

# A EFICÁCIA DA DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. QUANDO A SUA REVISÃO É POSSÍVEL ?

Luiz Guilherme Marinoni<sup>†</sup>

Sumário: 1. Primeiras observações; 2. Eficácia *erga omnes* e coisa julgada material; 3. Decisão de constitucionalidade e possibilidade de posterior ou outra ação direta de inconstitucionalidade; 4. Decisão de constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e impacto das novas circunstâncias sobre o controle difuso; 5. Efeitos temporais da revogação da decisão de constitucionalidade

1.



o Brasil, embora se admita o controle de constitucionalidade por qualquer juiz, *incidentalmente* em qualquer caso concreto, quando o Supremo Tribunal Federal pode dar a última palavra acerca da questão constitucional em virtude do *recurso extraordinário*, também se admite o controle de constitucionalidade por meio de *ação direta* dirigida ao Supremo Tribunal Federal, a qual pode ser proposta pelos legitimados definidos pela Constituição Federal (art. 103, CF).

A Constituição brasileira prevê não apenas ação direta de inconstitucionalidade, mas também ação declaratória de constitucionalidade, que pode ser proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal pelos mesmos entes legitimados à ação de inconstitucionalidade. Quer isso dizer que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a constitucionalidade ao julgar improcedente a ação de inconstitucionalidade, ao julgar procedente a

---

<sup>†</sup> Professor Titular da Universidade Federal do Paraná-Brasil. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

ação de constitucionalidade e, incidentalmente, ao julgar o recurso extraordinário.

2. A Constituição Federal brasileira e a Lei 9.868/99, quando tratam da eficácia das decisões proferidas nas ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, falam em eficácia *erga omnes* sem aludir a coisa julgada material. O art. 102, § 2.º, da Constituição Federal afirma que “*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*”. Por sua vez, o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999 diz que “*a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*”. Note-se que a Constituição Federal e a Lei 9.868/99 aludem apenas a “*eficácia contra todos e efeito vinculante*” e não a coisa julgada.

Isto já é indício de que as decisões de inconstitucionalidade e constitucionalidade, embora tenham efeitos contra todos, não ficam acobertadas pela coisa julgada. Contudo, há de se perceber a distinção dogmática entre os efeitos diretos da sentença e a coisa julgada material. São os efeitos diretos da sentença - e não a coisa julgada - que operam *erga omnes*. Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não terem legitimidade para discutir a constitucionalidade da lei em abstrato. Uma vez decidida a (in)constitucionalidade da lei, nada pode ser feito pelos representados pelos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade. Ficam todos submetidos à

decisão, sendo impossível o seu questionamento em qualquer “ação concreta”. Retenha-se o ponto: a estabilidade da decisão não deriva de uma qualidade que reveste a parte dispositiva da decisão, mas da impossibilidade em discuti-la e da submissão de todos à decisão tomada pelo Tribunal constitucionalmente legitimado a defini-la.

Argumenta-se, na antiga teoria geral do processo, que a decisão de inconstitucionalidade produziria coisa julgada material *erga omnes*, dizendo-se que isto seria decorrência da substituição processual levada a efeito pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, afirma que a “coisa julgada valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa do ente ou titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também por força da titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional”<sup>1</sup>.

Trata-se de tentativa de transpor, forçadamente, conceitos do processo civil tradicional para o plano do processo constitucional de índole objetiva. O instituto da substituição processual foi pensado para o processo *inter partes* e para as situações em que se tutela, em nome próprio, direito ou situação subjetiva de terceiro. Ora, no processo objetivo não existe direito de terceiro ou alguém que o substitui, requerendo a tutela de direito subjetivo em nome próprio. Há, simplesmente, ente a quem a Constituição atribui legitimidade para ativar o processo de controle de constitucionalidade das normas, de que defluem decisões que, naturalmente, beneficiam os cidadãos.

A coisa julgada material, nos processos entre partes, almeja impedir que o bem da vida entregue a um dos litigantes possa ser dele retirado, seja mediante o questionamento do objeto litigioso já decidido, seja por meio da tentativa de rea-

---

<sup>1</sup> Ada Pellegrini Grinover, Controle de Constitucionalidade, *Revista Forense*, v. 341, p. 3 e ss.

bertura da discussão da própria decisão. Porém, a definição da (in)constitucionalidade da lei não confere qualquer tutela a direito individual ou mesmo transindividual, mas tem a função de dar proteção à ordem jurídica, evidenciando a sua legitimidade constitucional. A proibição da rediscussão da decisão de (in)constitucionalidade é questão afeta à estabilidade e à coerência do direito objetivo, valores obviamente incompatíveis com a abertura à mutação das decisões acerca da sua constitucionalidade.

Portanto, tudo bem visto, fica fácil perceber que a eficácia *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade decorre da circunstância de que estas decisões têm eficácia direta contra todos e não da coisa julgada material.

3. O fato de a eficácia *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade *constituir* manifestação da eficácia direta de decisão que diz respeito a todos, e não da coisa julgada material, não quer dizer, como já esclarecido acima, que tais decisões possam ser questionadas ou rediscutidas.

Tais decisões obviamente não podem ser questionadas ou rediscutidas por aqueles que não têm legitimidade à ação de (in)constitucionalidade. Ademais, os legitimados extraordinários que não participaram da ação em que a decisão foi proferida não podem voltar a questionar a constitucionalidade simplesmente pela razão de que a função que lhes foi atribuída já foi desempenhada, culminando na manifestação da Corte incumbida de proceder ao controle abstrato da constitucionalidade.

Porém, discute-se se o Supremo Tribunal Federal pode voltar a tratar de norma que já declarou constitucional, seja mediante sentença de procedência em ação de constitucionalidade, seja por meio de sentença de improcedência em ação de inconstitucionalidade. Seria possível argumentar que, nestes casos, é possível propor “outra” ação de inconstitucionalidade

sobre a mesma norma, desde que baseada em fundamento diverso. Objetar-se-ia sob a alegação de que, na ação de (in)constitucionalidade, o Tribunal deve analisar a norma impugnada à luz da Constituição, e, assim, não fica adstrito aos fundamentos invocados na petição inicial, o que eliminaria a possibilidade de se questionar a constitucionalidade da norma com base em outro fundamento. O Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade 1896, afirmou que “é da jurisprudência do Plenário o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da *causa petendi* formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual arguição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente ação ....”<sup>2</sup>

Note-se que a impossibilidade de se propor nova ação direta de inconstitucionalidade não se resume ao caso em que o Tribunal julgou procedente ação declaratória de constitucionalidade, mas também diz respeito à situação em que a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada improcedente. Assim, decidiu-se no recurso extraordinário 357.576 que, tendo o Plenário, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 2.031, “dado pela improcedência da ação quanto ao art. 75, §§ 1.º e 2.º, introduzido no ADCT pela EC 21/1999, isso implica, em virtude da *causa petendi* aberta em ação dessa natureza, a integral constitucionalidade desses dispositivos com eficácia *erga omnes*”.<sup>3</sup>

Cabe esclarecer que a eficácia preclusiva da coisa julgada

---

<sup>2</sup> ADI 1.896-8, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.02.1999.

<sup>3</sup> RE 357.576-7, 1a. Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.12.2002.

material, no processo *inter partes*, inibe a rediscussão do objeto litigioso já decidido apenas quando o fundamento que se pretende utilizar para tanto foi deduzido ou poderia ter sido deduzido diante da causa de pedir da ação primitiva. A eficácia preclusiva da coisa julgada material é explicada mediante o princípio do deduzido e do dedutível, que quer dizer que tudo o que foi deduzido, ou poderia ter sido deduzido em face da causa de pedir que fundou a ação, não pode servir para o vencido fundar outra ação para discutir o litígio. Em outras palavras, apenas é possível propor outra ação, acerca de pedido já julgado, quando esta se funda em outra causa de pedir, distinta daquela que fundou a primeira ação. Não cabe outra ação, ainda que baseada em fundamento anteriormente não deduzido de forma expressa ou discutido, quando este fundamento se insere na causa de pedir da ação primitiva e, assim, poderia ter sido deduzido ou discutido.

Se a causa de pedir das ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade é aberta, incluindo qualquer fundamento que esteja na Constituição, não há como supor que a eficácia preclusiva da decisão de (in)constitucionalidade possa liberar qualquer fundamento para ensejar outra – no sentido de distinta ou diversa – ação de inconstitucionalidade. Se todos os fundamentos constitucionais podem ser livremente analisados pela Corte, ainda que não contidos em uma específica causa de pedir, não há como admitir que determinado fundamento não tenha sido deduzido ou discutido na ação de (in)constitucionalidade.

Na verdade, *o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada é incompatível com a ação direta de (in)constitucionalidade* não apenas porque aqui não se está diante de coisa julgada material, mas também porque não se pretende, com a eficácia preclusiva da decisão de constitucionalidade, preservar a decisão de constitucionalidade acerca de uma lei para abrir oportunidade para outra decisão sobre a

constitucionalidade da mesma lei, mas sim obstaculizar qualquer outra decisão de constitucionalidade acerca da lei. A eficácia preclusiva da coisa julgada impede a rediscussão de igual causa de pedir e pedido, enquanto que a eficácia preclusiva da decisão de constitucionalidade simplesmente obstará a rediscussão da constitucionalidade da mesma lei, não importando o fundamento que se pretendesse utilizar para tanto - já que, diante do controle abstrato, não se concebe a ideia de impreclusibilidade de causa de pedir. Quando um pedido pode se fundar em duas ou mais causas de pedir, é possível conviver com duas ou mais decisões legítimas acerca de um mesmo pedido. Porém, a ação de constitucionalidade tem causa de pedir aberta e, portanto, obviamente não é possível conceber duas decisões acerca da constitucionalidade de uma mesma norma.

No entanto, é preciso ver que a noção de causa de pedir aberta, como não poderia deixar de ser, é atrelada a um instante, uma vez que engloba as várias causas de pedir que podem existir em certo momento. Ou seja, a ideia de causa de pedir aberta não perde algo que é essencial ao próprio conceito de causa de pedir, precisamente a sua dimensão temporal, concretizada mediante a lembrança de que toda causa de pedir é o reflexo de um estado jurídico e de fato que se apresenta em determinado momento histórico. De modo que a causa de pedir aberta, por consequência, espelha todos os fundamentos constitucionais válidos em certo instante da história.

Como se percebe, a historicidade inerente à validade dos fundamentos constitucionais deixa entrever que a decisão de constitucionalidade pode ser objeto de rediscussão na medida em que os fundamentos constitucionais, bem como a sua compreensão, se alteram ao longo do tempo. É certo que esta leitura pressupõe que o controle abstrato das normas constitucionais não pode se desligar dos fatos sociais. A transformação da realidade e dos valores sociais, bem como a alteração da compre-

ensão geral do direito<sup>4</sup>, pode levar a norma a ter outro sentido, e, assim, à admissão de que uma lei antes vista como constitucional pode passar a ser inconstitucional.

É verdade que a decisão de constitucionalidade proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e não – como a coisa julgada material – segurança jurídica às partes. Nas ações concretas, em que a sentença outorga tutela jurisdicional à parte formal ou às partes em sentido material, a função da coisa julgada é dar segurança ao litigante, permitindo-lhe usufruir da tutela jurisdicional que lhe foi outorgada sem medo que ela possa ser contestada ou usurpada. Nas ações de controle abstrato, ao se decidir pela constitucionalidade, nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte, ganhando a estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade de todos.

Contudo, a previsibilidade não só é valor que não pode se sobrepor à necessidade de desenvolvimento do direito, como perde consistência diante dos próprios fatores que evidenciam o desgaste da primitiva decisão. Lembre-se que a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão abrem oportunidade para a Suprema Corte americana realizar o *overruling* de precedentes constitucionais.

Ademais, a alteração da realidade e dos valores sociais, assim como da concepção geral do direito, obviamente são situações posteriores, que, assim, não infringem a “eficácia

---

<sup>4</sup> É indiscutível que uma Corte Constitucional não pode ficar presa a entendimentos jurisprudenciais passados. Porém, isso obviamente não quer dizer que a Corte possa abandonar as suas posições diante de qualquer tese, nova doutrina ou interpretação discrepante. Quando se fala em mutação da “compreensão geral” acerca do direito se alude a uma nova concepção geral – presente na Academia e nas Universidades – a respeito da questão jurídica, que deve ser pacífica, clara, capaz de evidenciar que a manutenção do precedente configuraria a perpetuação de um equívoco (Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 3<sup>a</sup>. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 310).



preclusiva da decisão de constitucionalidade”, já que, por sua própria natureza, estão longe de poder configurar causa de pedir que estaria presente à época desta decisão. Tais circunstâncias conferem nova configuração aos fundamentos de constitucionalidade, que, assim, abrem oportunidade a uma “outra” ação de inconstitucionalidade – quando a primeira ação de inconstitucionalidade foi julgada improcedente - ou a uma ação de inconstitucionalidade que não se limita a reproduzir os fundamentos já discutidos na anterior ação de constitucionalidade.

Ao admitir, diante da alteração da situação de fato e das concepções jurídicas, a possibilidade de a Corte declarar inconstitucional norma que antes proclamou constitucional, Elival da Silva Ramos afirma que as decisões de procedência proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem “coisa julgada material apenas relativa”.<sup>5</sup> É supérfluo argumentar que há contradição em termos entre “coisa julgada material” e “relativa”. O que importa verificar é se a coisa julgada material é compatível com a alteração de circunstâncias própria à revogação de precedentes. Note-se bem. É indiscutível, na melhor dogmática processual, que a coisa julgada material revela estado jurídico e de fato existente no instante em que proferida a decisão, pelo que a alteração do direito e dos fatos, abrindo oportunidade à configuração de nova causa de pedir, faz surgir outra ação, diferente daquela que desembocou na coisa julgada material. Quer isto dizer, simplesmente, que, quando surgem circunstâncias configuradoras de outra causa de pedir, o problema do obstáculo da coisa julgada material sequer se coloca. Ora, a coisa julgada material obviamente não é capaz de impedir a propositura de ação fundada em outra causa de pedir.

Portanto, vistas as coisas de forma adequada, o real problema está em saber se a alteração da realidade e dos valores

---

<sup>5</sup> Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

sociais, assim como da concepção geral acerca do direito, configuram circunstâncias capazes de paralisar a eficácia da coisa julgada material ou, ao contrário, de simplesmente viabilizar a revogação de precedente constitucional. É preciso perceber que a paralisação da eficácia da coisa julgada material em razão da alteração das circunstâncias se destina a tutelar as partes envolvidas em uma situação jurídica que se desenvolve no tempo. Assim, por exemplo, o conhecido exemplo do dever de pagar alimentos. Porém, no caso de definição da legitimidade de norma em face da Constituição, a questão sempre estará situada unicamente sobre a norma e, por consequência, sobre a atuação do próprio Supremo Tribunal Federal. Ou seja, diante da alteração dos valores, da realidade social ou da concepção geral do direito, desaparece a legitimidade constitucional da norma, a obrigar o Supremo Tribunal Federal a proferir *outra* decisão acerca da constitucionalidade da *mesma* norma.

Perceba-se que a decisão de que a norma é inconstitucional não faz desaparecer a anterior decisão de constitucionalidade. Ambas as decisões convivem harmonicamente, uma vez que são pautadas em distintos fundamentos e têm eficácia em períodos diferentes. Em princípio, a anterior decisão de constitucionalidade permanece válida e eficaz para a época em que foi proferida, mas os efeitos da primitiva decisão deixam de operar diante da decisão de inconstitucionalidade. Porém, não se trata de paralisação da eficácia temporal da coisa julgada material, mas de simples revogação de precedente. Note-se que, caso se tratasse de limitação da eficácia temporal da coisa julgada material, não seria correto pensar na retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Ora, é equivocado pensar em retroatividade de uma decisão sobre coisa julgada anteriormente formada, mas é certo admitir a retroatividade da revogação de um precedente constitucional sobre as situações que se formaram sob a sua vigência. Não se pode esquecer que, no caso de relações continuativas, a coisa julgada material ope-

ra para o futuro porque a própria ação, tendo de se fundar em nova circunstância, não objetiva alcançar senão as situações que estão por vir.

4. A decisão de constitucionalidade, proferida em sede de controle abstrato, somente pode ser impugnada quando presentes novas circunstâncias. Fora daí, impondo-se a decisão de constitucionalidade, nada pode ser questionado. Contudo, quando presentes as circunstâncias que abrem oportunidade para se ter como inconstitucional norma antes proclamada constitucional, importa perguntar se o jurisdicionado pode propor ação para buscar a tutela de direito que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade da norma já declarada constitucional.

O problema deixa de ser o de se a decisão de constitucionalidade - diante da alteração da realidade e dos valores sociais e da compreensão geral do direito - pode ser modificada, e passa a ser o de se outro tribunal, além do Supremo Tribunal Federal, pode aferir a presença de nova circunstância como fundamento para outra decisão acerca da questão constitucional.

A solução deste problema exige que seja agregada à discussão a questão da eficácia vinculante das decisões de (in)constitucionalidade. Cabe frisar que as decisões de (in)constitucionalidade têm, além de eficácia *erga omnes*, efeitos vinculantes em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2.º, CF).

Como se está a pensar em novas circunstâncias, seria possível argumentar que os juízes e tribunais não estariam submetidos à decisão proferida na ação direta. Quando se pensa a partir de outro fundamento, é certo, não se está diante da mesma questão constitucional, de modo que é correto afirmar que, alteradas as circunstâncias, os demais juízes e tribunais, ao se depararem com a norma já proclamada constitucional, não

estão frente da questão constitucional já decidida. Sucede que a eficácia vinculante não se resume a obstaculizar outra decisão acerca da *mesma questão jurídica*, mas vai além, impedindo outra decisão *acerca da constitucionalidade da norma, não importando se novos fundamentos estão presentes*.

Não cabe a qualquer “outro órgão do Poder Judiciário” dizer que uma nova circunstância é suficiente para fazer cessar a eficácia *erga omnes* da decisão de constitucionalidade. Apenas o Supremo Tribunal Federal tem poder para revogar os seus precedentes. Ao se admitir uma nova circunstância, ainda que se passe a tratar da antiga questão em outra perspectiva, afirma-se que a primitiva decisão não mais serve a defini-la. Isto significa que outro órgão do Poder Judiciário estaria a proclamar que decisão do Supremo Tribunal Federal - em vista, por exemplo, da alteração da realidade social - não mais prestaria a dar sentido à norma que foi proclamada constitucional. Não calha argumentar que, diante de nova circunstância, não se revoga o precedente, mas apenas se diz que o precedente não se aplica a uma nova situação. Ora, se é necessário dizer que o precedente não se aplica, há exercício de poder deferido unicamente ao Supremo Tribunal Federal. Realmente, o fato de a eficácia vinculante incidir “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário” quer dizer exatamente que apenas o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes.

Não obstante, o fato de nenhum outro órgão judicial, que não o Supremo Tribunal Federal, poder revogar os precedentes relativos a decisões tomadas em ação direta de constitucionalidade não significa excluir a possibilidade de se impugnar a constitucionalidade da norma ao se exercer pretensão de tutela de direito em “ação concreta”. É possível admitir a incoação do controle difuso para se chegar ao Supremo Tribunal Federal, já que o jurisdicionado não dispõe de qualquer outro meio para fazer valer o seu direito enquanto o precedente não for revoga-

do<sup>6</sup>.

Nesta hipótese é possível argumentar, mediante recurso extraordinário, que a norma, antes vista como constitucional, perdeu esta qualidade diante da alteração da realidade ou dos valores sociais ou da concepção geral acerca do direito. Não haveria racionalidade em admitir a invocação dessas circunstâncias em nova ação direta de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, impedir o Supremo Tribunal Federal de as enxergar ao se defrontar com recurso extraordinário.

Lembre-se, aliás, que não é apenas a decisão de constitucionalidade que se sujeita às chamadas novas circunstâncias, mas também a decisão que, proferida em recurso extraordinário, reconhece a inconstitucionalidade de norma.<sup>7</sup> A norma, no caso, não é retirada do ordenamento jurídico, embora os motivos determinantes da decisão fiquem acobertados pela eficácia vinculante, atingindo todos os outros órgãos do Poder Judiciário.<sup>8</sup> Assim, é certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de dada norma seja um dia contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou que dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional uma norma que

---

<sup>6</sup> Contudo, é possível admitir, em hipóteses excepcionais, de notória e incontestável perda de substrato do precedente, uma espécie de revogação antecipada pelos tribunais ordinários, nos moldes do que ocorre no *common law* mediante o que se denomina de *anticipatory overruling*. V. Margaret N. Kniffin, *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, 1982; Maurice Kelman, *Anticipatory stare decisis*. *University of Kansas Law Review*, 1959, 8, p. 165 e ss; John M. Rogers, *Lower court application of the “overruling law” of higher courts*. *Legal Theory*, 1995, p. 183.

<sup>7</sup> V. Lucas Cavalcanti da Silva, *Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal*. In. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes – Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 149 e ss.

<sup>8</sup> Lembre-se que, no controle difuso, a lei declarada inconstitucional continua a existir, ainda que em estado latente. O Senado é comunicado para, em concordando com o Supremo Tribunal Federal, suspender a execução do ato normativo. Porém, a sua não concordância não interfere sobre a eficácia vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Os planos são nitidamente distintos.

antes pronunciou constitucional.<sup>9</sup>

5. Porém, há necessidade de não violar a segurança jurídica daquele que se comportou de acordo com a decisão de constitucionalidade. Em princípio, a decisão de inconstitucionalidade não deve atingir situação jurídica que se formou com base na decisão de constitucionalidade, pois isso seria violar a confiança justificada. Essa apenas cede quando a decisão de constitucionalidade, à época em que as situações se consolidaram, já deixara de ter credibilidade no seio social e no círculo jurídico, hipótese em que será possível atribuir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade.

A confiança depositada pelo jurisdicionado no precedente não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal. O responsável pela legítima expectativa criada em favor do jurisdicionado deve zelar para que as situações que se pautaram no precedente sejam efetivamente respeitadas, sem deixar de considerar, igualmente, os fatores que possam fazer crer que a confiança no precedente já teria esmorecido. Assim, o Tribunal deve modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade levando em conta a credibilidade no precedente. É preciso compatibilizar a retroatividade da decisão com o momento em que os fatores que justificaram a revogação não apenas se mostraram presentes, mas também fizeram crer que a antiga decisão não possuía mais sustentação.

Assim, a decisão proferida em recurso extraordinário, considerando inconstitucional a norma antes afirmada constitucional, poderia não ter efeitos retroativos em relação à própria situação litigiosa sob julgamento, como acontece no direito do *common law* ao se aplicar o *pure prospective overruling*. A prática judicial dos efeitos retroativo e prospectivo é variada.

---

<sup>9</sup> Frise-se que existem casos – embora excepcionais –, nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead law* ou que estava apenas *on the books*, exatamente por já ter sido declarada inconstitucional.

Em caso de revogação de precedente, caminha-se entre a eficácia geral simplesmente retroativa – o que comumente acontece – e a eficácia geral plenamente prospectiva, admitindo-se, em determinados casos, a irretroatividade da decisão em relação ao próprio caso sob julgamento - *pure prospective overruling*.<sup>10</sup> Não há dúvida que, nesta hipótese, pode haver decisão favorável sem quaisquer efeitos concretos benéficos. Mas isso é próprio de um sistema em que os precedentes constitucionais, ainda que firmados em controle difuso, têm força vinculante, independentemente de suas repercussões nos casos concretos que os oportunizaram.



---

<sup>10</sup> “Increasingly in recent years, however, the courts have adopted a technique, known as prospective overruling, in which overruling is made less than fully retroactive. In the simplest case the new rule is made applicable to the immediate transaction (that is, the transaction in the case to be decided), but not to any other transaction that occurred before the date of the decision. There are a number of variations. In some cases, the new rule is not made applicable even to the immediate transaction. *This variant is sometimes called pure prospective overruling*” (Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 127-128).