão se resolve já no plano da *existência*, e não no da validade ou da eficácia, pois não há falar em “invalidade” ou em “ineficácia” de uma “norma” que nem sequer existe juridicamente).

9. Há exceções. Conforme retromencionado, a inconstitucionalidade pode acarretar a própria inexistência jurídica da “norma”, e, em assim sendo, não se pode afirmar que tal “norma” seja inválida, porque só se pode *qualificar juridicamente* (plano da validade) o que *existe juridicamente* (plano da existência).
10. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (processo de controle abstrato), não há previsão constitucional, nem legal, de colmatação provisória da omissão normativa pelo próprio STF, à diferença do que sucede com o mandado de injunção (art. 8º da Lei 13.300/2016). Dessarte, nos moldes da CF-88 e da Lei 9.868-99, em relação ao Poder Legislativo, a decisão na ação direta de inconstitucionalidade não tem eficácia mandamental, mas simplesmente declaratória. Entretanto, como exemplo de exceção a essa regra, tem-se a decisão na ADO 25, acerca de prejuízos advindos de desoneração do ICMS em exportações. Cuida-se de arrojada *decisão manipulativa substitutiva* “*de revisão constitucional*”, que não se limitou a cientificar o Congresso da sua mora em editar a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT da CF-88, mas fixou prazo de 12 meses para que o Congresso a editasse, findo o qual competiria ao TCU, **enquanto não for editada a lei complementar: “a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal**

não foi editada (omissão absoluta), não pode ser tachada de nula, pois nem sequer existe; a omissão em si mesma também não pode ser qualificada de “nula”.¹¹ Portanto, ainda que se reconheçam efeitos outros (além da mera ciência da mora) à declaração do STF de inconstitucionalidade por omissão, esses efeitos não consistem na sanção de nulidade. Destarte, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, a nulidade absoluta, *em regra*, não é sanção cominada ao *vício* da inconstitucionalidade *por omissão*.

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

Assevera o primeiro¹²:

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

realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.” (ADO 25, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016, DJe-182 18-08-2017.) Denominam-se “decisões manipulativas” aquelas em que o órgão jurisdicional que as profere atua na qualidade de legislador *positivo*, e não de legislador meramente negativo (à moda kelseniana), inovando a ordem jurídica de maneira significativa. A decisão na ADO 25 constitui decisão manipulativa “*substitutiva*”, porque a norma constitucional provisória prevista no § 3º do art. 91 do ADCT foi *substituída* por uma norma provisória elaborada pelo próprio STF. Ademais, cuida-se de decisão manipulativa “de revisão constitucional” porque a norma substituída é uma norma constitucional, e não uma norma meramente infraconstitucional. Dessarte, tal decisão manipulativa suprime o conteúdo de uma parcela da própria Constituição (§ 3º do art. 91 do ADCT), substituindo-o por um conteúdo normativo criado pelo próprio STF. Sobre o fascinante tema das decisões manipulativas, cada vez mais frequentes na jurisprudência do STF, e, em especial, sobre a decisão na ADO 25, conferir a nossa obra: FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 162-170.

11. “Da simples leitura do texto decorre que a inconstitucionalidade por omissão não se coaduna com a sanção de nulidade. Nulidade do que não se fez? Também não com o caráter declaratório da ação de inconstitucionalidade, pelo menos no caso da omissão de providência administrativa. Tem nesta hipótese evidente e inofismável caráter mandamental.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 224.) Entretanto, “no que respeita às omissões **relativas**, se se adotar a tese de que *há uma norma implícita de exclusão* (inconstitucional) de determinados sujeitos, situações ou objetos, violadora do princípio da igualdade, seria possível afirmar que da inconstitucionalidade dessa norma implícita de exclusão decorreria a sua nulidade, sanção esta aplicada a fim de negar-lhe a produção de efeitos válidos.” (FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35.)
12. *Manual...*, p. 337.

Apregoa o segundo¹³:

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

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

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

E mais ao diante continua o Professor lisbonense¹⁴, criticando, sem razão, o Tribunal Constitucional por aludir à inconstitucionalidade como um *vício*:

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

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

Por exemplo, o Tribunal Constitucional português no seu Acórdão n.º 268/88, aludiu a um critério de consunção de vícios, para então justificar que uma lei tida simultaneamente como inconstitucional e ilegal fosse julgada em sede de inconstitucionalidade, *pelo facto de se tratar do ‘vício’ mais grave. Na verdade e em bom rigor, não se tratava de um vício*, mas da natureza do parâmetro normativo ofendido, o qual poderia ser ou a Constituição, ou uma lei qualificada [...].

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

Todavia, a nosso ver, o raciocínio segundo o qual a inconstitucionalidade *não seria um vício*, conquanto *derivasse de um vício* que macula o comportamento do órgão de poder, incorre numa petição de princípio. Sucede que o ato só pode ser considerado um *vício maculador* do comportamento do órgão de poder *se for inconstitucional*: só após analisar se o ato contraria a Constituição (= é inconstitucional) é que se pode qualificá-lo como um *vício* em concreto, um *defeito* concreto, uma *falha* concreta. O fato de o ato concreto *ser inconstitucional* é que o torna um *vício*, e não o contrário. É a

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

14. *Justiça constitucional...*, p. 136.

inconstitucionalidade que torna o ato *defeituoso*. O ato é defeituoso porque é inconstitucional, *porque é portador do vício supremo da inconstitucionalidade*. Sem inconstitucionalidade não há vício, não há defeito. Exemplo: um ato normativo editado em desobediência ao *quorum* constitucionalmente estatuído é portador de um vício de inconstitucionalidade. A desobediência ao *quorum* é um *fato concreto* que torna o *ato normativo* inconstitucional. A desobediência ao *quorum* (fato concreto) só pode ser considerada um vício, um defeito, porque é *em si mesma* inconstitucional (desconforme com a Constituição).

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

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

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

1.2. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE (NORMATIVA, NÃO NORMATIVA, POR AÇÃO, POR OMISSÃO, FORMAL, MATERIAL, ORIGINÁRIA, SUPERVENIENTE, TOTAL, PARCIAL, DIRETA E INDIRETA)

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

A inconstitucionalidade normativa compreende não só as leis, mas toda e qualquer *norma jurídica* (constitucional¹⁵ ou infraconstitucional), nacional (federal, estadual, distrital, municipal) ou internacional.

15. É o caso das Emendas Constitucionais e das normas *originárias* de Constituições diversas (o fenômeno da recepção de normas constitucionais pretéritas pela nova Constituição, *sem* a perda do nível constitucional, é raro, mas não impossível, bastando que a nova Constituição ressalve expressamente a vigência da norma constitucional pretérita, a qual poderá entrar posteriormente

O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Sumário • 3.1. Suspensão da execução de lei e revogação – 3.2. Natureza jurídica da resolução senatorial – 3.3. Competência discricionária e competência vinculada – 3.4. Eficácia retroativa e eficácia prospectiva – 3.5. “Efeito repristinatório” ou não da resolução – 3.6. Revogabilidade ou não da resolução suspensiva – 3.7. Desnecessidade de comunicação formal ao Senado – 3.8. Mutações jurisprudenciais – 3.9. Controle da constitucionalidade da resolução – 3.10. Posição hierárquico-normativa da resolução – 3.11. Normas passíveis de suspensão pelo Senado – 3.12. Súmula vinculante e decisão em repercussão geral: utilidade da resolução – 3.13. “Abstratização” do controle incidental exercido pelo STF – 3.14. Síntese

Intensas polêmicas se travaram no passado acerca da real natureza da suspensão de execução, pelo Senado, de *leis* declaradas inconstitucionais, no todo ou em parte, por decisões definitivas de mérito do STF (CF-88, art. 52, X). Desde 1977, o STF entende que ela só é necessária no controle *incidental* efetuado pelo próprio STF, sendo despicienda no controle *abstrato*¹, o que

1. Essa orientação é aplicável também aos Recursos Extraordinários interpostos contra acórdãos dos Tribunais de Justiça que julgam representação de inconstitucionalidade (equivalente a uma ADIn no âmbito estadual, em face da Constituição Estadual), prevista no art. 125, § 2º, da CF-88: “§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.” À guisa de exemplo, nos termos do Parecer 747/2016, o Senado arquivou o Ofício “S” nº 50/2014 do STF por se tratar de controle abstrato, pois o RE 527109 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, julgado em 09/04/2014) fora interposto contra acórdão do TJMG proferido em representação de inconstitucionalidade (controle abstrato no âmbito estadual). Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não ocorreu incidentalmente (*incidenter tantum*), mas a título principal (*principaliter*), tendo o STF provido o RE para julgar procedente o pedido deduzido na ação ajuizada perante o TJMG. O mesmo sucedeu com o Ofício “S” nº 82/2015 do STF, alusivo ao acórdão proferido no RE 658026, com repercussão geral (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, julgado em 09/04/2014), arquivado nos termos do Parecer (SF) 3/2017. Cf. ainda: Ofício “S” nº 21/2014 do STF, arquivado nos termos do Parecer 543/2016. Como se vê, é possível, excepcionalmente, haver controle *abstrato* de constitucionalidade pelo STF por meio de RE, e, nessa hipótese, não há necessidade de suspensão pelo Senado da norma declarada inconstitucional pelo STF no RE, uma vez que o acórdão do STF já disporá de eficácia *erga omnes*, pois substitui o

indubitavelmente procede, visto como a declaração judicial de nulidade *in thesi* gera os *mesmos efeitos* (inclusive os *retroativos*) produzidos pela suspensão da eficácia da lei pelo Senado.

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

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

acórdão do TJ na representação de inconstitucionalidade inclusivamente no que concerne à eficácia *erga omnes* que este possui. Portanto, nem toda declaração de inconstitucionalidade pelo STF em RE rende ensejo à suspensão da norma pelo Senado.

ato revogável pelo Senado ou de ato definitivo? Seria necessária a *comunicação* do STF para que o Senado pudesse expedir a resolução?

Analisemo-las a uma e uma.

3.1. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LEI E REVOGAÇÃO

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

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

Relembrem-se ainda as “condições suspensivas” de que trata o Código Civil atual, com a mesma redação que passou pelo crivo abalizadoíssimo de RUI BARBOSA ao corrigir a redação do Código Civil de 1916². Enquanto não verificadas, a eficácia do ato fica *suspensa*. Ocorre que, *realizáveis* embora, *podem nunca vir a realizar-se concretamente*, hipótese em que a eficácia do ato ficará *definitivamente (por todo o sempre) suspensa*. Esse exemplo patenteia, com o adminículo do mais bem redigido de nossos Códigos já editados, que a suspensão não é *obrigatoriamente* transiente, passageira, por isso que pode ser *definitiva*.

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

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

Sumário • 4.1. A natureza objetiva do processo constitucional e suas implicações: 4.1.1. É possível um processo sem partes?; 4.1.2. A eficácia *erga omnes* como decorrência da natureza objetiva do processo constitucional; 4.1.3. O efeito vinculante como decorrência da opção do legislador constituinte; 4.1.4. Distinção entre coisa julgada *erga omnes*, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante: 4.1.4.1. Diferença quanto à técnica processual; 4.1.4.2. A súmula vinculante; 4.1.5. Da cláusula *rebus sic stantibus* implícita na coisa julgada *erga omnes*, na eficácia *erga omnes* e no efeito vinculante; 4.1.6. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada *erga omnes*: 4.1.6.1. Limites objetivos: 4.1.6.1.1. Vinculação de todos à parte dispositiva do acórdão definitivo; 4.1.6.2. Limites subjetivos: 4.1.6.2.1. Autovinculação do STF à coisa julgada *erga omnes*; 4.1.7. Limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante: 4.1.7.1. Limites objetivos: 4.1.7.1.1. Efeito vinculante: vinculação aos motivos determinantes (“tragende Gründe”) ou à parte dispositiva da decisão?; 4.1.7.2. Limites subjetivos: 4.1.7.2.1. Inexistência de autovinculação do STF; 4.1.7.2.2. Inexistência de vinculação do Poder Legislativo – 4.2. O denominado “efeito repristinatório” e o efeito vinculante: 4.2.1. O “efeito repristinatório” injusto ou indesejado: 4.2.1.1. Da necessidade de cumulação de pedidos e seus inconvenientes; 4.2.2. Relações entre o “efeito repristinatório” e o efeito vinculante – 4.3. A impossibilidade de renovação de prazos decadenciais e prescricionais já exauridos em virtude da decisão do STF: 4.3.1. Declaração de inconstitucionalidade e repetição de indébito tributário; 4.3.2. A (in)constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, do CPC-73 e dos arts. 525, §§ 12 e 15, e 535, §§ 5º e 8º, do CPC-2015 – 4.4. A manipulação dos efeitos da decisão definitiva de mérito em ADIn e ADC – 4.4.1. Limites à modulação: a sanção de nulidade como norma-regra

4.1. A NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES

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

4.1.1. É possível um processo sem partes?

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

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

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

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

No processo objetivo há uma pessoa (física ou jurídica) ou um órgão dotado de personalidade judiciária que *deduz uma pretensão* (parte autora, legitimado ativo, requerente) e uma pessoa (física ou jurídica) ou um órgão dotado de personalidade judiciária *contra quem essa pretensão é deduzida* (parte ré, legitimado passivo, requerido), pessoas e órgãos estes que são verdadeiros *sujeitos processuais*, com *direitos e deveres processuais*¹ (arts. 77 *et seqq.* do CPC-2015, aplicáveis subsidiariamente, no que couber).

É verdade que, em razão da natureza objetiva do processo, a *pretensão é objetiva*, e não subjetiva, mas nem por isso deixa de configurar uma *pretensão*. É verdade que no processo objetivo não existe uma *lide subjetiva*, mas nele existe uma *lide objetiva*², que nem por isso deixa de constituir uma

1. Analisando a jurisprudência da *Corte costituzionale*, em monografia específica sobre as partes e o processo na jurisdição constitucional, conclui MARILISA D'AMICO: “Per concludere, anche un’analisi della giurisprudenza costituzionale porta ad una duplice negazione delle tesi estreme sostenute in dottrina: le parti del proceso *costituzionale non sono le stesse parti del processo a quo* (= non fanno valere nel processo costituzionale gli stessi interessi del processo *a quo*); il processo costituzionale *non è un processo ‘senza parti’* (= la Corte deve tenere conto della posizione di questi soggetti per la regolare instaurazione del proprio giudizio).” (D’AMICO, Marilisa. *Parti e processo nella Giustizia Costituzionale*: studio introduttivo. Torino: G. Giappichelli editore, [s. d.], pp. 322-323.) (Grifos do original.) Mais adiante, sustenta que “la posizione delle parti caratterizza il procedimento *in senso processuale* nel senso che ad esse vengono comunque assegnate determinate garanzie.” (*Op. cit.*, p. 333.)
2. Na ADIn, a lide objetiva se evidencia com a mera propositura da ação, que visa à declaração da inconstitucionalidade da norma, invertendo a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e atos normativos. Na ADC, exigem a Lei nº 9.868-99 e a jurisprudência do

*lide*³. É igualmente verdadeiro que o legitimado passivo não é o único a suportar os efeitos da decisão sobre a pretensão objetiva deduzida, mas toda a sociedade, mas nem por isso deixa de ser *legitimado passivo*: o *substituto processual* (seja como *parte autora*, seja como *parte ré*⁴), no regime do CPC-2015 (art. 18), defende em nome próprio direito alheio; mas nem por isso o *substituído* deixa de suportar os efeitos da decisão proferida no processo em que não figura como *parte processual*.

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

Não se deve olvidar que em alguns processos⁵, como o de *separação consensual*, a ação não é proposta por um *autor contra* um *réu*: tanto o marido como a mulher são *autores*, ajuizando conjuntamente a ação de separação consensual. Mas ambos são *partes no sentido técnico-processual*. Exemplos semelhantes não faltariam. Ora bem, se a noção de *parte em sentido técnico-processual* sobrevive a tantas e tamanhas variações no âmbito dos processos *subjetivos*, por que não sobreviveria às especificidades da noção de processo *objetivo*?

É de salientar, por derradeiro, que, *na praxis do STF*, se usa chamar o autor da ação de *requerido* e de *requeridos* os órgãos e/ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, e frequentemente se

STF sobre o tema a demonstração de *controvérsia judicial relevante* sobre a constitucionalidade da norma para que fique caracterizada a existência de uma *lide* objetiva gerante de interesse processual *abstrato* de agir.

3. Nessa linha, cf.: GORDO, Alfonso Pérez. *El tribunal...*, pp. 47-48.
4. Há objeções doutrinárias à possibilidade de substituição processual no polo passivo. Todavia, reputamo-la perfeitamente admissível, pois, do contrário, como se poderia explicar, *u.g.*, a posição processual do sindicato na ação rescisória de ação coletiva proposta pelo mesmo sindicato na condição de substituto processual da categoria? E a posição do mesmo sindicato nos embargos à execução dessa ação coletiva por ele ajuizada como substituto processual da categoria (substituição processual ativa)? O mesmo se diga do substituto processual em ações individuais nas mesmas situações sobrealudidas (ação rescisória e embargos à execução), no regime do art. 6º do CPC-2015.
5. Até a entrada em vigor da Lei nº 11.441-2007, o processo de separação, ainda que consensual, qualificava-se como *processo necessário*, porque sem ele não seria possível a separação de direito. Tal Lei, ao incluir o art. 1124-A no CPC-73, alterou esse quadro, ao *permitir* a separação de direito *extrajudicial* nos casos e condições que especifica. O CPC-2015 manteve a possibilidade de separação e divórcio extrajudicial (arts. 731 e 733).

alude ao “polo passivo” e ao “polo ativo” da ação objetiva, bem como aos “legitimados passivos” da ação (em referência aos órgãos ou autoridades que editaram a norma).

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

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

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

“**Art. 102.** [...] § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, *produzirão eficácia contra todos* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

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

“**Art. 102.** [...] § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade** produzirão *eficácia contra todos* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (Redação dada pela EC 45-2004.)

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

De fato, se as decisões do STF produzissem efeito apenas entre as partes, ainda que a pretensão fosse apenas a declaração da (in)constitucionalidade da

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO LIMITAÇÃO AO EFEITO VINCULANTE E À EFICÁCIA *ERGA OMNES*

Sumário • 6.1. Casos em que o próprio STF relativizou o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*: 6.1.1. O caso da Rcl nº 1067; 6.1.2. O caso da ADIn nº 223 – 6.2. O caso da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública

Assim como as leis, a decisão do STF em ADIn ou ADC precisa ser *interpretada* para poder ser aplicada¹. A decisão do STF em ADIn ou ADC possui o *mesmo grau de generalidade e de abstração* da lei ou do ato normativo declarado constitucional/inconstitucional. Por conseguinte, a decisão do STF em ADIn ou ADC – incluindo-se o próprio texto que a exprime em

1. A interpretação é inerente ao ser humano: “onde está o homem, está a interpretação”. O homem percebe o mundo interpretando-o. Logo, a decisão do STF em ADIn ou ADC não pode, logicamente, ser imune à interpretação. E a inesgotabilidade do sentido é um dos fundamentos da hermenêutica. Sobre ser um imperativo lógico, a “interpretabilidade” da decisão do STF em ADIn ou ADC é condição necessária à própria sobrevivência daquela, porquanto é a *renovação* da interpretação que atualiza e vivifica a norma e a decisão proferida acerca dela. Nessa linha, pontifica, com absoluta propriedade, RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO: “Onde está o homem está a interpretação. Não adiantaria ali estar o Direito se não estivesse ele constantemente sendo interpretado, sendo submetido à apreensão do sentido que possa oferecer. Sem isso, é como se não estivesse lá. De fato, não o estaria. Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o *sendo* da interpretação, é paralisia, é estagnação. Não passa de algo virtual. Mera potencialidade. E assim perde a razão de ser. *A própria interpretação já feita é paralisia e estagnação*. Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural – *inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita* –, é sempre nova apreensão de sentido, é sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo. *Toda nova interpretação é uma interpretação nova*. Em decorrência, se se deseja dar vida vivente ao Direito, não se fale em Direito. Fale-se em interpretação dele. Esta é que se aplica à existência efetiva das relações convivenciais”. (*Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.) (Grifou-se.)

vernáculo –, necessita de *interpretação* tanto quanto as leis, interpretação esta que deve ser feita por meio de *métodos e critérios hermenêuticos* semelhantes.

Tal como as leis, a par dos critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.), a decisão do STF em ADIn ou ADC deve passar outrossim pelo crivo da proporcionalidade e da razoabilidade. De fato, assim como as leis podem, *em tese ou em casos concretos específicos*, desatender os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade, as decisões do STF em ADIn ou ADC também podem malferi-los *em tese* (v.g.: uma série de hipóteses de aplicação compreendidas na decisão, *abstratamente identificáveis*, revela-se desproporcional ou irrazoável) ou *em determinados casos concretos* (ou seja, quando a ofensa à proporcionalidade e/ou à razoabilidade só possa ser verificada examinando-se as peculiaridades do caso concreto).

Desconsiderar ou negar essa realidade, à sombra de uma pretensa infalibilidade jurisdicional – ainda que ficcional – ou em prol de uma fria coerência interna, concorre para que o sistema jurisdicional seja mais fechado, mais injusto, mais desumano, mais incoerente com seus fins, ou seja, contribui não para o seu aprimoramento, mas para sua degenerescência.

Portanto, *tal qual sucede com as leis*, tanto os critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.) como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade² podem ser utilizados

2. Tanto a *gênese normativa*, como a *real natureza* do princípio da proporcionalidade ainda são objeto de controvérsia doutrinária. De fato, para uns, tal princípio seria decorrência lógica do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF-88); para o STF e alguns doutrinadores, do princípio do devido processo legal considerado no seu sentido substantivo (*substantive due process of law*), cuja *sedes materiae* seria o art. 5º, LIV e LV, da CF-88; para outros, o princípio da proporcionalidade não derivaria de nenhum outro princípio constitucional. Nesse sentido, propugna WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, pioneiro no estudo do princípio da proporcionalidade no Brasil: “Não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio da proporcionalidade de um outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade [...], ou de algum(n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional [...]. Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º), com objetivos que na prática se conflitam (art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.” (*Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 84.) Quanto à real natureza do princípio da proporcionalidade, lavra controvérsia ainda maior. Para uns, ele não seria verdadeiramente um *princípio*, mas sim uma *máxima ou regra* (“máxima ou regra da proporcionalidade”), porque não se submete à ponderação, isto é, a máxima da proporcionalidade seria *sempre* aplicável para resolver as colisões entre outros princípios, de sorte que não haveria como ponderá-la em face de outros princípios para excluir a sua aplicação como meio de solução de colisões normativas. A adequação,

para *evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais, inequitativas*, de decisões do STF em ADIn e ADC.

Aliás, uma das missões mais sublimes do julgador é a de *amoldar* o comando genérico e abstrato da lei às situações concretas da vida. Com efeito, qualquer leguleio, e até mesmo um computador, é capaz de fazer uma operação simples de subsunção de uma situação fática a uma situação prevista normativamente, mas a complexidade da vida exige muito mais do julgador para que se alcancem a justiça e a paz social. Para atingir esse desiderato, o juiz, interpretando todo o sistema, pode usar dos métodos hermenêuticos para fazer *interpretações corretivas*³ e, quando o sentido da norma for de tal

a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito seriam assim *elementos* ou *máximas parciais*, e não *subprincípios*. É a posição de ROBERT ALEXY: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. **Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.**” (*Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimpressão. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002, p. 112.) Para outros, seria um *metaprincípio*, ou “princípio dos princípios” (WILLIS FILHO). Por fim, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA e EROS GRAU o classificam, respectivamente, como “*postulado normativo aplicativo*” e “*postulado normativo de interpretação/aplicação do direito*” (cf. seu voto-vista na ADIn 2591. Rel.: Min. EROS GRAU. DJU: 29.09.2006, p. 31). Para além disso, os característicos que o diferenciam do princípio da razoabilidade também são frequentemente confundidos ou simplesmente negados. Sem embargo disso tudo, o fato é que parece ser incontroverso o seu papel de relevante limitador da aplicação de normas injustas, desproporcionais, inequitativas e desarrazoadas.

3. A questão, em essência, não difere muito da referente à necessidade de aplicação da equidade como correção à generalidade da lei, versada magistralmente por ARISTÓTELES. Assim, da mesma forma que a generalidade da lei pode ser fonte de injustiças em casos peculiares, a generalidade e a abstração das decisões do STF em ADIn e ADC também podem produzi-las, se não forem temperadas pela aplicação da equidade: “O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que **toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares**. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, **quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta**. Por isso o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. **Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade**. É por isso que nem todas as coisas são determinadas

sorte inequívoco que impeça uma interpretação corretiva⁴, pode até mesmo *afastar sua aplicação ao caso concreto ou sua própria validade* com esteio nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁵.

6.1. CASOS EM QUE O PRÓPRIO STF RELATIVIZOU O EFEITO VINCULANTE E A EFICÁCIA *ERGA OMNES*

Assentada a premissa de que as decisões do STF em ADIn e ADC, dado o seu elevado grau de generalidade e abstração, equivalente ao da lei ou ato normativo por ela declarado constitucional ou inconstitucional, podem ser

pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad.: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 125.)

4. Porque há limites intransponíveis à interpretação corretiva, não se podendo pretender que a norma diga o contrário do que claramente disse, sob pena de configurar-se o chamado “estupro legal”. Verdade é que “interpretar um texto importa necessariamente em mudá-lo”, pois a linguagem humana é falha por natureza: o receptor sempre entende a mensagem à luz de suas próprias experiências de vida, de sua mundividência, e o próprio emissor da mensagem, passado algum tempo e com sua cosmovisão alterada pelas experiências vividas, também a compreenderá de forma diferente. Contudo, o intérprete não pode desviar-se do texto a ponto de distorcê-lo inteiramente: o texto sempre constituirá um limite, mais ou menos flexível, à sua própria interpretação.
5. O papel do princípio da razoabilidade como *harmonizador do geral com o individual* (dever de *equidade*) é bem delineado por HUMBERTO ÁVILA: “A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.) Em outra passagem, clarifica o seu pensamento: “Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso **se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária**. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. No caso analisado as condições de aplicação da regra foram satisfeitas. No caso a condição de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deve ser excluído de um mecanismo especial de pagamento de tributos quando efetuar uma importação, foi preenchida. Ainda assim a regra não foi aplicada: o contribuinte não foi excluído *naquele caso*. Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem **a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral**. [...] A razoabilidade atua na **interpretação** das regras **gerais** como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).” (*Teoria...*, p. 142.) (Grifou-se.)

interpretadas e até ter sua aplicação ao caso concreto afastada pelo juiz com base nos métodos hermenêuticos tradicionais e nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais dessas decisões em ADIn e ADC, cumpre analisar alguns casos em que o próprio STF, expressa ou tacitamente, *excepcionou* (ou relativizou) o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* dessas decisões.

6.1.1. O caso da Rcl nº 1067

No caso da Reclamação nº 1067, o STF manteve decisão de um juiz que deferira pedido de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública determinando o pagamento imediato de certa verba, em aparente afronta à decisão do STF na ADC nº 4, que as proibira, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Sucedo que se cuidava de uma parcela relativa à pensão devida a uma viúva idosa, suprimida pelo órgão previdenciário em desconformidade com jurisprudência sedimentada do STF a seu respeito em inúmeros casos concretos por este apreciados. O STF enfrentou o seguinte dilema: deveria garantir o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da sua decisão na ADC 4, que aparentemente estava sendo desrespeitada pela decisão antecipatória da tutela, ou deveria prestigiar a sua firme jurisprudência quanto à questão de fundo, observada pela decisão antecipatória da tutela, bem como a efetividade da prestação jurisdicional, já que a pensionista provavelmente já não estaria viva após o trânsito em julgado da sentença que lhe garantisse o direito à verba pleiteada?

Na oportunidade, o STF escolheu a segunda opção, firmando a seguinte diretriz: sempre que a decisão reclamada estivesse, no concernente à questão de fundo, em harmonia com a jurisprudência do próprio STF (*mesmo que desprovida de efeito vinculante e eficácia erga omnes*), aquela não deveria ser cassada, ainda que proferida em descompasso com a decisão da ADC nº 4. Essa orientação continua sendo reiteradamente aplicada no STF.⁶ Eis a ementa da Rcl-AgR 1067:

“1 – Tutela antecipada concedida para reconhecimento do direito da viúva do servidor à percepção da integralidade da pensão, com fundamento no art. 40,

6. Exemplo: “Ademais, existe jurisprudência assentada nesta Corte no sentido de que não viola o precedente firmado na ADC 4 o deferimento de tutela antecipada para determinar a incorporação à remuneração de servidor de parcela referente ao percentual relativo à diferença resultante da conversão do Cruzeiro Real para URV. Precedentes.” (Rcl 10051 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2017, DJe-047 13-03-2017.)