


# EFICÁCIA TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE FORMADO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Luiz Guilherme Marinoni\*

Sumário: 1. A questão nos Estados Unidos; 2. Diferentes pressupostos para tutelar a segurança jurídica: decisão de inconstitucionalidade e revogação de precedente constitucional; 3. Efeitos *inter partes* e vinculantes da decisão de inconstitucionalidade (no controle incidental) e da decisão que revoga precedente constitucional; 4. Eficácia prospectiva de decisão revogadora de precedente constitucional e de decisão proferida em controle incidental; 5. A função do Senado Federal

## 1. A QUESTÃO NOS ESTADOS UNIDOS

 revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada – vigente até o momento da decisão revogadora – estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios – cujos processos devem estar em curso. As decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que a fixou, bem co-

---

\* Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e Brasília.

mo a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Porém, a prática judicial americana tem chamado a atenção para hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente.<sup>1</sup> Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança – especialmente na sua feição de garante da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público.<sup>2</sup> Eisenberg enfatiza que “the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance”.<sup>3</sup> Há aí, antes de tudo, plena consciência de que a retroatividade de uma decisão que revoga precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto a perpetuação do precedente declarado equívocado. Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido anteriormente abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas

---

<sup>1</sup> FEDERMAN, Howard. Judicial overruling. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, set. 2004, p. 21 e ss.

<sup>2</sup> Diz Robert Summers que “a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente revogado e tratar partes em posições similares de modo muito diferente” (No original: “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”) (SUMMERS, Robert. Precedent in the United States. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 397-398).

<sup>3</sup> A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança justificada (EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131).

devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificada”.

Há casos em que o precedente pode estar a merecer revogação e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas em virtude de a confiança nele depositada se sobrepor à ideia de retroatividade. Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do *overruling* ou com o *overruling* com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos.

O *prospective overruling* pode gerar resultados inconsistentes especialmente quando se está diante do *overruling* cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data.<sup>4</sup> Note-se que se o *overruling* tem efeitos somente a partir de certa data as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. Essa situação pode ser explicada mediante *Spaniel v. Mounds View School District n. 621*, em que a Corte de Minnesota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnesota.<sup>5</sup>

Isso não quer dizer que a simples irretroatividade não possa trazer problemas. Basta lembrar do caso *Molitor v. Kaneland Community*, em que a Corte de Illinois revogou o precedente da “imunidade municipal”, responsabilizando o município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar, mas declarando que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob jul-

---

<sup>4</sup> SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, vol. 26, Summer 2003.

<sup>5</sup> Idem, p. 128.

gamento. Mais tarde a Corte percebeu que teria de aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas –, que também estavam no ônibus que se acidentara, uma vez que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma.<sup>6</sup>

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective prospective overruling*. Alude-se a *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão e a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento.<sup>7</sup>

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da *contributory negligence* pela regra da *comparative negligence*, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do *overruling* prospectivo com a técnica da sinalização. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que ocorrera a sinalização de que o precedente em breve seria revogado<sup>8</sup>. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua oportuna revogação, pouco diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa

---

<sup>6</sup> EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128-129.

<sup>7</sup> Idem, p. 127-128.

<sup>8</sup> Em *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, a Corte afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em *Norcross* no caso *Ouellette*, e, com base nisso, outorgou efeitos retroativos ao *overruling*, declarando que deveriam ser apanhados todos os negócios realizados após *Ouellette*. Assim, o *overruling* ditado em *Whitinsville* retroagiu até a decisão proferida em *Ouellette* porque a Corte entendeu que, a partir desta data, poder-se-ia racionalmente confiar na expectativa de que, na próxima ocasião adequada, a Corte iria revogar as decisões tomadas em *Shade* e em *Norcross*. Verifica-se aí nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do *overruling* com efeitos prospectivos (Cf. EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128 e ss).

data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é coerente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora, data a partir da qual se supõe que não há mais confiança justificada.

Há um caso, sublinhado por Eisenberg, em que o *prospective overruling* possui grande importância para a consistência de resultados. Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o *overruling* será revertido pelo Legislativo, que dará melhor regulação à situação. Nesta hipótese, além de não se desejar interferência sobre o passado, não se quer que a decisão atinja as situações intermediárias entre o *overruling* e a regra legislativa, preferindo-se que a revogação tenha seus efeitos contidos até a data em que se presume que o Legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível atuação legislativa, os efeitos do *overruling* somente serão produzidos caso o Legislativo permaneça inerte. Foi o que aconteceu em *Massachussets, Whitney v. City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do *prospective overruling*, afirmou a sua intenção de ab-rogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso por ela decidido após a conclusão daquela que seria a próxima sessão do Legislativo, caso este não houvesse atuado de modo a revogar o precedente.<sup>9</sup>

Neste último caso, é certo, não houve propriamente *overruling* com efeitos prospectivos, mas manutenção do precedente mediante a técnica da sinalização, anunciando-se a intenção de se proceder à revogação em caso de não atuação do Legislativo. Note-se, porém, que existe maior efetividade em revogar desde logo o precedente, contendo-se os seus efeitos, pois nesta hipótese não haverá sequer como temer que o precedente continue a produzir efeitos diante de uma eventual inação da Corte em imediatamente decidir como prometera ao fazer a

---

<sup>9</sup> EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 131.

sinalização.

De outra parte, o *prospective overruling* pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de *pure prospective overruling* e de *prospective prospective overruling*.<sup>10</sup> Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela Autor não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.<sup>11</sup>

Ademais, o uso indiscriminado do *pure prospective overruling* e do *prospective prospective overruling* elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi* do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Deste modo, a investigação e análise do advogado não seria sequer necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, portanto, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do *prospective overruling* de um lado torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do *overruling* e, de outro, constitui obstáculo à afirmação e ao desenvolvimento

---

<sup>10</sup> TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, prospective *overruling*: a question of judicial responsibility. *Hastings Law Journal*, San Francisco, vol. 50, abr. 1999.

<sup>11</sup> EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 131.

do Direito. Na verdade, desta forma o Direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se algo que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.

Deixe-se claro, porém, que a doutrina de *common law* entende que a revogação, em regra, deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, quando há confiança justificada no precedente, admite-se dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que a Corte não deve supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade.<sup>12</sup>

## 2. DIFERENTES PRESSUPOSTOS PARA TUTELAR A SEGURANÇA JURÍDICA: DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

O artigo 27 da Lei n. 9.868/99 explicita que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tem poder para limitar os seus efeitos retroativos ou dar-lhe efeitos prospectivos. Diz o artigo 27 que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.240, em que se questionou a inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, o Supremo não

---

<sup>12</sup> Idem, p. 132.

tinha qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei, mas temia que, ao pronunciá-la, pudesse irremediavelmente atingir todas as situações que se formaram após a sua edição. Receava-se que a declaração de inconstitucionalidade não pudesse permitir a preservação das situações estabelecidas antes da decisão de inconstitucionalidade. Partindo-se da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a preservação do que aconteceu após a edição da lei teria de ter sustentáculo em algo capaz de se contrapor ao princípio de que a lei inconstitucional, por ser nula, não produz quaisquer efeitos.

É curioso que o relator, inicialmente, embora reconhecendo a inconstitucionalidade, julgou a ação improcedente. E isso para preservar as situações consolidadas em nome do princípio da segurança jurídica.<sup>13</sup> Após o voto do relator, pediu vistas o Ministro Gilmar Mendes. Em seu voto argumentou que não seria razoável deixar de julgar procedente a ação para não se atingir o passado, advertindo que a preservação das situações anteriores poderia se dar ainda que a ação fosse julgada

---

<sup>13</sup> Parte final do voto do Min. relator, Eros Grau: “Permito-me observar ainda que no caso está em pauta o *princípio da continuidade do Estado*, não o princípio da *continuidade do serviço público*. Os serviços públicos prestados pelo Município de Luís Eduardo Magalhães passariam a ser imediatamente prestados, se declarada a inconstitucionalidade da lei de sua criação, pelo Município de Barreiras, de cuja área foi destacado. Mas não é disso que aqui se cuida, senão da necessária, imprescindível afirmação, por esta Corte, do sentido normativo veiculado pelo art. 1.º da CF: a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. É o princípio da continuidade do Estado que está em pauta na presente ADIn, incumbindo-nos recusar o *fiat justitia, pereat mundus*. Por certo que a afirmação da improcedência da ADIn não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada. Concluído, retornarei à observação de Konrad Hesse: também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. As circunstâncias da realidade concreta do município de Luis Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADIn” (STF, Pleno, ADIn 2.240, rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007).



precedente. Consta do voto do Ministro Gilmar: “Impressionou-me a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau – votou pela improcedência da ação – após tecer percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica. De fato, há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal. Com o surgimento, no plano das normas, de uma nova entidade federativa, emergiu, no plano dos fatos, uma gama de situações decorrentes da prática de atos próprios do exercício da autonomia municipal. A realidade concreta que se vincula à lei estadual impugnada já foi objeto de extensa descrição analítica no voto proferido pelo Ministro relator, e não pretendo aqui retomá-la. Creio que o Tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”.<sup>14</sup>

Após ter deixado claro que o Ministro relator esteve preocupado em proteger as situações consolidadas, argumentou o Ministro Gilmar que a *solução do problema não poderia advir da simples decisão de improcedência da ação*. “Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional”.<sup>15</sup> Depois disso, advertiu que, embora não se pudesse negar a relevância do princípio da segurança jurídica no caso, seria possível primar pela otimização de ambos os princípios – ou seja, dos princípios da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional –, “tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto

---

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

pode nos apresentar”<sup>16</sup>.

Mais tarde, sublinhou que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”.<sup>17</sup> E que o “perigo de uma tal atitude desmesurada de *self restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social”.<sup>18</sup> Diante disso, consignou o Ministro Gilmar: “Não há dúvida, portanto – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso –, de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos”.<sup>19</sup>

Nesta linha, o Ministro Gilmar Mendes, que acabou sendo acompanhado pelos demais Ministros – inclusive pelo Ministro relator, que retificou o seu voto –, com exceção do Ministro Marco Aurélio – que, embora julgando procedente a ação de inconstitucionalidade, pronunciava a nulidade da lei<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio: “Presidente, peço vênha para cingir-me à concepção que tenho sobre as normas de regência da matéria, ao alcance que dou ao art. 18, § 4.º, da CF e ao art. 27 da Lei 9.868/1999, não estabelecendo solução prática, pouco importando o Município, fora desses mesmos parâmetros. Hoje, há autorização – e sob esse preceito foi criado o Município – que não se torna efetiva ante a inexistência de atividade legiferante do Congresso quanto à lei complementar que fixaria as balizas temporais, afastando, quem sabe, o ano das eleições – segundo memorial recebido, esse Município foi criado em ano de eleições – e, também, os requisitos a serem atendidos. Portanto, julgo procedente o pedido formulado” (idem).

–, votou no “*sentido de, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADIn 3.682*”.<sup>21</sup>

Note-se que se afirmou estar sendo declarada a inconstitucionalidade, mas sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo-se sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses.<sup>22</sup> O método utilizado, embora similar, não se confunde

---

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Na ADIn 3.615, tratando de caso semelhante, a Corte julgou procedente a ação direta, atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*: “Ação direta de inconstitucionalidade – Art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba – Redefinição dos limites territoriais do Município do Conde – Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades – Ofensa ao art. 18, § 4.º, da CF. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4.º, da CF substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/1996. Precedentes: ADIn 458, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 11.09.1998, e ADIn 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF* 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADIn 192, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 06.09.2001. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4.º do art. 18 da CF. Precedente: ADIn 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 04.06.2004. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4.º, da CF soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição Estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99” (STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 09.03.2007). É importante registrar parte do voto da Ministra relatora, Ellen Gracie: “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitu-

com a técnica do *prospective prospective overruling*, empregada no direito estadunidense.<sup>23</sup> A similaridade decorre do fato de se ter mantido a vigência da lei pelo prazo de vinte e quatro meses, o que permite equiparar esta decisão àquela cujos efeitos operam somente a partir de determinada data no futuro. Não há dúvida que ambas as decisões protegem a segurança jurídica. É isto, precisamente, que permite a aproximação das situações.

Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Quando nada indica provável revogação de um precedente e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra. Contudo, na decisão proferida pelo Supremo

---

cionalidade do art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho, porém, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/1999. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.03.2007).

<sup>23</sup> TREATOR, William Michael. Prospective overruling and the revival of unconstitutional statutes. *Columbia Law Review*, New York, vol. 93, dez. 1993.

Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade do município de Luis Eduardo Magalhães não há como pensar em proteção da confiança fundada nos precedentes. Lembre-se que a Corte reconheceu que os seus próprios precedentes eram no sentido da inconstitucionalidade e que, exatamente por conta disto, não se concebia julgamento de improcedência da ação.

Quando não se outorga efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Nesta situação entra em jogo a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, mas certamente não importa a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais. A segurança jurídica é deduzida para proteger situações consolidadas que se fundaram na lei declarada inconstitucional, mas não para justificar ações que se pautaram no precedente revogado.

### 3. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS VINCULANTES DA DECISÃO QUE REVOGA PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

A decisão proferida em recurso extraordinário possui efeitos com qualidades distintas. Além de atingir às partes em litígio, impedindo que voltem a discutir a questão constitucional para tentar modificar a tutela jurisdicional concedida, a decisão possui efeitos vinculantes, obrigando todos os juízes e tribunais a respeitá-la. Consideram-se, nesta dimensão, os fundamentos da decisão, ou, mais precisamente, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, e não o seu dispositivo. Ou seja, os motivos determinantes - em relação à tutela jurisdicional - se tornam indiscutíveis às partes e obrigatórios aos demais órgãos judiciais.

Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, essa não é declarada nula. A norma se torna inaplicável

nos demais casos porque os juízes e tribunais ficam vinculados aos fundamentos que determinaram a inconstitucionalidade.

A decisão que revoga precedente, negando os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, é pensada em diferentes perspectivas, conforme a decisão revogadora pronuncie a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade. No primeiro caso, em princípio, a norma não é aplicada ao caso sob julgamento e, em virtude da eficácia vinculante, não deverá ser aplicada nos casos que se seguirem. Na hipótese de constitucionalidade, também em princípio, a norma será aplicada no caso sob julgamento, e, em face da eficácia vinculante, em todos os casos seguintes. No primeiro caso, a norma não é declarada nula, mas os seus efeitos ficam paralisados. No segundo, como a norma estava em estado de letargia, os seus efeitos são ressuscitados.

Porém, o dilema que marca a revogação de precedente está exatamente na alteração do sinal de vida da norma. Numa hipótese a norma deixa de produzir efeitos e na outra passa a produzi-los. Isto, entretanto, tem óbvia interferência nas relações e situações que se pautaram no precedente revogado. A situação que, pautada no precedente constitucional, encontra-se em desacordo com a decisão que o revogou, merece cuidado especial.

A ordem jurídica - composta pelas decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal - gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica. Assim, é preciso investigar se há confiança que pode ser dita justificada no precedente revogado. Basicamente, é necessário verificar se o precedente tinha suficiente força ou autoridade, à época da prática da conduta ou da celebração do negócio, para fazer ao envolvido crer estar atuando em conformidade com o Direito. Existindo confiança justificada, é legítimo decidir de forma a preservar as situações que se pautaram no precedente.

Perceba-se que há aí modulação da eficácia vinculante da decisão, anunciando-se ser ela inaplicável diante das situações que justificadamente se pautaram no precedente revogado. Em verdade, há apenas necessidade de definir em que limite temporal ou situações concretas os fundamentos determinantes do precedente revogador terão eficácia vinculante. De qualquer forma, é inegável que a modulação da eficácia vinculante em relação às situações passadas acaba gerando uma limitação de retroatividade do precedente.

#### 4. LEGITIMIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS À DECISÃO QUE, EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REVOGA PRECEDENTE QUE FIXA A CONSTITUCIONALIDADE OU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI

Não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário - assim como as decisões prolatadas em controle principal - produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes. Como é óbvio, para se admitir a eficácia vinculante no controle incidental não é preciso argumentar que a eficácia vinculante é viável no controle principal. Da mesma forma, a circunstância de ser possível atribuir efeito prospectivo à decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade nada tem a ver com a viabilidade de se atribuir efeitos prospectivos à decisão proferida em sede de recurso extraordinário. A modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é consequência lógica da possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Atribuir eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão é o mesmo que conferir autoridade aos fundamentos da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Esses ficam vinculados ou obrigados em face dos

fundamentos da decisão, ou seja, diante da *ratio decidendi* do precedente. De modo que a técnica da obrigatoriedade do respeito aos fundamentos determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais e não, obviamente, para simplesmente reafirmar a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Igualmente, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle principal. O poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle incidental deriva exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada. Trata-se de poder inerente a uma Corte Suprema cuja função é atribuir sentido ao Direito. A obrigatoriedade de os tribunais e juízes respeitarem os precedentes do Supremo Tribunal Federal é mera consequência de o Direito estar nos precedentes. Ora, se o Direito é “revelado” nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o respeito aos precedentes nada mais é do que um dever do Judiciário, enquanto instituição, de tratar a todos de modo igual, preservando a segurança jurídica e a coerência do Direito. Ou melhor: é absurdo pensar que o respeito aos precedentes, diante da Jurisdição do Estado constitucional, necessite estar previsto em lei.

A declaração de inconstitucionalidade proferida em recurso extraordinário, embora tenha eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina - sem a atuação do Senado Federal - a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente. É certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma um dia seja contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional norma que já afirmou constitucional. Trata-se do mesmo “processo” em que, nos Estados Unidos, a Su-



prema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead law*, por já ter sido declarada inconstitucional.

Na verdade, em sede de controle incidental o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de – a partir de critérios rígidos – negar os fundamentos determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Porém, como a revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentarem a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio Supremo Tribunal Federal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

Portanto, cabe analisar, em determinadas situações, a eficácia a ser dada à decisão que revoga precedente constitucional e, assim, a necessidade de limitar a retroatividade para tutelar as situações que se pautaram no precedente revogado. Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei 9.868/1999, é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle principal, não haveria como negar a possibilidade de modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário. Bem vistas as coisas, os efeitos temporais não têm qualquer relação com um ou outro modelo de controle de constitucionalidade, mas sim com a tutela da segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de tratar do ponto. Isto ocorreu na Reclamação 2391, em que se analisou o tema do “direito de recorrer em liberdade” e a constitucionalidade, *em face do princípio da não-culpabilidade, dos artigos 9º da Lei 9.034/95 e 3º da Lei 9.613/98, que prescre-*

*vem, respectivamente, que "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei" e que "os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". O Ministro Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034/95 e emprestou ao artigo 3º da Lei 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Logo após, porém, considerando que, com esta decisão, estaria sendo revisada jurisprudência firmada, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual, admitiu a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso e, assim, atribuiu à decisão efeitos ex nunc.<sup>24</sup>*

Ao se limitar os efeitos retroativos em nome da confiança justificada não se está restringindo os efeitos diretos da decisão sobre os casos que podem ser julgados ou que estão em julgamento, mas se está deixando de atribuir eficácia vinculante à decisão proferida para obrigar os órgãos judiciais diante dos casos que podem vir a dar origem a processos judiciais ou que já estão sob julgamento em processos em andamento.

Frise-se que a necessidade de modulação no caso de revogação de precedente decorre da preocupação de não atingir as situações que com base nele se formaram e não da imprescindibilidade de proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei incons-

---

<sup>24</sup> Rcl 2391, Informativo n. 334.

titucional. Daí não se ter percebido, com a devida nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle incidental, em especial quando se altera a “jurisprudência consolidada”.

Não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia na academia, nos tribunais e, em especial, na Suprema Corte, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” que justificam efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade.

A decisão que, em recurso extraordinário, revoga precedente, pode ter os seus efeitos modulados de diversas formas. Tendo em vista que a função da Suprema Corte, mesmo no recurso extraordinário, é atribuir sentido ao Direito, e não simplesmente resolver o caso, a decisão pode até mesmo excluir o caso sob julgamento dos efeitos da decisão, à semelhança do que se faz no direito estadunidense mediante o *pure prospective overruling*<sup>25</sup>. Ou, ainda, definir uma data a partir da qual a

---

<sup>25</sup> Aliás, a Suprema Corte não está subordinada sequer a requerimento de desistência do recurso, formulado por ambas as partes. O recurso é apenas o instrumento que permite à Corte exercer a sua função de desenvolvimento do Direito. (Ver Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, São Paulo, Ed. RT,

decisão passará a produzir efeitos, como ocorre quando se aplica o *prospective prospective overruling*. É claro que isso somente tem racionalidade quando as situações jurídicas formadas com base no precedente revogado merecem tutela em homenagem à confiança justificada. Ou seja, quando a aplicação imediata do novo precedente, em razão da confiança justificada depositada no precedente revogado, viola a segurança que deve ser proporcionada pelo sistema, é possível excluir o caso sob julgamento ou mesmo definir que o precedente deva ser aplicado apenas depois de determinada data ou evento.

Além do mais, nada impede a modulação de efeitos, mesmo em recurso extraordinário, com base na necessidade da preservação dos efeitos produzidos por lei declarada inconstitucional, ainda que não exista qualquer precedente anterior merecedor de confiança justificada. O Supremo Tribunal Federal já limitou a retroatividade de decisão proferida em recurso extraordinário sem relacioná-la a confiança justificada em precedente ou em “jurisprudência consolidada”. Assim sucedeu no Recurso Extraordinário n 197.917<sup>26</sup>, em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao artigo 29, IV, ‘a’, da Constituição Federal<sup>27</sup>. Entendeu-se, no caso, que o Município, diante da sua população, somente poderia ter nove vereadores e não onze - como fixado em norma de sua Lei Orgânica. Em seu voto, disse o Relator, Ministro Mauricio Corrêa, ter bem decidido “o magistrado de primeiro grau ao declarar, *incidenter tantum*, a

---

2013, p. 185 e ss).

<sup>26</sup> RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

<sup>27</sup> “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; (...).”

inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica em causa”, mas que o juiz não poderia “alterar o seu conteúdo, fixando de pronto o número de vereadores, usurpando, por isso mesmo, competência constitucional específica outorgada tão-só ao Poder Legislativo do Município (CF, artigo 29, *caput*, IV)”<sup>28</sup>. O Ministro Gilmar Mendes, concordando com o relator quanto à inconstitucionalidade da norma, advertiu que, no caso, “eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados”. Por conta disto, declarou a inconstitucionalidade da norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, explicitando que “a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*)”<sup>29</sup>.

## 5. A FUNÇÃO DO SENADO FEDERAL

Embora o controle difuso da constitucionalidade tenha sido instituído no direito brasileiro com a Constituição de 1891,

---

<sup>28</sup> RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

<sup>29</sup> Decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE 197.917-8, tratar-se de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, e, assim, proclamou: “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” (RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004).

apenas na Constituição de 1934 previu-se a comunicação ao Senado Federal acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Disse o art. 96 da Carta de 1934: “quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”. O art. 91, IV, deu ao Senado Federal o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais.

Com a suspensão da execução da lei pretendeu-se atribuir à decisão de inconstitucionalidade eficácia contra todos, evitando-se que ficasse restrita às partes do processo em que proferida. Como as decisões de inconstitucionalidade não tinham força obrigatória, ou, em outras palavras, como os fundamentos determinantes destas decisões não possuíam eficácia vinculante, os juízes e tribunais podiam continuar realizando o controle incidental de constitucionalidade sem respeitar o que já decidira o Supremo Tribunal Federal. Lembre-se que a Suprema Corte, à época, constituía mera Corte de correção e não uma Corte de Interpretação e, por consequência, uma Corte de Precedentes, como são as Cortes Supremas da atualidade. Outra razão para atribuir ao Senado Federal o poder de suspender a execução da lei foi encontrada numa visão já superada do princípio da separação dos poderes. Entendia-se que a suspensão da eficácia da norma em caráter geral deveria depender da manifestação do poder incumbido de criar as leis e não apenas do Poder Judiciário.

Passado algum tempo, e já em face do controle concentrado, a elaboração teórica e jurisprudencial da coisa julgada *erga omnes* teve o efeito prático de outorgar eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade. Lembre-se que, antes da EC

3/1993, não existia norma legal ou constitucional a regular os efeitos derivados das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construiu a tese dos efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade. À luz da EC 1/1969, o Supremo Tribunal Federal inicialmente submetia a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato ao Senado Federal para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Porém, ainda antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as suas decisões, proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, produziam coisa julgada *erga omnes* e, por isso, dispensavam a atuação do Senado Federal. Na Representação 1.016-3, o Ministro Moreira Alves proferiu voto, seguido à unanimidade, em que se observa a seguinte passagem: “Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todos ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, *a qual passa em julgado erga omnes, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera ex tunc), independentemente de atuação do Senado*, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídica concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”.<sup>30</sup> Assim, a necessidade de atuação do Senado Federal voltou a ter relação exclusiva com as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo

---

<sup>30</sup> STF, Pleno, Representação 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.09.1979.

Tribunal Federal em controle incidental.

Não obstante, como visto na passagem do voto do Ministro Moreira Alves há pouco destacada, o Senado Federal, quando comunicado da decisão, não é obrigado a suspender a lei declarada inconstitucional<sup>31</sup>. O Senado tem o poder de aferir a conveniência política da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. De modo que a previsão de comunicação ao Senado Federal – hoje prevista no art. 52, X, da Constituição Federal – sequer constituía garantia de que a decisão tomada em controle incidental teria eficácia contra todos, ou melhor, de que seria observada por todos os demais órgãos judiciários.

A percepção de que as decisões do Supremo Tribunal Federal constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, é que levou a se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes das suas decisões, não importando se estas são proferidas em controle principal ou incidental. Paradoxalmente, ao contrário do que se poderia supor num primeiro instante, a eficácia vinculante tem maior importância para o controle incidental do que para o controle principal, já que, neste último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral. Note-se que,

---

<sup>31</sup> “A atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo (...). O Senado, como regra, suspende a execução do ato declarado inconstitucional. Há, contudo, precedente de não suspensão: no caso do art. 9.º da Lei 7.689, de 15.12.1988, que institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764/PE (DJU 02.04.1993, rel. Min. Sepúlveda Pertence), por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16.04.1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28.10.1993 (DCN 2, 29.10.1993, p. 10028). Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 05.11.1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal no dia 18 do mesmo mês” (BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 110).



embora a eficácia vinculante seja indispensável a qualquer precedente constitucional, a eficácia *erga omnes* é conatural ao controle objetivo e não à decisão proferida *inter partes*.

A verdade é que, se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Como é óbvio, ainda que o Senado tenha este poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal. A eficácia vinculante dos precedentes nada tem a ver com a atuação do Senado. Essa é completamente desnecessária, pois a eficácia vinculante deriva da função de uma Suprema Corte num Estado constitucional. Se cabe à Suprema Corte definir o sentido do Direito, é evidente que as suas decisões não podem ficar subordinadas à atuação do Legislativo. Vincular a decisão da Suprema Corte à atuação do Senado é algo despropositado num estágio em que o Judiciário é imprescindível para o Direito frutificar e a Suprema Corte tem a última palavra quanto ao seu sentido, a qual, só por isso, orienta a sociedade e deve pautar as decisões dos tribunais e juízes.

Aliás, seria pouco mais do que ilógico supor que a eficácia geral somente pode ser atribuída às decisões de inconstitucionalidade, e não às demais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, a mesma razão que impõe eficácia obrigatória, vinculante ou geral às decisões de inconstitucionalidade, exige que se dê eficácia vinculante às decisões que se utilizam das técnicas da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, assim como as que se limitam a definir a interpretação de acordo com a Constituição. Portanto, negar eficácia vinculante aos prece-

dentes constitucionais em virtude de o Senado Federal ter um poder obsoleto para suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional, além de lamentável e curiosamente impedir que as decisões do Supremo Tribunal Federal gozem da devida autoridade, constitui equívoco fácil de ser apanhado.

Quando se percebe, com clareza, que dar eficácia vinculante a um precedente constitucional significa dar autoridade às decisões do Supremo Tribunal Federal, e não excluir uma lei do ordenamento jurídico, torna-se possível ver que, assim como as decisões de constitucionalidade podem ser revogadas, o mesmo pode ocorrer com as decisões de inconstitucionalidade. Ora, nada impede que uma lei, declarada inconstitucional em controle difuso, seja mais tarde, e a partir dos devidos pressupostos, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disto, a técnica dos efeitos prospectivos tem íntima ligação com a racionalidade da eficácia vinculante dos precedentes, já que obriga os demais tribunais a se comportarem como se a norma, apesar de inconstitucional, estivesse produzindo efeitos. Note-se, nesta dimensão, que a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em recurso extraordinário, é modulada de forma a produzir efeitos a partir de certo instante, obviamente não tem qualquer sentido se os demais juízos puderem pronunciar a inconstitucionalidade nos casos concretos que estiverem em suas mãos. Em outras palavras, tal técnica, ao menos no controle incidental, só têm sentido quando ligada à eficácia vinculante.

Bem vistas as coisas, exigir a comunicação ao Senado Federal é admitir algo que deixou de ter razão de ser.<sup>32</sup> Não há

---

<sup>32</sup> O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na Rcl 4.335, advertiu para o ponto: “Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser inter-

qualquer razão para se exigir a comunicação do Senado Federal, ao menos para o efeito de se atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade. Para alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, a comunicação ao Senado Federal, atualmente, é feita apenas para que se publique a decisão no Diá-

---

pretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos. Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo” (STF, Rcl 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes). Advirta-se que a reclamação está pendente de julgamento. Após o voto-vista do Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o relator, Ministro Gilmar Mendes; do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão; e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski.

rio do Congresso.

É importante, a respeito, a Reclamação 4335 – ainda em julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal -, proposta em face de decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, que indeferiram pedidos de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado pela prática de crimes hediondos<sup>33</sup>. Nesta Reclamação, afirma-se ofensa à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82959, em que se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O relator, Ministro Gilmar Mendes, julgou procedente a Reclamação para cassar as decisões impugnadas, sob o fundamento de que estas afrontam a decisão proferida no *Habeas Corpus* 82959. Examinou o argumento do Juiz de Direito, no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no *Habeas Corpus* 82959 dependeria da expedição de resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X), dizendo ser necessário, atualmente, a reinterpretação de institutos relacionados ao controle incidental de inconstitucionalidade, em especial o da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82959, e que, como esta decisão tem eficácia geral, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, de comunicar esta Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. O Ministro Eros Grau acompanhou o voto do relator, afirmando que a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida no con-

---

<sup>33</sup> Informativo n. 454, STF, Reclamação 4335, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1.2.2007.

trole incidental, tem eficácia vinculante, e que, assim, o art. 52, X, da Constituição Federal atribui ao Senado Federal competência apenas para dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade, admitindo a tese da mutação constitucional, sustentada pelo relator, Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Sepúlveda Pertence, votando logo após, julgou improcedente a reclamação, porém concedeu *habeas corpus* de ofício para o Juiz de Direito examinar os demais requisitos para o deferimento da progressão. Argumentou que, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal torne dispensável a reserva de plenário nos demais tribunais, isto não pode servir para reduzir o papel que é atribuído ao Senado desde a Constituição de 1934. Disse que, embora o mecanismo de outorga de competência ao Senado para a suspensão da execução da lei tenha se tornado obsoleto, não é correto recorrer a um fundamento de mutação constitucional e interpretar o art. 52, X, da Constituição Federal como norma que atribui ao Senado Federal competência para dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade. Advertiu que a solução, para imprimir eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, está no instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas também concedeu *habeas corpus* de ofício. Argumentou que a atuação do Senado não constitui obstáculo à efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, porém complemento, e que o artigo 52, X, da Constituição Federal, deve continuar a ser interpretado como norma que autoriza o Senado Federal a suspender a execução da lei declarada inconstitucional, igualmente negando a tese de mutação constitucional. Lembrou, na linha do Ministro Pertence, que a eficácia geral pode ser obtida mediante a edição de súmula vinculante. Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. A Reclamação, assim, pende de julgamento, oferecendo grande oportunidade à formação de precedente acerca da interpretação do art. 52, X, da Constitui-

ção Federal e do correspondente papel contemporâneo do Senado Federal diante de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

