

André Dias Fernandes

Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC

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

4^a) revista
Edição atualizada
ampliada

2026

 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-lo dos elementos que lhe são estranhos, isto é, dos elementos *não constitutivos* do conceito de inconstitucionalidade.

1.1.1. Dos elementos da inconstitucionalidade

Como já tivemos oportunidade de sustentar 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, p. 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. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, t. II, p. 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, p. 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 fev. 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

CONSEQUÊNCIAS DA INCONSTITUCIONALIDADE E DE SUA DECLARAÇÃO JUDICIAL

Sumário • 2.1. Inexistência, nulidade e anulabilidade – 2.2. Da sanção de nulidade absoluta; 2.2.1. Dos efeitos pretéritos residuais do ato nulo: teoria da paraeficácia do ato nulo – 2.3. Da revogação da norma: 2.3.1. Conceitos de vigência, eficácia, revogação, recepção e repristinação: 2.3.1.1. Os equívocos conceituais e suas consequências – 2.4. A questão do controle abstrato da legislação pré-constitucional: 2.4.1. O *status quaestionis* no direito comparado; 2.4.2. O *status quaestionis* no STF; 2.4.3. Crítica à posição do STF: 2.4.3.1. Da revogação por inconstitucionalidade; 2.4.3.2. Inconstitucionalidade sem nulidade; 2.4.3.3. Vigência da norma e atualidade da ofensa à Constituição; 2.4.3.4. Exceção à regra da revogação por inconstitucionalidade: o caso da inconstitucionalidade superveniente por mutação fática ou da interpretação da norma; 2.4.3.5. Da constitucionalidade superveniente; 2.4.3.6. Da conveniência do controle abstrato da legislação pré-constitucional.

2.1. INEXISTÊNCIA, NULIDADE E ANULABILIDADE

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

Assim, um ato materialmente existente, mas juridicamente inexistente, que se pretenda passar por ato jurídico, sendo um ato apenas *aparentemente* jurídico, não deve gerar absolutamente nenhum efeito jurídico válido, pode ser declarado tal por quem quer que seja, em juízo ou fora dele, independentemente de qualquer formalidade¹, não convalida, não prescreve, nem decai jamais.

1. A inexistência jurídica decorrente de inconstitucionalidade pode ser declarada sem a necessidade de submissão da questão ao Pleno ou à Corte Especial dos tribunais, pois a ela não se aplica

A *invalidade*, por outro lado, consiste na desconformidade do ato com o sistema positivo em questão², incompatibilidade esta incapaz de descaracterizar o ato como *jurídico*, mas capaz de afetar-lhe a regularidade jurídica e, em regra, a produção de seus efeitos jurídicos válidos.

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

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

De fato, se se conceitua a invalidade como a desconformidade ao Direito positivo (que não diga respeito aos elementos de existência jurídica), não

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

2. Frise-se: ***desconformidade que não diga respeito aos elementos de existência jurídica***. Até porque, se assim não fosse, a inexistência jurídica seria reduzida a uma mera espécie de invalidade grave, em vez de se situarem em planos distintos, como de fato se situam. Similarmente, prevenindo contra a mescla dos planos da existência e da invalidade: “Occorre evitare di cadere in confusioni concettuali. Una cosa è distinguere le leggi esistenti (valide o invalide che siano) dalle leggi inesistenti; altra cosa è determinare i caratteri dell’invalidità. Quando si parla di nullità-inesistenza, comeendiadi o come progressione dell’invalidità, si mescolano i piani: l’esistenza-inesistenza riguarda la riconducibilità all’ordinamento; la nullità (o l’annullabilità, o qualunque «trattamento» giuridico di atti invalidi), riguarda una particolare configurazione del vizio (e delle conseguenze del vizio) di atti giuridicamente esistenti. Onde l’espressione nullità-inesistenza è contraddittoria: l’atto inesistente non può dirsi nullo e l’atto nullo non può dirsi inesistente.” (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: storia, principi, interpretazioni*. 2. ed. Bologna: il Mulino, 2018, v. 1, p. 197.) (Grifou-se.)

se pode confundi-la com a *punição* que lhe é cominada pelo ordenamento jurídico (nulidade/anulabilidade).

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

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

Mas nem todo ato inválido é sancionado com nulidade ou anulabilidade: apenas os atos inválidos *portadores de vícios* é que o são. Assim, a entrada em vigor de uma lei contrária a uma lei anterior torna esta inválida, mas a consequência jurídica dessa invalidade (desconformidade com o Direito) não é a nulidade nem a anulabilidade da lei, mas a sua *revogação*, que elimina a antinomia, já que não podem coexistir duas leis contraditórias válidas em vigor no mesmo âmbito territorial³.

Destarte, a existência de um vício torna o ato inválido e, por conseguinte, nulo ou anulável⁴. Releva sublinhar que não se deve confundir a nulidade e

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

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

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 o 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.

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; 4.1.5.1. Cessação da eficácia prospectiva da coisa julgada nas relações tributárias continuativas; 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* processuais¹ (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 processo *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.], p. 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

A NATUREZA DÚPLICE DA ADIN E DA ADC

Sumário • 5.1. A produção de coisa julgada material e efeito vinculante nas decisões definitivas de procedência e de improcedência: 5.1.1. A questão no direito comparado; 5.1.2. A questão no STF.

5.1. A PRODUÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL E EFEITO VINCULANTE NAS DECISÕES DEFINITIVAS DE PROCEDÊNCIA E DE IMPROCEDÊNCIA

5.1.1. A questão no direito comparado

A Constituição Federal de 1988 não foi expressa sobre a produção de coisa julgada *erga omnes* e de efeito vinculante por acórdãos de *improcedência* em ADIn e ADC. Embora o art. 102, § 2º, da CF-88 se refira a “decisões”, sem excluir as de improcedência, cumpre descortinar se tal preceito merece uma interpretação literal ou mais restritiva.

Insta, pois, averiguar se *todos os acórdãos definitivos de mérito* do STF no controle *abstrato* produzirão *res iudicata adversus omnes* e efeito vinculante.

A matéria no direito comparado não é pacífica. Em Espanha, entende FERNÁNDEZ SEGADO¹ que as sentenças no controle abstrato fazem coisa julgada *erga omnes* quer quando declaram a *inconstitucionalidade* da norma, quer quando lhe declaram a *constitucionalidade*. Ou seja: assim as sentenças de procedência (“estimatorias”), como as de rejeição (“desestimatorias”) “son eficaces *erga omnes*”. De outro aviso é ANDRÉS RIBAS MAURA²: em se tratando de rejeição por razões de *forma* (“desestimación por razones de forma”), é possível

1. *La jurisdicción...*, p. 118.

2. *La cuestión...*, p. 130-135.

o “replanteamiento” da inconstitucionalidade³; no que toca à “desestimación por razones de fondo”, colaciona doutrina (ENTERRÍA) e jurisprudência do Tribunal Constitucional favorável à sua possibilidade.

RAUL BOCANEGRA SIERRA, em monografia específica acerca do valor das sentenças do Tribunal Constitucional⁴, encontra subsídios na própria LOTC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional) para transparentar que

“solamente pues, también en Derecho español, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal puede tener eficacia *erga omnes*, fuerza de ley, en la medida misma en que esa es justamente su eficacia, pero no, desde luego *las sentencias que estiman la constitucionalidad de una ley, que dejan abierta siempre la posibilidad de su posterior declaración de inconstitucionalidad*, incluso, por supuesto, por medio del planteamiento de la llamada cuestión de inconstitucionalidad, dada la nulidad radical de los preceptos que aparentemente lo impedirían, conclusión ésta, por lo demás, que encuentra una sólida fundamentación dogmática.”

Não se pense, contudo, que, para o autor, às sentenças “desestimatorias” faleça de todo ponto efeito vinculativo, porquanto “vinculan a los órganos y sujetos que *pudieron* intervenir [embora não o tenham feito] en el correspondiente procedimiento [que seriam, no direito brasileiro, os legitimados ativos], pero no a los que no tuvieron ocasión de hacerlo”, como os particulares. A

3. ALMAGRO NOSETE comparte o mesmo entendimento. Cfr: *Justicia constitucional*: Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: Dykinson, 1980, p. 126-127; 170-172 *et passim*. Especificamente em relação ao “recurso de inconstitucionalidad”, é explícita a LOTC (art. 29.2):

“**Artículo veintinueve. Uno.** La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

El recurso de inconstitucionalidad.

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales.

Dos. La **desestimación, por razones de forma**, de un **recurso de inconstitucionalidad** contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una **cuestión de inconstitucionalidad** con ocasión de su aplicación en otro proceso.” Vale observar que, apesar do nome, o “recurso de inconstitucionalidad” não é instrumento de controle concreto, mas de controle **abstrato**, ao passo que a “cuestión de inconstitucionalidad” é instrumento de controle **concreto**, manejado por juízes e Tribunais, de ofício ou a requerimento da parte. Dispõe o art. 35.1 da LOTC: “**Artículo treinta y cinco. Uno.** Cuando un Juez o Tribunal, **de oficio o a instancia de parte**, considere que una norma con rango de Ley **aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo** pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

4. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 256-262 *et passim*. (Grifou-se.)

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; 6.1.3. O caso da ADIn nº 1232 – 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 *grau de generalidade e de abstração semelhante* ao da lei ou do ato normativo declarado constitucional/inconstitucional. Por conseguinte, a decisão

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.)

do STF em ADIn ou ADC – incluindo-se o próprio texto que a exprime em vernáculo –, necessita de *interpretação* tanto quanto as leis, interpretação esta que deve ser feita por meio de *métodos e critérios hermenêuticos* semelhantes.

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

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*. 2. 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 princí-

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

pios para excluir a sua aplicação como meio de solução de colisões normativas. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito seriam assim *elementos* ou *máximas parciais*, e não *subprincípios*. É a posição de ROBERT 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 *metaprinípio*, 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**