

APROXIMAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO CONTROLE DIFUSO COM O CONCENTRADO

Laércio Cruz Uliana Jr.¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Antecedentes Históricos do Controle difuso no Brasil. 3. Reserva de Plenário. 4. O princípio da reserva de plenário e a súmula vinculante nº 10. 5. Do quórum para declarar a (in)constitucionalidade. 6. Da dispensa da reserva de plenário e os efeitos da decisão. 7. Efeito Semi-Vinculante. 8. Modulação temporal da decisão. 9. Conclusão.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo dos efeitos do controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos, no sistema jurídico brasileiro, quando exigível a reserva de plenário e sua aproximação com os efeitos do controle concentrado, bem como os reflexos da Emenda Constitucional n. 45, na parte em que instituiu o requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário.

PALAVRAS CHAVE

Processo constitucional, reserva de plenário, controle difuso e concentrado, efeitos.

ABSTRACT

This paper aims studying the effects of law's diffuse control of constitutionality in the Brazilian legal system, when required the condition of *reserva de plenário* and their approach to the effects of concentrated control of constitutionally, as well as the effects of the Constitutional Amendment n. 45, in that it imposed the requirement of social repercussion for the admissibility of the *Recurso Extraordinário* at Brazil's Supreme Court.

KEYWORDS

Constitutional procedure; judgment, plenary, law's diffuse control of constitutionality, law's concentrated control of constitutionality, effects.

¹ Acadêmico do curso de Direito do 10º DIAN, Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, orientado pelo Prof. Dr. Jorge de Oliveira Vargas. E-mail: laerciocuj@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, no sistema brasileiro, pode ser realizado, quer pelo método difuso, quer pelo concentrado, aquele em via de defesa, e este em via de ação. O efeito *ex tunc* é comum a ambos os métodos, porém consagrando a melhor doutrina, veio o legislador, através da Lei 9.868 art. 27, possibilitar, embora excepcionalmente, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, admitindo, portanto, o efeito *ex nunc*. Todavia a previsão legislativa nesse sentido refere-se apenas ao controle pelo método direto ou concentrado; a questão é saber da possibilidade dessa modulação temporal aplicar-se também ao controle difuso, quando, para tanto, for exigível a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Também é importante enfrentar-se a questão a respeito da eficácia *erga omnes*, que é própria do controle direto, onde o objeto da ação é a lei ou ato normativo, em tese, e sua extensão para o controle difuso, que em princípio tem eficácia apenas entre as partes.

Este texto será uma reflexão sobre a natureza jurídica da decisão proferida no incidente de inconstitucionalidade disciplinado nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, o qual, apesar de dar-se em um caso concreto, analisa a lei ou ato normativo em tese, admitindo do *amicus curiae* (art. 482, § 3º), bem como a manifestação, por escrito do titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal (art. 482, § 2º).

Diante de tamanha similitude com o controle concentrado, indaga-se se a decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade antes referido, pelo Órgão Especial de um determinado Tribunal, deve ter eficácia apenas entre as partes ou *erga omnes*, ou ainda, somente vinculante aos demais órgãos integrantes do respectivo Tribunal.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

A Constituição Imperial de 1824, em princípio, não contemplava o controle de constitucionalidade, conforme leciona Clèmerson Merlin Clève:

O direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu a fiscalização das leis e atos normativos. Durante o Império, o direito brasileiro sofria influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e França. Ambos os países desconheciam qualquer arranjo jurisdicional com a idêntica finalidade. O princípio da supremacia do Parlamento (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto “expressão da vontade geral” catalisada pelo Legislativo (França) constituíam

obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos².

No entanto, o que se pode afirmar é que o controle de constitucionalidade na Carta Imperial não era exercido pelo Poder Judiciário, mas tão somente pelo Poder Legislativo e pelo Imperador, assim como respectivamente descrito nos arts. 15, 9º e 101, 3º, os quais poderiam fazer o controle de constitucionalidade prévio, político e repressivo, sendo que tais conceitos estariam implícitos nesses artigos, e o controle seria exercido de modo concentrado.

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil surgiu com a Constituição republicana de 1891, que se inspirou no sistema norte-americano que teve origem no famoso caso *Marbury versus Madison*³.

Esse controle é pelo método difuso, que atribui a jurisdição constitucional a todos os órgãos do Poder Judiciário.

Na Constituição de 1891, por meio da Lei 221 de 1894, veio a ser inaugurado o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil. Rui Barbosa define como seria utilizado tal mecanismo:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

*Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que 'Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal' (art. 60, a);
como, ainda, que*

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 80.

³ É enfaticamente a província e o dever do ramo judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar a regra. Se duas leis estão em conflito, as cortes devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas, a lei e a constituição, forem aplicáveis ao caso particular, então a corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a constituição; ou conforme a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras em conflito governa o caso. Essa é a essência do dever judicial. Se, então, as cortes devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não o ato ordinário, deve governar o caso ao qual ambas são aplicáveis. MARMELSTEIN, George. **Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>> Acesso em: 28 abr. 2009.

‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito⁴.

Mas incisiva ainda foi a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a justiça federal, ao dispor no seu art. 13, § 10⁵. Assim, Buzaid encareceu a importância dessa disposição do legislador, segundo ele, uma ‘síntese feliz’ que em matéria de constitucionalidade “traduz o rigor dos princípios, marca o passo definitivo na evolução do direito brasileiro ou assinala, em suma entre nós a doutrina da supremacia do judiciário⁶”.

Mas antes mesmo da Constituição de 1894 o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, tratou de salientar o princípio difuso de controle constitucional.

Porém foi com a Constituição 1934, veio estabelecer profundas modificações a respeito do controle de constitucionalidade, sendo uma de suas principais alterações a exigência da reserva de plenário inserida no seu art. 179, através do qual, somente pela maioria da totalidade dos seus membros, o Tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. A outra inovação foi que o Senado poderia suspender no todo ou em parte lei ou ato do Poder Público, que fosse declarado inconstitucional (art. 91, IV), assim atribuindo efeito *erga omnes* à decisão judicial. Também em seu art. 7º, privilegiou os princípios constitucionais sensíveis, tornando-os de observância obrigatória, sendo que seu descumprimento poderia acarretar ao Estado-membro a possibilidade de intervenção federal, por meio de ação interventiva⁷.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1.035 *apud* BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 54-55.

⁵ Lei 221/1894, art. 13, § 10. “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição.”

⁶ VARGAS, Jorge de Oliveira. **1ª Jornada de Atividades Jurídicas do TRE-PR**. Curitiba: [s.n.], 2001. p. 5.

⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 85.

Até então, o único modo de controle de constitucionalidade, era pelo meio difuso, e em 1965 com a Emenda 16, o legislador veio por inovar a respeito do controle de constitucionalidade, inserindo no nosso ordenamento jurídico o controle concentrado, através do art. 101, *k* da Constituição⁸.

Com o advento da Constituição de 1988, tivemos significativos avanços em relação ao controle de constitucionalidade, no entanto sendo mantido a reserva de plenário inaugurado no sistema de 1934⁹.

2 RESERVA DE PLENÁRIO

O controle difuso, também conhecido como controle no caso concreto, se caracteriza pelo controle de constitucionalidade incidental, ou seja o reconhecimento da inconstitucionalidade “não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente se mostra essencial para que a lide concreta seja julgada”¹⁰, assim, o que se busca é afastar a aplicabilidade da lei, “tornando-se, portanto, um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo.”¹¹.

Conseqüentemente o efeito da declaração é *inter partes*, ou seja, somente valendo para as partes do litígio, e o seu efeito é *ex tunc* (via de regra) a partir da entrada em vigor da lei¹². Essa competência é atribuída a qualquer juiz, desde que competente para julgar a causa.

Tal controle pode ser realizado pelo juiz de primeiro grau ou pelos Tribunais, todavia, para tanto, para declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, não poderá a Câmara/Turma fazer tal controle, podendo somente ela declarar a constitucionalidade. Essa exigência se denomina de princípio da reserva de plenário, e essa reserva de plenário deve ser observada por todos os Tribunais, desde os de 2ª instância até os Superiores. Neste sentido Roberto Barroso leciona:

Singularmente, a faculdade do juízo monocrático de primeiro grau de negar aplicação à norma que repute inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência dos tribunais para a mesma providência. É que, para a declaração incidental de inconstitucionalidade, os tribunais sujeitam-se ao princípio da reserva de plenário (CF, art. 97) – sendo vedada aos órgãos fracionários, como câmaras ou turmas, a declaração de inconstitucionalidade – e a um procedimento específico instituído pelo Código de Processo Civil (arts. 480 a 482), ao qual estão sujeitos os tribunais de 2º grau

⁸ Artigo 101, *k*, da Constituição Federal de 1946.

⁹ *Ibidem*, p. 90-91.

¹⁰ *Ibidem*, p. 400.

¹¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 85-86.

¹² CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias e SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 400.

(Tribunais de Justiça dos Estados, no âmbito da justiça federal comum) e os tribunais superiores, inclusive o Superior Tribunal de Justiça¹³.

É de salientar, que o incidente de inconstitucionalidade, cabe ainda ao Supremo Tribunal Federal, não ficando restrito apenas aos demais Tribunais, bem como a reserva de plenário.

3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO E A SÚMULA VINCULANTE Nº 10

De acordo com o art. 97 da Constituição Federal a Câmara ou Turma não poderá julgar se determinado ato é inconstitucional. Entendendo o órgão julgador que existe um provável vício de inconstitucionalidade, deverá arguir o incidente de inconstitucionalidade, nos termos do arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil, que dizem: “Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”; e “se a alegação ... for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

O art. 97 é taxativo, no sentido de que a Câmara/Turma não tem competência para analisar a Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo da competência do Órgão Especial/Plenário para o julgamento da (in)constitucionalidade de tal lei argüida.

Ainda, como já dito anteriormente, o princípio da reserva de plenário também se aplica ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 176, de seu regimento interno, conforme transcrito abaixo:

Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos artigos 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º Feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

Já as Turmas Recursais, por não estarem equiparados aos Tribunais, estão dispensadas das questões de arguir o incidente de inconstitucionalidade¹⁴.

Ocorre que nem sempre os Tribunais estavam observando o princípio da reserva de plenário, fato que levou o Supremo Tribunal Federal a editar a súmula vinculante nº 10, que além de reafirmar esse princípio, deu-lhe um maior alcance, conforme *in verbis*:

Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83.

¹⁴ *Ibidem*, p. 405.

De, tal súmula desta forma, a reserva de plenária de observância obrigatória quer para fazer o controle direto como indireto da (in)constitucionalidade.

Por outro lado, não é necessária a observância da reserva de plenário par ao controle da recepção ou não de determinada norma.

Nesse sentido: “a clausula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos em que se reputam revogadas ou não recepcionadas anteriores a Constituinte vigente, nesses casos não há em que se falar de inconstitucionalidade, mas não-recepção ou não”¹⁵.

4 DO QUÓRUM PARA DECLARAR A (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da reserva de plenário é claro quando a necessidade da exigência da maioria absoluta de votos para a declaração de inconstitucionalidade, mas não é explícita quanto a necessidade de votos para declarar a constitucionalidade. Neste aspecto Fredie Didier e Leonardo Cunha exemplificam:

*Suponha-se que o órgão especial seja composto de 15 (quinze) membros. Deve, portanto, a inconstitucionalidade ser reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos, ainda que a composição do órgão, no momento do julgamento, não esteja completa. Imagine-se, ainda, que estejam presentes, apenas, 13 (treze) membros, havendo a ausência justificada de 2 (dois) deles. Se o julgamento for proferido por maioria de votos, num escore de 7 (sete) a 6 (seis), a parte, mesmo a votação sendo-lhe formalmente favorável, não venceu. Isso porque, sendo a causa de pedir a inconstitucionalidade de ato ou norma, é preciso que tal inconstitucionalidade seja reconhecida por, pelo menos, 8 (oito) votos. Nessa hipótese ora aventada, conquanto haja votação majoritária para o impetrante, não se alcançou o **quorum** mínimo para a declaração de inconstitucionalidade, devendo ser tida como improcedente a pretensão processual*¹⁶.

Em outra vertente, parte da doutrina entende que o incidente de inconstitucionalidade tem o caráter dúplice, conforme o art. 24, da Lei 9.868, e por este motivo também para que seja declarada a constitucionalidade, será necessário observar o quórum por maioria absoluta¹⁷.

Assim, tem-se entendido, que se no caso da falta de membros, não se atingir o quórum absoluto, num ou noutro sentido, deverá se suspender o julgamento, e convocar

¹⁵ STJ – 5ª T. Resp. 439606-SE, Rel. Felix Fischer, J. 25.02.03, não conheceram, v.u., DJU 14 abri.2003. p. 242.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Processo Civil** 3. 6. ed. Salvador: Podivm, 2008. p. 552.

¹⁷ ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. **Sessão do Órgão Especial**. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 20 mar. 2009.

os membros faltantes para que se prossiga o julgamento, pois caso contrário o Tribunal estaria “concluindo que a lei talvez seja constitucional ou inconstitucional.”¹⁸.

Parece óbvio que não se pode considerar constitucionalidade de uma lei que analisada pela maioria simples ou presente dos membros do Órgão Especial, apesar dessa maioria não ser absoluta.

Este último entendimento, ou seja, de que a reserva de plenário é exigida tanto para se declarar inconstitucional como constitucional a lei, esta pautado na razoabilidade, tanto é assim que tanto o STF, STJ e em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seus regimentos internos tiveram o cuidado de disciplinar o assunto de modo compatível com o art. 24 da Lei 9.868. Assim:

*Art. 173 - Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória*¹⁹.

*Art. 199, § 2º - Proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiver manifestado a maioria absoluta dos membros da Corte Especial*²⁰.

Art. 208 - Só pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Órgão Especial declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

§ 1º Se os votos dos Desembargadores que não estiverem presentes, por qualquer motivo, puderem alterar o resultado, adiar-se-á o julgamento para que sejam tomados.

*§ 2º A decisão declaratória ou negatória de inconstitucionalidade, se for unânime, passará a ser decisão definitiva, de aplicação obrigatória nos casos análogos, salvo se o órgão julgador, por motivo relevante, achar necessário provocar novo pronunciamento do Órgão Especial*²¹.

Deste modo é de se extrair que o julgamento do incidente deve sempre observado em conjunto o art. 97 da CF e o art. 24 da lei 9868, pois sempre deverá se observar a maioria absoluta dos votos em um ou noutro sentido para declarar a (in)constitucionalidade. Se pela falta de membros este órgão julgador não atingir a maioria absoluta para declarar (in)constitucionalidade, deverá então o órgão suspender o julgamento, e convocar os membros faltantes até que chegue num resultado por maioria absoluta, seja no da constitucionalidade ou não.

¹⁸ VARGAS, Jorge de Oliveira. **Plenário tem que decidir se lei é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-27/maioria-orgao-especial-poder-julgar-lei-inconstitucional?pagina=2>> Acesso em: 16 abr. 2009.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_mar_2009.pdf> Acesso em: 14 abr. 2009.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=815> Acesso em 14 abr. 2009.

²¹ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Regimento Interno**. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/c/document_library/get_file?folderId=124465&name=DLFE-5832.doc> Acesso em: 14 abri. 2009.

5 DA DISPENSA DA RESERVA DE PLENÁRIO E OS EFEITOS DA DECISÃO

Cabe acrescentar que nos termos do parágrafo único do art. 481 do CPC, “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Seguindo o raciocínio de que o controle difuso tem eficácia apenas entre as partes, não haveria razão para o legislador afirmar, como o fez no parágrafo único do art. 481 do CPC que “os órgãos fracionário dos Tribunais não submeterão ao Órgão Especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes.” Pode-se extrair daí, que a decisão do Órgão Especial tem efeito só entre as partes? Ora, se com essa decisão os demais órgãos fracionários não necessitarão de observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal, a conclusão a que se pode chegar é que a mesma tem efeito vinculante em relação a esses, porém, não de forma absoluta, pois conforme leciona Nelson Nery Jr: “não há vedação que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houver fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior.”²².

O efeito vinculante, de Scarpinella Bueno contribui também para atender os princípios da economia processual, eficiência e o respeito ao precedente²³, e de maneira especial para a segurança jurídica.

Já, em sentido contrário, pode-se argumentar que o efeito vinculante por reduzir a independência do órgão julgador, só se admite em casos excepcionais, previstos de forma de explicitas em lei, o que não consta no regramento do citado incidente de inconstitucionalidade.

Quanto à eficácia *erga omnes*, em princípio pode ser afastada porque trata-se de decisão em caso concreto; todavia também aqui pode se argumentar em sentido contrário, pois o objeto da decisão do Órgão Especial é a lei ou ato normativo em si, e não a pretensão da parte.

No entanto, tal interpretação deve ser analisada de modo cauteloso, porque, como já dito, pode-se sim fazer nova arguição da questão já anteriormente julgada, presentes as hipóteses anteriormente citadas²⁴.

²² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: RT, 2007. p. 768.

²³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: recursos, processos e incidentes nos Tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle de decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.386.

²⁴ Idem.

Scarpinella Bueno, fazendo uma interpretação restritiva do efeito vinculante, o admite apenas nos casos de ADIN e ADC, não se aplicando inclusive quando já houve pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal²⁵.

Porém, a Emenda Constitucional 45, trouxe a novidade da repercussão geral das questões constitucionais para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º da CF), o que permite que dali se extraia que uma vez admitida a repercussão, a decisão deverá ter eficácia *erga omnes*, pois a decisão proferida, embora em um único processo, deverá valer para casos análogos, pois se trata do *leading case*²⁶.

Assim, há a tendência no STF de dar-se efeito *erga omnes* as decisões de controle de constitucionalidade proferidas em casos concretos. Didier, a respeito cita o RE 197.917/SP, cuja a decisão posteriormente foi objeto da Resolução 21.702/2004, do Tribunal Superior Eleitoral, que deu eficácia *erga omnes* a aquela decisão.

Essa Resolução foi objeto das ADIN's sob nº 3.345 e 3.365, as quais não prosperaram, tendo o Excelso Pretório entendido que “o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição”.²⁷

Acrescente-se que do art. 101 do Regimento Interno do STF, pode-se extrair o efeito vinculante das decisões do plenário perante as Turmas do Tribunal²⁸.

Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.

Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

Como escreve Didier, por força do referido art. 101, fica evidente que somente com nova revisão da jurisprudência poderá ser mudado o entendimento da Corte, isso em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Fácil é concluir que hoje a decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, pode ter efeito vinculante e *erga omnes*, todavia conclusão idêntica não pode ser adotada, de maneira plena, quando o incidente for julgado pelos demais Tribunais.

²⁵ *Ibidem*, p. 387-388.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** Texto de palestra proferida na Universidade Montesquieu Bourdeaux IV, Bourdeaux-França, em 19 de junho de 2008.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*.

6 EFEITO SEMI-VINCULANTE

A força vinculante de um precedente é bem exposta por Antonio Cicero de Oliveira Braz descreve leciona:

A força vinculante do precedente, entretanto, não é absoluta e nem poderia sê-lo, sob pena de engessar o direito, impedindo o seu progresso. Com efeito, o precedente só terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (binding ou leading precedents), caso contrário servirá apenas de precedente persuasivo (persuasive precedents). É preciso também ter em conta que a eficácia do stare decisis não cobre o inteiro teor do julgado, senão a parte nuclear da motivação, onde vem exposto o fundamento jurídico que embasa a conclusão, ou seja, a ratio decidendi. Além disso, o precedente poderá ser sempre revisto se ficar demonstrada o seu despautério ou equívoco, em outras palavras, desde que haja novos e persuasivos motivos para se adotar outra decisão. Para tanto o juiz se utiliza de técnicas para afastar esses leading precedents, denominadas overruling e distinguishing²⁹.

Se não é possível afirmar-se de maneira categórica que a decisão proferida em incidente de inconstitucionalidade pelos Órgãos Especiais dos Tribunais, pode-se afirmar que há no mínimo um efeito semi-vinculante equiparado ao que dispõe art. 518, § 1º do CPC, que trata das sumulas impeditivas de recurso.

Tal como estas também a decisão já proferida pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade, nos termos do art. 481, parágrafo único do citado diploma processual tem, em princípio, essa força impeditiva em homenagem aos princípios da celeridade e segurança jurídica, podendo só, excepcionalmente, ser afastado.

Todavia, não poderia ter efeito *erga omnes* a decisão do incidente de inconstitucionalidade, pois dando tal efeito, a decisão seria um substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.

7 MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECISÃO

Ainda, pode-se perceber a maior aproximação do método difuso com o concentrado, quando naquele admite-se o *amicus curiae*. A questão da modulação temporal, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 27, na Lei 9868/99, não tem previsão expressa para hipótese do controle difuso, porém não há a respeito nada que a impeça desde que haja uma justificativa que se assemelhe com as exceções previstas no mencionado art. 27:

²⁹ Braz, Antonio Cicero de Oliveira. **Sumula Vinculante**. Brasília: Universidade Candido Mendes – UCAM. Monografia de Conclusão de Pós Graduação Lato Sensu. <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/Súmula_Vinculante_Antônio%20Cícero.pdf?sequence=1> Acesso em: 12 out. 2009.

Art. 27. 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.

Nessa vertente, o STF tem entendido que “excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública e social exijam”.³⁰

CONCLUSÃO

Da evolução doutrinária e jurisprudencial, bem como das inovações legislativas, pode-se concluir que está havendo uma aproximação dos efeitos do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos feito pelos sistemas difuso e concentrado, os quais, originariamente eram diferentes, ou seja, pelo sistema concentrado os efeitos são vinculantes, admitem modulação temporal e eficácia *erga omnes*, enquanto que pelo difuso não se falava em efeito vinculante, nem mesmo de modulação temporal e sua eficácia limitava-se às partes.

Um sistema híbrido ocorre nos incidentes de inconstitucionalidade suscitados nos tribunais, que são julgados pelos respectivos Órgãos Especiais em razão da necessidade de observância da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Trata-se aí de um controle de constitucionalidade no caso concreto, portanto pelo sistema difuso, mas que no incidente é analisada a lei ou ato normativo de forma abstrata, o que é próprio do sistema concentrado.

A aproximação desse controle dos dois sistemas levou a conclusão que as decisões ali proferidas possuem um efeito semi-vinculante, ou seja, em nome do respeito ao precedente não são admissíveis, em princípio, novos incidentes sobre as mesmas questões de direito, porém em situações excepcionais, como a mudança de quorum e argumentos jurídicos novos, haverá essa possibilidade.

O Supremo Tribunal Federal já vem admitindo a atribuição de efeitos *erga omnes* em decisões proferidas em controle difuso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. **Sessão do Órgão Especial**. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 20 mar. 2009.

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 716.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Braz, Antonio Cicero de Oliveira. **Sumula Vinculante**. Brasília: Universidade Candido Mendes – UCAM. Monografia de Conclusão de Pós Graduação Lato Sensu. <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/Súmula_Vinculante_Antônio%20Cícero.pdf?sequence=1> Acesso em: 12 out. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: recursos, processos e incidentes nos Tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle de decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio F. Elias e SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2000.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Processo Civil 3**. 6. ed. Salvador: Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. Texto de palestra proferida na Universidade Montesquieu Bourdeaux IV, Bourdeaux-França, em 19 de junho de 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>>. Acesso em 28 abr. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=815> Acesso em: 14 abri. 2009.

Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_mar_2009.pdf> Acesso em 14 abri. 2009

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/c/document_library/get_file?folderId=124465&name=DLFE-5832.doc> Acesso em 14 abri. 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Plenário tem que decidir se lei é inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-27/maioria-orgao-especial-poder-julgar-lei-inconstitucional?pagina=2>> Acesso em: 16 abri. 2009.

_____. **1ª Jornada de Atividades Jurídicas do TRE-PR**. Curitiba [s.n.], 2001.