

Sprint

FINAL

PGE-GO



revisaopge.com.br

AVISO DE DIREITOS AUTORAIS

Prezado aluno, antes de iniciarmos nossos estudos de hoje, precisamos ter uma conversa séria. Trata-se do respeito aos nossos esforços na produção deste curso, a que temos dedicado todas nossas energias nos últimos meses.

Saiba que nosso objetivo é sempre oferecer o melhor produto possível e que realmente faça a diferença na sua caminhada rumo à aprovação. Mas, para que nós consigamos atingir essa meta, sua ajuda é imprescindível.

Então, sempre que algum amigo ou conhecido falar “será que você passa para mim aquele material do RevisãoPGE que você tem?”, lembre desta nossa conversa. Mais: lembre que o Extensivo 4x4 (assim como todos os nossos produtos) são tutelados pela legislação civil (como a Lei 9.610/98 e o Código Civil) e pela legislação penal (especialmente pelo art. 184 do Código Penal).

Para que não reste dúvida: este curso se destina ao uso exclusivo do aluno que o adquirir em nosso *site*, e sua aquisição não autoriza sua reprodução. Ok?

Sabemos que falar isso parece pouco amigável, mas só estamos tendo este “papo reto” porque queremos de você justamente um ato de amizade: não participar, de forma alguma, da pirataria deste curso. Se isso acontecer, o fornecimento das aulas a você será interrompido e nenhum valor pago será restituído, sem prejuízo, evidentemente, de toda a responsabilização cabível nos âmbitos civil e penal.

Bem, o recado era esse. Agora podemos voltar às boas e meter a cara nos livros!
Ops... nos PDFs!

Bons estudos!

PDFIGHT!

DIREITO CONSTITUCIONAL – AULA 05

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 2)

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 2)	4
CONTROLE REPRESSIVO JUDICIAL NO BRASIL	4
<i>Controle Concreto (Difuso)</i>	6
<i>Cláusula de reserva de plenário e julgamento de recurso extraordinário pelo STF</i>	10
EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCRETO DIFUSO ...	12
<i>Sistemática tradicional</i>	12
<i>Nova sistemática proposta pelo STF (Informativo 886)</i>	15
<i>Controle concreto em ações coletivas</i>	16
CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STJ	17
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	17
SÚMULA VINCULANTE	19
<u>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO CNJ E PELO CNMP?</u>	23

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 2)



FOCO NA PGE GO

A Constituição do Estado de Goiás prevê:

Art. 11. Compete exclusivamente à Assembleia Legislativa:

XXIV suspender, no todo ou em parte, a execução de leis estaduais ou municipais declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Tribunal de Justiça;

Art. 46 Compete privativamente ao Tribunal de Justiça

VIII - processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato estadual e municipal, em face da Constituição do Estado, e o pedido de medida cautelar a ela relativo

Art. 60. **Podem propor** a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição:

I - o **Governador** do Estado, ou a **Mesa** da Assembleia Legislativa;

II - o **Prefeito**, ou a **Mesa** da Câmara Municipal;

III - o **Tribunal de Contas** do Estado;

IV - o Tribunal de Contas dos Municípios;

V - o **Procurador-Geral** de Justiça;

VI - a **Ordem dos Advogados** do Brasil Seção de Goiás;

VII - as **federações sindicais ou entidades de classe** de âmbito estadual;

VIII - os **partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa**, ou, em se tratando de lei ou ato municipais, na respectiva **Câmara Municipal**.

§ 1º - O **Procurador-Geral de Justiça deverá ser previamente ouvido** nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Tribunal de Justiça.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada **ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias** e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em **trinta dias**.

§ 3º Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou de ato normativo, **citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado**, que defenderá o ato ou texto impugnado, e, no caso de norma legal ou ato municipal, citará ainda o Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal, para a mesma finalidade.


§ 4º - Declarada a inconstitucionalidade, a **decisão será comunicada à Assembleia ou à Câmara Municipal**.


§ 5º Somente pelo **voto da maioria absoluta** dos membros do seu órgão especial o Tribunal de Justiça poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ou municipal em face desta Constituição.

§ 6º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Tribunal de Justiça nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas estadual e municipal.

§ 7º Os legitimados constantes nos incisos II, III, IV e VII do caput deste artigo deverão demonstrar que a pretensão por eles aduzida guarda relação de **pertinência direta com os seus objetivos institucionais**.

CONTROLE REPRESSIVO JUDICIAL NO BRASIL

 O controle de constitucionalidade repressivo judicial, que pode ser de dois modelos: a) concreto (**também chamado de incidental ou por via de exceção**), que é difuso; b): **abstrato (também chamado de por via de ação direta)**, que é concentrado no STF ou nos TJs e é feito por meio de ações típicas, como a ADI genérica, a ADC, a ADI por omissão (ADO), a ADPF.

 A regra é que o controle difuso seja realizado no caso concreto e o controle concentrado seja realizado em abstrato. A ADI interventiva é uma exceção a isso, pois

é um instrumento de controle de constitucionalidade concentrado (já que se concentra no Supremo Tribunal Federal), mas realizado no caso concreto.

Controle Concreto (Difuso)

■ Esse controle é, em regra difuso (à exceção da ADI interventiva), podendo, portanto, ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

■ O controle concreto ou difuso diz respeito a um caso concreto, a uma lide, ou seja, a um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida que é levado ao Poder Judiciário em qualquer tipo de ação.

■ A inconstitucionalidade, nesse tipo de controle, não é o objeto principal da ação, mas, sim, uma questão incidental que deve, necessariamente, ser enfrentada necessariamente pelo magistrado para que ele possa julgar a lide.

■ Esse tipo de controle de constitucionalidade pode ser feito DE OFÍCIO pelo juiz ou por provocação.

■ O controle concreto (assim como o controle concentrado) deve observar o **art. 97 da CF/88**, que prevê a denominada **cláusula de reserva de plenário** (ou regra do *full bench*), por força da qual, nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade depende de decisão tomada pelo plenário da Corte ou pelo respectivo órgão especial, sempre por maioria absoluta de votos.

“**Art. 97, CF/88.** Somente pelo voto da **maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial** poderão os **tribunais** declarar a **inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo do Poder Público.”


■ O órgão especial é um órgão que, conforme prevê o art. 93, XI, da CF/88, pode ser criado por Tribunais que possuam mais de 25 (vinte e cinco) membros, para exercer atribuições administrativas e jurisdicionais do plenário. Ele deve ter no mínimo 11 (onze) e no máximo 25 (vinte e cinco) membros, sendo metade das vagas


preenchidas por antiguidade dos membros do Tribunal e metade por eleição feita pelo plenário.


“Art. 93, CF/88.


(...)

XI – nos tribunais com número **superior a vinte e cinco julgadores, poderá [É, PORTANTO, UMA FACULDADE, E NÃO UMA IMPOSIÇÃO]** ser constituído **órgão especial**, com o **mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros**, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.” (redação da EC 45/2004)

 Em virtude da cláusula de reserva de plenário, não pode haver decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afaste sua incidência, no todo ou em parte. Uma decisão como essa viola a cláusula de reserva de plenário, conforme consta da Súmula Vinculante nº 10 do STF.

 Quando o Tribunal se limita a interpretar a norma infraconstitucional, definindo seu sentido e seu alcance (isto é, estabelecendo que ela se aplica a alguns casos e não se aplica a outros), não há violação à Súmula Vinculante 10 nem tampouco à cláusula de reserva de plenário (ARE 743287 AgR; RE 460971/RS).

 **STF, 2020:** Na **interpretação conforme a Constituição**, quando utilizada como princípio interpretativo, não há necessidade de se observar a cláusula de reserva de plenário. Porém, quando utilizada como técnica de decisão em controle de constitucionalidade, o STF vem entendendo pela necessária aplicação da reserva de plenário (RE 765.254 AgR-EDv, j. 20/04/2020, Pleno).

 E, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida em 27/03/2018 no RE 755.234, afirmou que “parece compatível com orientação da Corte que a interpretação conforme constitui-se

técnica de decisão no controle de constitucionalidade, devendo assim observar o full bench”.

PCB Quando o Tribunal resolve a causa com fundamento diverso do que foi alegado pelas partes (o que, naturalmente, causa a não aplicação da norma invocada como causa de pedir), não há violação à cláusula de reserva de plenário (nem à Súmula Vinculante 10), pois isso não caracteriza o afastamento da norma, mas, sim, a sua mera não apreciação decorrente da sua não subsunção ao caso (Rcl 29307 AgR).


PCB A cláusula de reserva de plenário não se aplica às decisões relativas à revogação e à não recepção da lei, pois, segundo o STF, essa hipótese não envolve uma inconstitucionalidade, mas, sim, uma revogação por não recepção (ARE 651448 AgR).


PCB Nesse mesmo sentido, quando o órgão fracionário, sem observar o art. 97 da CF/88, disfarça uma declaração de inconstitucionalidade sob o argumento de estar realizando uma interpretação conforme, viola a cláusula de reserva de plenário e a Súmula Vinculante nº 10, o que também já foi afirmado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal.

PCB Mas veja que nem sempre que o Tribunal deixa de aplicar a norma invocada pela parte significa que ele a está afastando. É que é possível que o órgão jurisdicional resolva a causa com fundamento diverso do que foi alegado pelos interessados, o que, naturalmente, causará a não aplicação da norma invocada como causa de pedir, mas não haverá, em tal hipótese, o afastamento da norma e sim a sua simples não apreciação, de modo que não haverá violação à Súmula Vinculante nº 10.

PCB Portanto, quando se trata de recepção ou não recepção, a discussão é sobre revogação ou não revogação da norma, e não sobre sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

PCB Ainda, o art. 97 da CF/88 não se aplica às decisões relativas à revogação e à não recepção da lei. Isso não exige a observância do art. 97 da CF/88, pois, segundo o STF, essa hipótese não envolve uma inconstitucionalidade, mas, sim, uma revogação.

 A aplicação da cláusula de reserva de plenário nos Tribunais se dá pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade, que é o procedimento pelo qual o órgão fracionário destaca a análise da inconstitucionalidade e a remete ao órgão especial ou tribunal pleno, conforme disciplinado nos arts. 948 a 950 do CPC/15.

“**Art. 948, CPC/15.** Arguida, em **controle difuso**, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.” 

PORTANTO, HAVENDO CONTROLE DIFUSO, A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE SERÁ, INICIALMENTE, SUBMETIDA PELO RELATOR À CÂMARA/TURMA A QUEM COMPETE JULGAR O FEITO (POR EXEMPLO, A APELAÇÃO). NESSA PRIMEIRA ANÁLISE, A TURMA/CÂMARA TERÁ DUAS OPÇÕES, PREVISTAS NO ART. 949 DO NCPC.

“**Art. 949, CPC/15.** Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. 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.**”

“**Art. 950, CPC.** Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.


§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. **-> OS LEGITIMADOS DO ART. 103 DA CF/88 SÃO OS LEGITIMADOS ATIVOS DA ADI E DA ADC.**


§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” **-> AQUI HÁ, COMO SE PERCEBE, A PREVISÃO DA FIGURA DO “AMICUS CURIAE” NO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS.**


PGE O procedimento de aplicação da cláusula de reserva de plenário (incidente de arguição de inconstitucionalidade) se dá da seguinte maneira, segundo o CPC: a) o órgão fracionário analisa a alegação de inconstitucionalidade e, se a rejeitar, o julgamento segue normalmente no próprio órgão fracionário; b) se a alegação de inconstitucionalidade for acolhida pelo órgão fracionário, a questão constitucional é destacada e remetida ao plenário ou órgão especial do Tribunal para análise.


PGE Segundo o parágrafo único do art. 949 do CPC/15, se a questão constitucional já houver sido decidida pelo órgão especial ou pleno do respectivo Tribunal ou mesmo pelo pleno do STF, ela não precisa ser submetida à cláusula de reserva de plenário,

podendo o órgão fracionário julgar diretamente a causa, aplicando o entendimento já firmado. Isso se aplica tanto quando o precedente a ser seguido é dotado de eficácia vinculante quanto quando não é (ARE 914045 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 15/10/2015; RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 27/05/1997).

 No incidente de arguição de inconstitucionalidade é admitida a manifestação dos responsáveis pela edição do ato, dos legitimados ativos para ADI/ADC e do *amicus curiae*.


 Não é cabível recurso extraordinário em face da decisão que julga o incidente de arguição de inconstitucionalidade, mas apenas contra a decisão que julga o processo em que instaurado o incidente (Súmula 513/STF). Esse recurso, acaso interposto, deve ser acompanhado de cópia da decisão que julgou o incidente de inconstitucionalidade, ainda que se trate de decisão proferida em processo anterior e que justificou a não instauração do incidente no processo em curso (RE 238790 AgR, julgado em 08/02/2011).


 O art. 97 da CF/88 não se aplica às turmas recursais dos juizados especiais e dos juizados de pequenas causas (STF, RE com Agravo 792562 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 18/03/2014).


 Em resumo, o órgão fracionário, diante de uma alegação de inconstitucionalidade, tem as seguintes opções:


- 1 – Rejeitar a arguição de inconstitucionalidade e julgar a causa desde logo;
- 2 – Acolher a alegação de inconstitucionalidade, mas julgar desde logo o processo, por já ter a questão sido examinada pelo pleno ou órgão especial do próprio tribunal ou pelo pleno do STF; ou
- 3 – Acolher a alegação de inconstitucionalidade e, não tendo a questão sido examinada ainda pelo próprio tribunal ou pelo STF, destacar o tema e instaurar um incidente de inconstitucionalidade, remetendo o exame da matéria ao pleno ou órgão especial do próprio tribunal. Nessa hipótese, o pleno ou órgão especial decide a questão do controle de constitucionalidade e devolve o tema ao órgão fracionário, que, então, julgará o caso concreto.


Cláusula de reserva de plenário e julgamento de recurso extraordinário pelo STF

 Como regra, as Turmas do STF, no controle concreto difuso realizado nos processos em geral, não podem declarar a inconstitucionalidade sem que o plenário já o tenha feito, como, inclusive, já decidiu o STF nos EDcl no AgRg no RE 371.089.

 Em relação especificamente ao recurso extraordinário, porém, existe uma discussão sobre a necessidade ou não de aplicação da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade.

 No RE 361.829 ED (j. 02/03/2010), a Segunda Turma do STF afirmou que *“o STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal”*.

 Com base nesse julgado, a banca examinadora do concurso do Ministério Público Federal entendeu, em prova realizada em 2011, que o STF não precisa observar a cláusula de reserva de plenário no julgamento de recurso extraordinário.

 Posteriormente, a própria Segunda Turma do STF afirmou que a cláusula de reserva de plenário se aplica a todos os Tribunais do País (inclusive, ao STF), nos seguintes termos: *“o art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da ‘maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais’, está se dirigindo aos Tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI”* (ARE 792562 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 18/03/2014).

PCB Por conta desse precedente, o CESPE entendeu, em prova realizada em 2014, que, de acordo com a atual jurisprudência do STF, o recurso extraordinário submetesse à cláusula de reserva de plenário.

PCB Ademais, o RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) diz que o Relator deve submeter o tema ao Plenário quando há inconstitucionalidade ainda não apreciada por ele, e que, se o Relator não o fizer, a turma deve fazê-lo.

PCB Em 2018, o STF afirmou que *“a cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10)”* (ARE 791932/DF, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, J. 11/10/2018, Pleno).

PCB Apesar da celeuma, não há nenhuma disposição constitucional, legal ou no Regimento Interno do STF que preveja, de fato, a não submissão do recurso extraordinário à cláusula de reserva de plenário.

PCB **Sugerimos o seguinte: em provas subjetivas e orais, deve ser exposto todo o histórico visto aqui. Já em provas objetivas, o ideal é seguir sempre o entendimento mais recente do STF, que, no caso, é o de que ele se submete, sim, à cláusula de reserva de plenário.**


PCB Existe uma **hipótese específica livre de divergências em que o julgamento de recurso extraordinário não precisa observar o art. 97 da CF/88.**


PCB Isso ocorre quando esse recurso é interposto contra decisão final proferida em ADI estadual na qual o paradigma constitucional de controle foi uma norma de observância obrigatória. Nesse caso, se o Tribunal de origem já houver declarado a inconstitucionalidade, o STF não precisa aplicar a cláusula de reserva de plenário no recurso extraordinário para confirmar essa inconstitucionalidade. Porém, se na origem não tiver havido declaração de inconstitucionalidade, o STF, para declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, precisará observar a cláusula de reserva


de plenário ao julgar o recurso extraordinário (ARE 661288, Primeira Turma, j. em 06/05/2014).


EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCRETO DIFUSO

Sistemática tradicional

 Tradicionalmente, como **regra**, os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade são: a) *ex tunc* (retroativos); e b) *inter partes* (isto é, atingem somente as partes do processo, ou seja, autor e réu).

 **Excepcionalmente**, em caso de modulação, os efeitos são: a) não retroativos (*ex nunc*) ou prospectivos (*pro futuro*); e b) *ultra partes* (o que ocorre como decorrência de uma **eficácia expansiva** da decisão de controle de constitucionalidade).

 A ponderação que autoriza a modulação dos efeitos envolve, de um lado, a norma constitucional tida por violada e, de outro lado, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, mas não a supremacia da Constituição (STF, ADI 4481, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, j. em 11/03/2015).

 A modulação foi inicialmente admitida apenas no controle abstrato (mais precisamente, na ADI e na ADC), conforme previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, mas o STF admite, por analogia, que também no controle concreto difuso haja modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (RE 197917, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 24/03/2004).

“Art. 27, Lei 9.868/99. 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.”

Assim, a modulação no controle concreto:

Pode ocorrer em **situações extremas** (STF, RE 553223 AgR-ED, 19/08/2008) quando houver, v.g., boa-fé, “risco extremo à segurança jurídica ou ao interesse social” (STF, idem, voto do relator, Min. Joaquim Barbosa) ou “grave lesão à ordem pública” (STF, RE 442309 AgR, 13/11/2007);

Segundo o STF, a modulação de efeitos somente pode ser feita pelo **plenário do Tribunal** (AI 417014 AgR, 18/12/2006); depende de **manifestação expressa** (RE 392139 AgR); depende de **decisão de 2/3 dos membros do Tribunal** (RE 586453 QO; RE 567985; RE 580963).


Até mesmo quando se trata de uma decisão sobre **não recepção de norma anterior à Constituição**, o STF admite, por analogia, a modulação (RE 600885/RS)


A modulação da decisão que reconhece uma inconstitucionalidade depende de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal, mas, se a decisão houver reconhecido a **constitucionalidade** de uma norma, a eventual modulação de seus efeitos dependerá de decisão tomada pela **maioria absoluta** dos membros do Tribunal, não se aplicando, nesse caso, a maioria de dois terços (RE 638115 ED-ED, julgado em 18/12/2019).

Portanto, se, em sede de **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, o Supremo Tribunal Federal declara a **INCONSTITUCIONALIDADE** de uma norma, é possível a **modulação** dos efeitos da decisão, desde que haja **votos de 2/3 (dois terços) dos Ministros**. Por outro lado, se, também em sede de **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, a Suprema Corte **não declara inconstitucionalidade** (ou seja, reconhece que determinada norma é CONSTITUCIONAL), a modulação dos efeitos da decisão é igualmente possível, mas depende tão somente dos **votos da maioria absoluta dos Ministros**.


Em virtude da eficácia meramente *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade na sistemática tradicional, não há espaço para terceiros (que


não eram partes no processo de origem) ajuizarem reclamação alegando descumprimento da decisão (STF, Rcl 19701 ED, julgada em 20/10/2015).

 Na sistemática tradicional, para que a decisão tivesse eficácia *erga omnes*, era necessário que o Senado Federal editasse a resolução prevista no art. 52, X, da CF/88, suspendendo a aplicação da norma declarada inconstitucional. Essa resolução era dotada de eficácia *ex nunc* (não retroativa), podia alcançar normas de todas as esferas federativas (União, Estados e Municípios), e não era de edição obrigatória (pois dependia de juízo político exclusivo do Senado Federal), mas, acaso editada, tinha observar os exatos termos da decisão do STF (não podendo ter alcance maior ou menor do que ela) e não podia ser revogada por resolução posterior (STF, MS 16512).

 Segundo entendeu o STF, a resolução editada com fundamento no art. 52, X, da CF/88 podia produzir **efeitos repristinatórios**, fazendo com que se tornassem novamente aplicáveis as normas revogadas pela norma que foi suspensa pelo Senado (AI 677191 AgR, j. em 08/06/2010).

Nova sistemática proposta pelo STF (Informativo 886)


 O controle concreto difuso, há algum tempo, vem paulatinamente se aproximando do controle abstrato concentrado, o que significa que há um fenômeno igualando o controle concreto ao controle abstrato de constitucionalidade (igualando, por exemplo, o julgamento do STF em RExt ao julgamento do STF em ADI ou ADC). Esse fenômeno é chamado de processo de **abstrativização (ou objetivação) do controle difuso**.


 O processo de abstrativização do controle difuso pode ser verificado, por exemplo, nos seguintes fatos verificados no constitucionalismo brasileiro:


- a) admissão de modulação de efeitos da decisão tomada no controle difuso, aplicando-se, por analogia, do art. 27 da Lei 9.868/99;
- b) admissão de *amicus curiae* e de sustentação oral de terceiros em Recurso (RE 416.827 e no RE 415.454), o que, inclusive, acabou sendo positivado no CPC/15;
- c) edição de súmula vinculante;

d) não admissão de ADI, reputando a inicial manifestamente improcedente, quando a norma já foi declarada constitucional em recurso extraordinário (ADI-AgR 4071, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009);


e) impossibilidade de desistência do recurso extraordinário após ser reconhecida a repercussão geral, pois o tema passa a ser revestido de objetividade (**RE 693456 QO**, j. 02/09/2015), o que, inclusive, foi tratado pelo CPC/15, que, no seu art. 998, prevê que a desistência do recurso extraordinário até é possível, mas a questão que teve reconhecida a repercussão geral não fica prejudicada pela essa desistência.


 Prosseguindo no caminho de abstrativização do controle concreto, o STF, no ano 2017, atribuiu **efeitos erga omnes e vinculantes** à declaração **incidental** de inconstitucionalidade (ADIs 3406 e 3470, Informativo 886/STF). No caso, tivemos uma declaração de inconstitucionalidade típica do controle difuso no seio do julgamento de uma ADI, sendo possível, portanto, falar que houve uma abstrativização do controle difuso (e concreto), embora a decisão tenha sido tomada no bojo de uma ação de controle concentrado.


 Ao atribuir efeitos vinculantes e *erga omnes* imediatos à declaração incidental de inconstitucionalidade nas ADIs 3406 e 3470, o STF afirmou que o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e que o papel do Senado Federal passou a ser o de dar mera publicidade à decisão tomada pela Suprema Corte.

 O STF, embora não tenha afirmado expressamente, adotou a abstrativização do controle difuso no julgamentos das ADIs 3406 e 3470, pois atribuiu a uma declaração incidental de inconstitucionalidade os mesmos efeitos decorrentes do controle concentrado abstrato (*erga omnes* e vinculantes). No entanto, não se pode afirmar que foi adotada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois, além de isso não ter sido dito pela Corte, tal tese é mais abrangente do que a simples abstrativização do controle difuso. **Por tais motivos, o que o precedente em análise nos permite concluir com segurança é simplesmente que o STF abstrativizou o controle difuso de constitucionalidade.**


Controle concreto em ações coletivas


 A doutrina e a jurisprudência admitem controle concreto de constitucionalidade em ações coletivas (como, por exemplo, a ACP), desde que essas ações não sejam, na prática, substitutivas de ADI, ou seja, desde que a declaração de inconstitucionalidade seja, no caso, realmente incidental, não constituindo o objeto principal da ação. Em outras palavras:

 [...] a declaração de inconstitucionalidade tem que estar na causa de pedir (como é natural do controle concreto), e não no pedido principal (STF, Rcl 1898 ED, 2ª Turma, j. em 10/06/2014).

 Ademais, é importante registrar que o novo entendimento do STF acerca dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade não afeta a jurisprudência atinente ao controle de constitucionalidade no bojo de ações coletivas, pois somente o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF é que foi abstrativizado (mesmo porque essa abstrativização envolve a mutação do art. 52, X, da CF/88, o qual se aplica apenas a decisões definitivas proferidas pela Suprema Corte).

CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STJ

 Não se admite que o recurso especial seja utilizado para debater uma inconstitucionalidade que tenha sido discutida na instância inferior, pois essa questão é própria do recurso extraordinário (STJ, AgRg no AREsp 16.747/SP; REsp 1440298/RS, j. em 07/10/2014).

 Porém, se no recurso especial há uma questão constitucional que ainda não foi aventada nas instâncias inferiores e que é necessária para a solução do próprio recurso especial, o STJ pode, nesse caso, realizar o controle de constitucionalidade concreto nesse recurso. Inclusive, nessa linha de raciocínio, recurso extraordinário interposto em face de decisão do STJ em recurso especial só é admitido quando a

questão constitucional não foi debatida nas instâncias inferiores (STF, AI 145589 AgR, j. em 02/09/1993; RE 518257 AgR, j. em 01/04/2008).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

■ É requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que a matéria nele veiculada tenha sido debatida na instância de origem. Essa exigência é chamada de **prequestionamento** (STF, ARE 940084 AgR).

■ Não cabe recurso extraordinário para reanálise de provas e de questões de fato (STF, ARE 940084 AgR; Súmula 279/STF).

■ Não cabe recurso extraordinário quando a ofensa à Constituição é meramente reflexa, isto é, quando a norma diretamente violada é de caráter infraconstitucional (ARE 910090 AgR).

■ Não cabe recurso extraordinário para análise de normas locais (Súmula 280/STF).

■ Nos termos do art. 102, § 3º, da CF/88, para o conhecimento do recurso extraordinário, é preciso que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral, cuja presença só pode ser recusada por dois terços dos membros do STF, o que torna a repercussão geral (relativamente) **presumida**.

“**Art. 102, § 3º, CF/88.** No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, **somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.**”
(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

■ Além disso, os arts. 1.035, §3º, e 987, § 1º, do CPC/15 trazem quatro hipóteses em que a presunção de existência de repercussão geral se torna absoluta, não admitindo juízo negativo. Essas hipóteses se verificam quando a decisão recorrida:

I) contrariar súmula do STF (art. 1.035, § 3º, I);

- II) contrariar jurisprudência dominante do STF (art. 1.035, § 3º, I);
- III) reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal na aplicação do procedimento da cláusula de reserva de plenário (art. 1.035, §3º, III); ou
- IV) for proferida em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 987, § 1º).

POE Inclusive, uma vez reconhecida a existência de repercussão geral no RExt, não é mais possível a desistência do recurso com o efeito de prejudicar a discussão da matéria.

“Art. 998, CPC. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. **A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida** e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”


POE Nos termos do art. 1.035 do CPC, a demonstração da existência de repercussão geral exige que a matéria tenha relevância que vai além dos interesses subjetivos das partes da demanda, o que faz com que a discussão do processo ganhe contornos de uma discussão abstrata, objetiva.

POE Apenas o Supremo Tribunal Federal possui competência para apreciar a presença de repercussão geral na questão objeto do recurso extraordinário, não podendo isso ser feito pelo Tribunal inferior que prolatou a decisão recorrida (art. 1.035, § 2º, CPC/15).

“Art. 1.035, § 2º, CPC. O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.”

POE O recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral em preliminar formalizada na peça recursal (STF, ARE 1021153 ED-AgR/SP; J. 30/11/2018).

SÚMULA VINCULANTE


 A súmula vinculante, que foi introduzida no ordenamento brasileiro pela EC 45/04, a qual incluiu o art. 103-A na CF/88.


“**Art. 103-A, CF/88.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de **dois terços** dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a **partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete **grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.**

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada **por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.**

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá **reclamação** ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

 A súmula vinculante consolida as decisões do STF no controle concreto difuso de constitucionalidade e confere a essas decisões, que, a princípio, teriam eficácia apenas *inter partes* (ressalvado o novo entendimento noticiado no Informativo 886/STF), um caráter de decisão vinculante e *erga omnes*.

 A Lei nº 11.417/06 disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. O art. 3º dessa lei prevê os legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, atribuindo legitimidade a todos que, nos termos da CF/88, podem ajuizar ADI, bem como ao Defensor Público-Geral da União e aos tribunais situados abaixo do STF na estrutura do Poder Judiciário.

“Art. 3º, Lei 11.417. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

■ Foi prevista também a legitimidade do Município (art. 3º, § 1º, Lei 11.417/06), mas apenas **incidentalmente**. E a apresentação da proposta pelo Município não permite seja suspenso o processo no qual tem origem a questão levada ao STF.

■ O CPC/15 também trata da súmula vinculante, determinando que os juízes e tribunais a observem (art. 927), bem como prevendo o cabimento de reclamação acaso ocorra o seu descumprimento (art. 988).

“**Art. 927, CPC.** Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;(...)”

“**Art. 988, CPC.** Caberá **reclamação** da parte interessada ou do Ministério Público para:
(...)
III – **garantir a observância de enunciado de súmula vinculante** e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;”
(Redação dada pela Lei nº 13.256/2016)


■ A reclamação fundamentada na violação de súmula vinculante recebe dois tratamentos legais diferentes, a depender da origem do ato reclamado: se a violação for praticada por órgão jurisdicional, o cabimento da reclamação será imediato, mas, se a violação decorrer de ato de órgão administrativo, a reclamação apenas poderá

ser manejada após o esgotamento da esfera administrativa (art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/06).


“Art. 7º, Lei 11.417/06. Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º **Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.**


§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”


 As súmulas vinculantes do STF não atingem o Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar, mas apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo, estando o legislador fora do alcance vinculante do enunciado, o que tem como finalidade evitar o fenômeno chamado de **fossilização da Constituição**. As atribuições de caráter não legislativo, ainda que exercidas pelo Poder Legislativo, devem observar a súmula vinculante.


CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO CNJ E PELO CNMP?

 Segundo o STF, **o controle de constitucionalidade não pode ser feito pelo CNJ nem pelo CNMP**, pois a sua natureza estritamente administrativa não os autoriza a

exercer controle de constitucionalidade das leis ou atos administrativos nem tampouco a verificar fenômeno de recepção ou não recepção, tendo em vista que a CF/88 confere a competência para exercer esse tipo de controle exclusivamente ao Poder Judiciário, notadamente, ao STF (MS 27744, j. em 14/04/2015; AC 2.390-MC-REF, j. em 19/08/2010; MS 28872 AgR, j. em 24/02/2011).

 Porém, se, no exercício do controle de caráter administrativo, o CNJ vislumbrar que a lei que serve de fundamento para a prática do ato administrativo controlado é incompatível com a Constituição, o Conselho pode afastar a aplicação dessa lei no caso apreciado, tendo como consequência o reconhecimento da invalidade do ato administrativo submetido à sua fiscalização. Isso, segundo o STF, não consubstancia um controle de constitucionalidade (mesmo porque a Suprema Corte não reconhece a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelo CNJ), mas, sim, um controle administrativo do Poder Judiciário (Pet 4656/PB, J. 19/12/2016).

 **STF, 2020:** Esse entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no ano 2020, mais precisamente, no MS 30943, julgado pelo Plenário em 16/06/2020. Esse caso tratou da aplicação de sanções disciplinares pelo CNMP a um membro do Ministério Público, e uma das teses alegadas pelo impetrante foi a de que o Conselho teria adotado uma medida que, embora prevista em lei, seria inconstitucional, por violar as garantias constitucionais do Parquet. Essa medida consistia no afastamento do cargo com a suspensão da respectiva remuneração e demais vantagens, quando ajuizada a ação civil de perda do cargo, conforme previsto no art. 208, p. único, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

 Segundo o STF, embora não se reconheça ao CNJ (e ao CNMP) a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade, nada impede que o Conselho, no exercício de suas atribuições, reconheça alguma inconstitucionalidade que já tenha sido reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 26739/DF, J. 01/03/2016).

 **Em resumo, o quadro é o seguinte:**

- I) O CNJ (e o CNMP) não pode realizar controle de constitucionalidade
- II) O CNJ (e o CNMP) pode reconhecer uma inconstitucionalidade, desde que aplicando entendimento consolidado na jurisprudência do STF.