

PDFull



REVISÃO

ENSINO JURÍDICO



DIREITO CONSTITUCIONAL

Revisou,
passou!





Sobre a Matéria:

O Direito Constitucional é de extrema importância nos concursos de Procuradorias! A Constituição é Lei Fundamental que estabelece os princípios e diretrizes do Estado e dos direitos dos cidadãos. Os candidatos devem ter um amplo conhecimento dos dispositivos constitucionais, sua interpretação e a jurisprudência relacionada. Além disso, esse conhecimento é essencial para o exercício da função dos Procuradores, permitindo a análise da constitucionalidade de leis, regulamentos e atos governamentais, bem como a defesa dos direitos dos cidadãos.

*O sucesso é
a soma de pequenos esforços
repetidos dia após dia.*



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 REJUS que você tem?”, lembre desta nossa conversa. 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!

*Ele vê tudo...
Não compartilhe!*

DIREITO CONSTITUCIONAL

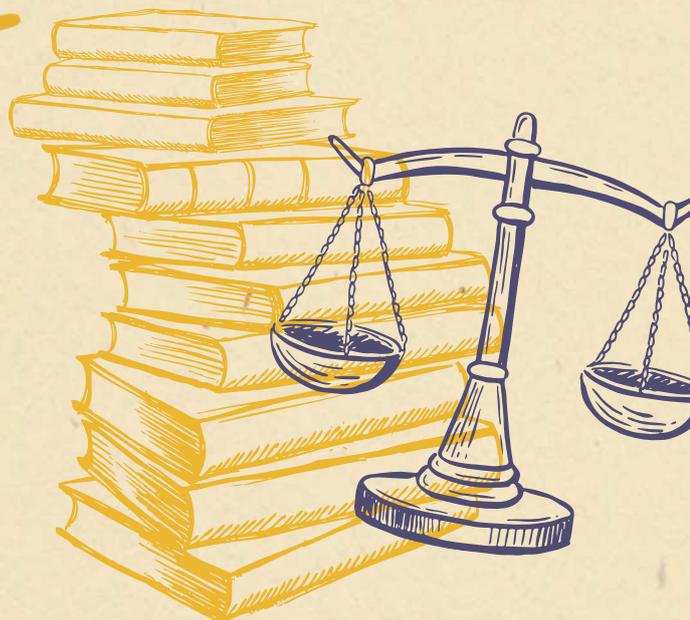
AULA 5 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 2)

CONTROLE REPRESSIVO JUDICIAL NO BRASIL _____	7
Controle Concreto (Difuso) _____	7
Cláusula de reserva de plenário e julgamento de recurso extraordinário pelo STF _____	20
EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCRETO DIFUSO ____	28
Sistemática tradicional _____	29
Nova sistemática proposta pelo STF (Informativo 886) _____	38
Controle concreto em ações coletivas _____	44
CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STJ _____	46
RECURSO EXTRAORDINÁRIO _____	49
SÚMULA VINCULANTE _____	53
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO CNJ E PELO CNMP? _____	57

Novidades desta Versão:

Seja bem-vindo ao
REVISÃO!

A aprovação é possível para quem
não tem medo de sair da sua zona
de conforto e dar o seu melhor.



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

(PARTE 2)

CONTROLE REPRESSIVO JUDICIAL NO BRASIL

Vejam os **quadros gerais** do controle de constitucionalidade repressivo judicial, que pode ser, basicamente, de dois modelos:

- 1) **Controle CONCRETO (também chamado de incidental ou por via de exceção)**: esse controle é difuso, cabendo a qualquer juiz ou tribunal.
- 2) **Controle ABSTRATO (também chamado de por via de ação direta)**: o controle abstrato é **CONCENTRADO** no STF ou nos TJs, conforme o parâmetro superior do controle seja a Constituição Federal (hipótese em que o controle é feito pelo STF) ou uma Constituição Estadual (hipótese em que o controle é feito por um TJ). Esse controle é feito por meio de ações típicas, como a ADI genérica, a ADC, a ADI por omissão (ADO), a ADPF.

ATENÇÃO !

A regra, conforme exposto acima, é que o controle difuso seja realizado no caso concreto e o controle concentrado seja realizado em abstrato. No entanto, isso nem sempre ocorre: de modo excepcional, a ADI interventiva é um instrumento de controle de constitucionalidade concentrado (pois se concentra no Supremo Tribunal Federal), mas realizado no caso concreto, e não em abstrato.

CONTROLE CONCRETO (DIFUSO)

Esse controle é, como se vê, o controle também chamado de difuso, pois ele pode ser feito 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. Nesse caso, tem-se o modo mais comum de controle de constitucionalidade judicial, sendo o controle exercido no dia a dia pelos diversos juízes ou tribunais no bojo de qualquer ação.

Exemplo: é publicada uma lei determinando que os professores podem confiscar os bens dos seus alunos, e, diante disso, um professor decide confiscar uma caneta de um aluno seu. Se o aluno não resiste, isto é, se ele se conforma com o confisco, não há lide, de modo que o controle de constitucionalidade não é exercido. Mas imagine que o aluno não se conforma com esse confisco e ajuíza uma demanda com o objetivo de reaver a caneta confiscada; que há defesa e resistência do professor ao pedido de obrigação de fazer consistente em restituir a caneta, defesa essa deduzida com base na lei que permite o confisco de bens de alunos por professores; e que o aluno alega que essa lei que fundamentou o confisco é inconstitucional, sendo a inconstitucionalidade da lei a causa de pedir, o fundamento do seu pedido. Nesse caso, a inconstitucionalidade da lei não é o pedido, mas sim a causa de pedir, sendo o pedido a condenação do professor na obrigação de restituir a caneta. Como se percebe, para o juiz julgar o pedido de restituição da caneta, ele terá de enfrentar uma questão incidental e prejudicial, qual seja, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei com base na qual o professor realizou o confisco. Isso é um exemplo de controle de constitucionalidade exercido no caso concreto (isto é, em uma lide, em uma demanda em que há autor ou réu).

A inconstitucionalidade, nesse tipo de controle, portanto, não é o objeto principal da ação, mas sim algo incidental (a inconstitucionalidade não é objeto do pedido principal da ação, mas sim uma questão incidental que deve ser enfrentada necessariamente pelo magistrado para que ele possa julgar a lide, pois ela influencia decisivamente o julgamento da causa, embora não seja o objeto do pedido). A inconstitucionalidade como objeto principal da ação é algo típico do controle abstrato, exercido em ADI, ADC etc.

Esse tipo de controle de constitucionalidade pode ser feito DE OFÍCIO pelo juiz ou por provocação, e a provocação pode ser feita pelo autor na petição inicial, pelo réu na contestação, pelo Ministério Público ao intervir no feito ou em qualquer peça processual.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

CESPE – PGE-MS – 2021) em ação ajuizada contra o Estado, o autor, após apresentada a contestação, entendeu ser inconstitucional decreto normativo apontado pelo réu como fundamento da improcedência do pedido.

Nessa situação hipotética, com vistas à decretação de inconstitucionalidade, o autor deverá:

- a) pedir a remessa dos autos ao presidente do tribunal.
- b) ajuizar reclamação, pedindo a oitiva do Ministério Público.
- c) pedir a remessa dos autos ao STF.
- d) pedir a suspensão do processo, juntando comprovante da ação proposta no STF.
- e) argui-la em sede incidental.

COMENTÁRIOS:

Trata-se de controle de constitucionalidade difuso, concreto, incidental. Controle este que pode ser analisado por qualquer juiz ou Tribunal, desde que não seja pedido principal.

GABARITO: E

Um aspecto sobre esse tipo de controle que é muito cobrado em provas de concursos é a aplicação do **art. 97 da CF/88**, que prevê a denominada **cláusula de reserva de plenário** (ou regra do **full bench**). Na verdade, porém, esse dispositivo se aplica tanto ao controle concreto e difuso quanto ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, muito embora seja quase que exclusivamente estudado no contexto do controle difuso.

O art. 97 da CF/88, como dito acima, institui a cláusula de reserva de plenário e a exigência de um quórum de **maioria absoluta**. Esse dispositivo diz, exatamente, o seguinte:

“**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.”

Portanto, a CF/88, no seu art. 97, estabelece a cláusula de reserva de plenário e o quórum de maioria absoluta para a declaração de INCONSTITUCIONALIDADE.

Nos EUA, esse tipo de exigência é denominado **full bench**, conforme já observado acima.

Assim, nos TRIBUNAIS, a declaração de inconstitucionalidade exige que o tema seja analisado pelo plenário ou pelo órgão especial da Corte, além de exigir, para a declaração dessa inconstitucionalidade, a maioria absoluta dos membros respectivos.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(VUNESP – Juiz TJ/PA – 2014) O princípio constitucional da reserva de plenário exige

- A) que somente pelo voto da maioria simples de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
- B) que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais seja composto de membros do Ministério Público e de advogados, critério conhecido como Quinto Constitucional.
- C) que somente pelo voto de três quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
- D) sua observância apenas no controle concentrado da constitucionalidade.
- E) sua observância no controle difuso e concentrado da constitucionalidade.

COMENTÁRIOS:

- A) A assertiva está errada. Como se sabe, o quórum é de maioria absoluta.
- B) não há o que comentar. A própria assertiva diz estar se referindo a algo completamente distinto.
- C) A assertiva está errada. Como se sabe, o quórum é de maioria absoluta.
- D) A reserva de plenário, conforme visto nesta aula, deve ser observada tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de constitucionalidade.
- E) A reserva de plenário, conforme visto nesta aula, deve ser observada tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de constitucionalidade.

GABARITO: E

Mas em que consiste o ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal? Ele tem previsão no art. 93, XI, da CF/88, que diz o seguinte:

“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)

Como se sabe, o órgão máximo de um tribunal é sempre o plenário (isto é, o tribunal pleno), que é um órgão integrado por TODOS os membros da respectiva corte. Ocorre que há tribunais muito grandes, nos quais, se tiverem número superior a 25 (vinte e cinco) membros, é possível que a competência judicial e administrativa do plenário seja repassada ao órgão especial, que, por sua vez, será composto por um número de entre 11 (onze) e 25 (vinte e cinco) membros.

Suponha-se, por exemplo, que um tribunal possua 100 Desembargadores. Ora, em um tribunal com essa quantidade de julgadores é muito difícil julgar feitos judiciais ou tomar deliberações administrativas cotidianas, porque se torna inviável reunir sempre todos os membros, motivo pelo qual a competência do tribunal pleno pode ser repassada ao órgão especial, se assim desejar a corte.

Dessa forma, o que a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/88) diz é que, nos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade deve ser apreciada pelo plenário ou – onde houver – pelo órgão especial, e não pelos órgãos fracionários (que são as turmas, câmaras, seções etc.).

Logo, os órgãos internos dos tribunais variam conforme o regimento interno respectivo (que disciplina a composição interna do tribunal), mas eles podem ser (e costumam ser) os seguintes:

- 1) **Tribunal Pleno** (é o órgão composto por todos os membros do Tribunal);
- 2) **Órgão Especial** (é o órgão facultativo previsto no art. 93, XI, da CF/88);
- 3) **Órgãos Fracionários**: Seções; Câmaras; Turmas; etc.

O que o art. 97 da CF/88 diz é que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser julgada pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, e não pelos órgãos fracionários, os quais, portanto, não podem declarar tal inconstitucionalidade.

Assim, se, por exemplo, encontra-se em curso uma apelação no bojo da qual há uma discussão sobre a inconstitucionalidade de uma lei, o órgão fracionário não pode, ele próprio, declarar a inconstitucionalidade dessa lei, devendo ser parado o processo e destacada a análise da inconstitucionalidade, com remessa do caso para o órgão especial ou o tribunal pleno, que decidirá unicamente a questão sobre a inconstitucionalidade ou não da norma (o órgão especial ou tribunal pleno não julga o próprio recurso, mas apenas a questão da inconstitucionalidade) e, após resolver essa questão, devolverá o tema ao órgão fracionário, que, então, julgará a apelação aplicando o entendimento do tribunal pleno ou órgão especial a respeito da alegação de inconstitucionalidade. É isso o que diz o art. 97 da CF/88, o qual se aplica ao controle concreto difuso e também ao controle abstrato (significando que as ADIs, as ADCs, as ADOs etc. terão de ser julgadas pelo pleno do STF e, no âmbito dos TJs, pelo pleno ou órgão especial do tribunal).

Agora, alguns aspectos sobre o tema devem ser destacados.

Primeiramente, é importante notar que não é possível que o órgão fracionário do tribunal tente “driblar” o art. 97 da CF/88 com o “jeitinho brasileiro”. Como assim? Se, por exemplo, diante de uma questão de inconstitucionalidade existente em um recurso, o órgão fracionário deixa de remeter a sua análise ao órgão especial ou pleno para ser mais célere e diz que não está declarando a inconstitucionalidade da norma, mas apenas não a está aplicando no caso concreto analisado, isso viola a cláusula de reserva de plenário, não sendo admitido.

E o STF já editou uma súmula vinculante nesse sentido (que, inclusive, tem sido muito cobrada em provas de concursos), ou seja, de que não pode haver 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**, em virtude de violação a cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante nº 10 do STF)

Portanto, ou o caso concreto se subsume à lei e, nesse caso, a lei deve ser aplicada ou o caso concreto nada tem a ver com a lei e, por consequência, a lei não é aplicada ao caso concreto. O órgão fracionário não pode dizer que, embora o caso se subsuma à lei, ele não irá aplicá-la ao caso concreto analisado, pois isso nada mais é do que uma fuga à regra prevista no art. 97 da CF/88 (há, nessa conduta, violação à cláusula de reserva de plenário, conforme consta da Súmula Vinculante 10).

Por outro lado, acaso o tribunal se limite a interpretar a norma infraconstitucional, não há violação à SV 10 (nem tampouco à cláusula de reserva de plenário). Sobre isso, vejamos o que diz o STF:

STF

“É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que **não há violação do art. 97 da Constituição Federal** quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, **limita-se a interpretar a legislação infraconstitucional e a aplicá-la ao caso concreto.**” (ARE 743287 AgR, 1ª Turma, j. em 18/03/2014). Vide ainda, por exemplo: ARE 851059 AgR, 1ª Turma, j. em 01/03/2016; ARE 814649 AgR, 1ª Turma, j. em 19/08/2014.

"Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma, que é a que se refere o art. 97 da Constituição. “ (RE 460971/RS; Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 13/02/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma)

Logo, se o tribunal interpreta a lei e a aplica ao caso sob julgamento, sem declarar a sua inconstitucionalidade, não há violação à SV 10, mesmo porque isso é diferente de simplesmente afastar a lei no caso concreto (em verdadeira fuga do art. 97 da CF/88).

Por esse motivo, é possível encontrar em grande parte da doutrina a orientação de que, quando a decisão realiza uma interpretação conforme a Constituição da norma aplicada, não se exige a observância da cláusula de reserva de plenário, justamente por não haver, nesse caso, uma declaração de inconstitucionalidade, mas sim a preservação da norma.

Porém, é necessário ter cuidado com essa questão. Isso porque a interpretação conforme, como já estudamos, pode atuar como princípio de interpretação constitucional ou como técnica de decisão em controle de constitucionalidade. Na segunda hipótese, ela serve para se reconhecer a inconstitucionalidade de diversos sentidos da norma interpretada, preservando-se como constitucional apenas um dos seus possíveis significados. Quando a interpretação conforme é realmente utilizada como princípio interpretativo, de fato, não há necessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário, pois se trata de mera interpretação da norma aplicada ao caso, porém, quando é utilizada como técnica de decisão em controle de constitucionalidade, o que se tem, em última análise, é uma declaração de inconstitucionalidade,

o que, segundo vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, exige a observância da regra do art. 97 da CF/88.

O STF decidiu nesse sentido, por exemplo, no **RE 765.254 AgR-EDv**, julgado pelo seu Plenário por unanimidade de votos em 20/04/2020. Segundo o voto do Relator Min. Luiz Fux, invocando a doutrina de Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, *“a interpretação conforme à Constituição, mais do que constituir um método interpretativo, consubstancia técnica de controle de constitucionalidade, não sendo possível, portanto, sua utilização por órgão fracionário”*.

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”*.

Portanto, quando se trata da interpretação conforme a Constituição no contexto do controle de constitucionalidade (e não como mero princípio interpretativo), é necessário observar a cláusula de reserva de plenário, segundo os pronunciamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal.

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.

Isso ocorreu, por exemplo, na **Rcl 14.872**, na qual o STF entendeu que, embora o órgão fracionário do Tribunal inferior houvesse decidido o caso afirmando estar realizando uma interpretação conforme da norma invocada no processo, o que ele fez, na verdade, foi reconhecer uma inconstitucionalidade por omissão parcial, o que, por consubstanciar um juízo de (in) constitucionalidade, só poderia ter sido feito pelo plenário ou pelo órgão especial da Corte.

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.

Esse cenário se verificou, por exemplo, na **Rcl 29307 AgR** (j. 04/12/2018, Primeira Turma), oportunidade em que o STF consignou que o Tribunal de origem havia decidido a causa com enfoque diferente do alegado pela parte, o que afastaria a caracterização da ofensa à cláusula de reserva de plenário. Nas palavras da Suprema Corte, *“é imprescindível à configuração de afronta à cláusula da reserva de plenário que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal”*.

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.

Explicando melhor: o que o art. 97 da CF/88 diz é que, para declarar a INCONSTITUCIONALIDADE, é preciso afetar o tema ao plenário ou ao órgão especial e obter quórum de maioria absoluta. Por outro lado, para declarar que uma norma não foi recepcionada por uma nova Constituição ou por uma nova emenda, não há necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, porque, nesse caso, a questão não é de inconstitucionalidade, mas, sim, de recepção ou não recepção (STF, ARE 651448 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, j. em 03/03/2015).

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.

Nos Tribunais, há o 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. E esse incidente de arguição de inconstitucionalidade está disciplinado no CPC/15 (arts. 948 a 950), assim como estava no CPC/73. Por conta da importância dos dispositivos, é indispensável sua análise (comentários em destaque):

“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 NCP.**

“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.”

Portanto, a turma ou câmara faz uma primeira avaliação do tema. Se a arguição de inconstitucionalidade é rejeitada, isso significa que o órgão fracionário entendeu que a lei é constitucional, e, sendo a lei considerada constitucional, o julgamento pela turma/câmara prossegue (pois o que o art. 97 da CF/88 diz é que a declaração de INCONSTITUCIONALIDADE deve observar a cláusula de reserva de plenário com quórum de maioria absoluta, não se aplicando essa exigência à declaração de constitucionalidade, mesmo porque esta última apenas confirma a presunção relativa de constitucionalidade que a lei ou ato normativo já possui). Por outro lado, se a turma ou câmara acolhe a inconstitucionalidade, ela está dizendo que, a seu ver, a lei é inconstitucional, hipótese em que se aplica o art. 97 da CF/88, remetendo-se a questão ao plenário ou órgão especial.

Ainda, segundo o parágrafo único do art. 949 do CPC/15, se a questão já tiver sido decidida pelo órgão especial ou tribunal pleno do respectivo Tribunal ou mesmo pelo plenário do STF, ela não precisa ser submetida à cláusula de reserva de plenário. Nesses casos, o órgão fracionário simplesmente aplica, no caso concreto sob sua análise, o que já foi decidido pelo órgão pleno ou especial do próprio tribunal ou pelo plenário do STF. Isso, inclusive, já estava previsto no art. 481, p. único, do revogado CPC/73.

Portanto, o art. 97 da CF/88 não impede que o órgão fracionário do tribunal, desde logo, declare a constitucionalidade (rejeitando a arguição de inconstitucionalidade) ou mesmo a inconstitucionalidade já reconhecida anteriormente pelo pleno ou órgão especial do próprio Tribunal ou pelo pleno do STF.

Lembre-se, a propósito, que as decisões do STF, no controle ABSTRATO, possuem efeito vinculante, motivo pelo qual o órgão fracionário (câmara, turma ou seção) fica vinculado à decisão do STF proferida, por exemplo, em ADI ou ADC ou consolidada em súmula vinculante. Nesses casos, o próprio órgão fracionário do tribunal inferior julga o caso, aplicando de imediato o que o STF decidiu em ADI, ADC ou súmula vinculante, não havendo razão para remeter a análise do tema ao pleno ou órgão especial (ARE 914045 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 15/10/2015).

Ainda, é necessário observar o seguinte: para fins de afastar a necessidade de aplicação do art. 97 da CF/88, a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de uma lei não precisa ser uma decisão do controle abstrato (ADI, ADC etc.). Se a decisão tiver sido proferida em sede de controle abstrato, haverá o efeito vinculante (conforme já observado acima), mas não há necessidade de que seja uma decisão proferida nesse tipo de controle, podendo ser uma decisão do plenário do STF no controle difuso, a exemplo do recurso extraordinário. Assim, mesmo uma decisão do STF em sede de controle difuso, desde que declare a inconstitucionalidade da norma, já é suficiente para que o órgão fracionário do tribunal inferior não precise se preocupar com a aplicação do art. 97 da CF/88 (e, portanto, não tenha de remeter a análise do tema ao pleno ou órgão especial). E isso porque mesmo uma decisão do STF no controle difuso já é suficiente para afastar a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo. (STF, RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 27/05/1997)

Portanto, uma decisão do STF no controle difuso já é suficiente para afastar a necessidade de aplicação do art. 97 da CF/88 pelos tribunais inferiores.

Enfim, sendo a arguição de inconstitucionalidade acolhida pelo órgão fracionário do tribunal, observar-se-á o procedimento previsto no art. 950 do CPC/15:

“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.**

Esse procedimento do art. 950 do CPC/15 (com previsão de manifestação dos responsáveis pela edição do ato, dos legitimados ativos da ADI/ADC e do *amicus curiae*) se deve ao fato de que, a partir do momento em que a questão da inconstitucionalidade é destacada do órgão fracionário e remetida ao pleno ou órgão especial, tem-se uma decisão puramente abstrata (nesse incidente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma atacada é analisada em tese, é apreciada abstratamente).

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.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Juiz TJ/SE – 2008 – adaptada) De acordo com o entendimento jurisprudencial do STF em relação ao controle difuso de constitucionalidade, julgue:

- I – A propositura de ação direta no tribunal de justiça em que seja discutida a constitucionalidade de norma implica o dever de o juiz suspender processo em que haja idêntica discussão jurídica.
- II – Realizada a cisão funcional para julgamento de arguição de inconstitucionalidade, o pleno ou órgão especial já decidirá também sobre o bem jurídico em discussão.

COMENTÁRIOS

Esta questão é antiga, mas abordou o tema de forma interessante, sendo esse o motivo de haver sido selecionada para complementar nosso estudo. Vamos às assertivas.

Item I: não existe esse dever de suspensão dos feitos nos quais haja idêntica discussão jurídica. Portanto, no caso de haver ADI estadual em que seja discutida a inconstitucionalidade de uma norma, não há a obrigação de os juízes de primeiro grau suspenderem os processos em que sejam discutidas questões idênticas à dessa ADI estadual.

Item II: o pleno ou órgão especial decidirá apenas a questão relativa à constitucionalidade ou não da norma, sendo o bem jurídico em discussão decidido pelo órgão fracionário depois que o pleno ou órgão especial deliberar no incidente de arguição de inconstitucionalidade.

GABARITO: ERRADO / ERRADO

É possível um recurso em face da decisão do pleno ou órgão especial do tribunal que julga o incidente de arguição de inconstitucionalidade? Cabe recurso extraordinário dessa decisão? **NÃO!** O recurso extraordinário não pode ser interposto em face da decisão do pleno ou órgão especial do tribunal que julga o incidente de inconstitucionalidade. O recurso extraordinário deve ser interposto, se for o caso, em face da decisão do órgão fracionário que julgar o caso concreto (Súmula 513/STF).

Portanto, o recurso não é interposto em face da decisão do pleno ou órgão especial do tribunal, mas, sim, se houver, em face da decisão do órgão fracionário que julgar o caso concreto.

Ademais, sendo interposto esse recurso, deve ser juntada cópia da decisão do pleno ou órgão especial proferida por ocasião do julgamento do incidente de inconstitucionalidade. Assim decidiu o STF no RE 238790 AgR, julgado em 08/02/2011.

Portanto, deve ser juntada a decisão do pleno ou órgão especial do tribunal, inclusive, quando o órgão fracionário deixa de submeter a questão ao pleno ou órgão especial por ter, tal órgão, em outro processo, já decidido o tema. Em qualquer desses casos, é preciso, para que o recurso próprio possa ser interposto, juntar a decisão do pleno ou órgão especial do tribunal inferior que julgou o tema.

Ainda, é necessário ter atenção ao seguinte: **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).

CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO E JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELO STF

O art. 97 da CF/88 (que prevê a reserva de plenário e a exigência de maioria absoluta) se aplica ao próprio STF, no que diz respeito às suas duas Turmas? A princípio, sim, tanto no controle abstrato (ADI, ADC, ADO, ADPF etc.) quanto no controle concreto difuso (RExt etc.).

Como regra geral, portanto, as Turmas do STF 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.

Porém, existe uma discussão no STF (e que já foi cobrada em provas de concursos) quanto ao julgamento do recurso extraordinário pelas Turmas do STF. Note-se que o RExt, por natureza, envolve sempre o controle de constitucionalidade, o que, inclusive, decorre da própria disciplina desse recurso na CF/88 (art. 102, III):

Art. 102, CF/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. ”
- (Incluído pela EC 45/2005)

Como se pode perceber, todas as hipóteses previstas no art. 102, III, da CF/88 envolvem controle de constitucionalidade, inclusive a da alínea “d”, que, no fundo, diz respeito à competência legislativa, a qual, como se sabe, é um tema constitucional.

Portanto, o controle de constitucionalidade é ínsito ao recurso extraordinário, é da sua natureza.

E, assim, surge a seguinte questão: diante da natureza do recurso extraordinário (que é destinado a discutir temas de controle de constitucionalidade), os órgãos fracionários do STF (isto é, as suas duas turmas) podem ou não ter autorização regimental para julgar recursos extraordinários declarando a inconstitucionalidade de normas sem precisar observar o art. 97 da CF/88?

A princípio, não há qualquer razão constitucional para admitir a possibilidade de as turmas do STF poderem dispensar o art. 97 da CF/88 com base no regimento interno do Tribunal. Na verdade, essa discussão não deveria nem mesmo existir, pois a CF/88 não faz nenhuma ressalva à cláusula de reserva de plenário.

Mas porque, então, existe essa discussão? Porque a Segunda Turma do STF, em um julgado do ano 2010, disse que “(...) O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, **tendo a sua colegiada fracionária competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal (...)**” (RE 361829 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 02/03/2010).

Portanto, nesse julgado, a Segunda Turma do STF disse que ela pode, no recurso extraordinário, deixar de aplicar o art. 97 da CF/88, porque a Suprema Corte exerce por excelência o controle difuso de constitucionalidade no julgamento dos recursos extraordinários, o que permitiria à Turma julgar sem observância do art. 97 da CF/88.

Há autores muito festejados entre os candidatos que preparam para provas de concursos que, em seus livros, baseiam-se na decisão transcrita acima para afirmar (embora com críticas) que a cláusula de reserva de plenário não precisaria ser observada pelo STF no julgamento de recursos extraordinários. Inclusive, tal decisão foi adotada como gabarito de questão de prova de concurso. Vejamos:

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(25º concurso MPF – 2011 – adaptada) Considerando a jurisprudência atual do STF, julgue a assertiva abaixo.

O princípio da reserva de plenário não se aplica ao próprio STF, no julgamento de recursos extraordinários.

COMENTÁRIOS:

Segundo o GABARITO OFICIAL DEFINITIVO, a assertiva acima está CORRETA, o que mostra que a banca adotou como entendimento a decisão comentada acima.

GABARITO: CERTO

Na época da realização da prova mencionada acima, o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal era o que dispensava a aplicação da cláusula de reserva de plenário no julgamento de recurso extraordinário, de modo que a banca examinadora adotou posicionamento compatível com a jurisprudência do momento.

E, por conta dessa questão da prova do MPF, há quem diga, na doutrina (conforme já observamos acima), que o candidato deve responder nesse sentido, isto é, de que não se aplica a cláusula de reserva de plenário ao próprio STF no julgamento de recursos extraordinários. Nesse sentido, manifesta-se Pedro Lenza, o que é um excelente parâmetro sobre qual postura deve ser adotada nas provas.

O problema é que, posteriormente, no ano 2014, a própria Segunda Turma do STF, afirmou que *“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).

Como se pode perceber, esse precedente afirmou a aplicação da cláusula de reserva de plenário a todos os Tribunais do Poder Judiciário, o que engloba o Supremo Tribunal Federal. E, por conta desse julgado, o CESPE, em uma prova realizada também no ano 2014, considerou correta a afirmação de que a regra do art. 97 da CF/88 deve, sim, ser observada pelo STF no julgamento de recursos extraordinários. Confira:

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Analista da Câmara dos Deputados – Consultor Legislativo – Área 1 – 2014) No que se refere ao controle de constitucionalidade das normas, julgue os próximos itens, com base na jurisprudência do STF (Questão 135)

Em se tratando de julgamento de recurso extraordinário, a declaração, por turma do STF, da inconstitucionalidade incidental de determinada norma não constitui ofensa à cláusula de reserva de plenário desde que a norma já tenha sido declarada inconstitucional pelo plenário da Corte Suprema.

COMENTÁRIOS:

O gabarito preliminar foi no sentido de que essa assertiva estaria errada (ou seja, o gabarito inicial foi no sentido de que a turma do STF poderia julgar recurso extraordinário independentemente de observar a cláusula de reserva de plenário). Mas o CESPE retificou esse gabarito, passando a considerar correta a assertiva. E a justificativa da banca examinadora foi a seguinte: “o item está correto conforme a jurisprudência mais atualizada do STF”. Isso significa que, segundo entende o CESPE, a turma do STF só pode declarar a inconstitucionalidade se a norma já tiver sido declarada inconstitucional pelo plenário do STF, ou seja, desde que observado o art. 97 da CF/88. Portanto, ao final, o que o CESPE decidiu foi que o art. 97 da CF/88 deve se aplicar às turmas do STF (em sentido contrário, portanto, ao que se entendeu na prova do concurso do MPF comentada acima).

GABARITO: CERTO

Resumindo: em provas objetivas, a banca do concurso do MPF de 2011, com fundamento na jurisprudência da época, entendeu que a cláusula de reserva de plenário não se aplica às turmas do STF em julgamento de recurso extraordinário e o CESPE, em prova de 2014, também se fundamentando na jurisprudência da época, entendeu que o art. 97 da CF/88 se aplica sim às turmas do STF no julgamento de recurso extraordinário. Portanto, essas bancas tiveram posições divergentes sobre o tema, mas fundamentando-se no entendimento do Supremo Tribunal Federal que era atual no momento da realização de cada prova.

Veja que essa polêmica envolvendo a aplicação da reserva de plenário aos recursos extraordinários já foi reconhecida internamente pelo próprio STF, como foi afirmado expressamente pelo Min. Joaquim Barbosa em voto de sua lavra proferido no RE 361.829-Edcl, nos seguintes termos: “(...) é **disputada** a aplicação da reserva de plenário às turmas do Supremo Tribunal Federal (cf. o RE 361.829-Edcl, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje de 19/03/2010) ”.

Diante desse cenário “angustiante”, realizamos um levantamento da jurisprudência da Suprema Corte. Nessa pesquisa (que compreendeu o período desde 2011, que foi quando ocorreu a prova do MPF referida acima), não foram localizadas decisões em que as duas turmas do STF tenham diretamente e de imediato declarado a inconstitucionalidade nos julgamentos de recursos extraordinários comuns (típicos do controle de constitucionalidade concreto) sem que o tema já tivesse sido definido pelo plenário da Corte. Portanto, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que os órgãos fracionários da Corte não têm declarado a inconstitucionalidade sem que o plenário já tenha se pronunciado sobre o tema.

E há mais um **detalhe** nisso tudo: conforme afirmado no precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal datado do ano 2010 que vimos acima, a tese favorável à não observância da reserva de plenário seria a de que o regimento interno do STF autoriza as turmas da Corte a julgar, desde logo, os recursos extraordinários sem obediência à cláusula de reserva de plenário. Ocorre que, analisando o RISTF, não é possível encontrar suporte para essa tese. Na verdade, analisando o RISTF, tudo indica, ao contrário, que o recurso extraordinário deve ser remetido ao pleno do STF quando implicar julgamento no sentido da inconstitucionalidade de uma norma que ainda não tenha sido apreciada pelo plenário. O que o RISTF afirma é que as Turmas do STF têm competência originária para julgar o RExt, o que está previsto no seu art. 9º, III. Mas o RISTF diz também o seguinte:

“**Art. 22, RISTF.** O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.”

“**Art. 11, RISTF.** A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta:

I—Quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;

II – Quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame;”

Está claro no RISTF, como se pode perceber, 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.

Além disso, em 2018, o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal afirmou ser aplicável a cláusula de reserva de plenário ao próprio STF, tanto no controle difuso quanto no controle concentrado. Isso ocorreu no **ARE 791932**, no qual o Tribunal registrou 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).

Nesse julgado, a Suprema Corte deixou claro que a regra do art. 97, em se tratando de controle difuso, aplica-se a **todos os Tribunais** e que, em relação ao Supremo Tribunal Federal, ela se aplica **também** no controle concentrado.

Apesar da existência desse precedente do Plenário do STF, não se pode ignorar que o tema permanece um pouco nebuloso, por conta do histórico divergente da jurisprudência e de posições contrastantes adotadas pelas bancas de concursos. Para visualizar isso melhor, vejamos, em ordem cronológica, como esse tema foi abordado nas provas.

Em **2011**, a banca examinadora do concurso do MPF entendeu ser correta a afirmação de que *“o princípio da reserva de plenário não se aplica ao próprio STF, no julgamento de recursos*

extraordinários”. Esse posicionamento era o único admissível na época, pois, como vimos, havia um precedente recente do Supremo Tribunal Federal exatamente nesse sentido. Portanto, o examinador posicionou-se em conformidade com a jurisprudência então atual.

Em **2014**, o CESPE, em concurso da Câmara dos Deputados, entendeu que a cláusula de reserva de plenário se aplica no julgamento de recurso extraordinário pelo STF, pois considerou correta a assertiva segundo a qual *“em se tratando de julgamento de recurso extraordinário, a declaração, por turma do STF, da inconstitucionalidade incidental de determinada norma não constitui ofensa à cláusula de reserva de plenário desde que a norma já tenha sido declarada inconstitucional pelo plenário da Corte Suprema”*. Nesse caso, a banca também se posicionou de acordo com a jurisprudência então atual do Supremo Tribunal Federal, pois, conforme vimos, no ano 2014, a Segunda Turma do STF afirmou que o art. 97 da CF/88 se aplica a todos os Tribunais do Poder Judiciário brasileiro, o que engloba o próprio STF.

Em **2017**, a Fundação Carlos Chagas, no concurso para o cargo de Defensor Público do Estado do Paraná, considerou correta a afirmação de que *“há precedente do Supremo Tribunal Federal afirmando que, mesmo sendo órgãos fracionários, as Turmas do Supremo Tribunal Federal não se submetem à cláusula de reserva de plenário”*. O posicionamento da banca examinadora nesse caso também não merece crítica alguma, pois a questão foi “blindada”, já que, como vimos, realmente existe precedente do STF no sentido de que a cláusula de reserva de plenário não se aplica às suas Turmas. Isso, porém, não significa que a FCC possui entendimento próprio no sentido de que o art. 97 da CF/88 não é aplicável ao Supremo Tribunal Federal. Significa, apenas, que a Fundação Carlos Chagas conhece a jurisprudência da nossa Suprema Corte.

Finalmente, em **2019**, tivemos uma situação em que a banca examinadora contrariou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do concurso para o cargo de Procurador do Município de Cerquilha/SP, realizado pela VUNESP. Nesse caso, a banca considerou correta a afirmação de que *“a cláusula de reserva de plenário é forma de controle difuso de constitucionalidade, a exceção do Supremo Tribunal Federal, e deve ser reconhecida somente pela maioria absoluta dos membros do pleno do respectivo Tribunal ou de membros do respectivo órgão especial deste para a declaração de inconstitucionalidade”*. Essa prova foi realizada após o pronunciamento do Plenário do STF no sentido de que ele (o STF) se submete à cláusula de reserva de plenário tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de

constitucionalidade (o que, como vimos, ocorreu no ARE 791932), ou seja, foi um caso em que o examinador inobservou a jurisprudência mais recente sobre a matéria.

Então, qual posicionamento deve ser adotado em provas?

Sugerimos o seguinte: em provas subjetivas e orais, deve ser exposto todo o quadro 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. Isso, inclusive, é o que vem sendo feito pelas bancas examinadoras, como ocorreu no concurso do MPF de 2011, no concurso da Câmara dos Deputados de 2014 (CESPE) e, até mesmo, no concurso da DPE/PR de 2017 (FCC), no qual a questão cobrou o conhecimento histórico da jurisprudência do STF, e não o entendimento mais atual do Tribunal.

O “ponto fora da curva” foi realmente a VUNESP, que claramente contrariou a jurisprudência do STF, e, por isso, a questão da prova que vimos acima deveria ter sido anulada. No entanto, mesmo nas futuras provas realizadas por essa banca examinadora, o mais seguro é seguir o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, pois, se o gabarito oficial da prova contrariar esse entendimento, na pior das hipóteses, será possível apresentar recursos com fundamentos bastante sólidos.

A única ressalva em relação à VUNESP é a hipótese em que a questão apresentada seja de múltipla escolha e possua uma alternativa que pareça “mais correta” do que a que diz que a cláusula de reserva de plenário se aplica ao STF. Em uma situação como essa, o ideal, em se tratando especificamente da VUNESP, parece ser marcar como correta essa outra alternativa “mais correta”, tendo em vista o histórico dessa banca examinadora que, nesse tema, contrariou a jurisprudência do STF.

Por fim, pesquisando a jurisprudência do STF, **é possível identificar UMA hipótese relativa a um tipo específico de recurso extraordinário em relação ao qual uma das Turmas do STF claramente entende que não é aplicável o art. 97 da CF/88.** Que hipótese é essa? Veja-se que o recurso extraordinário costuma ser interposto nas ações de controle concreto difuso de constitucionalidade (envolvendo autor e réu), mas há uma hipótese específica de seu cabimento em controle concentrado abstrato de constitucionalidade, diferente dessa hipótese comum. Essa hipótese especial é a seguinte: quando há uma ADI ou ADC estadual na qual o parâmetro superior (ou seja, a norma da Constituição Estadual invocada como parâmetro de controle) é uma norma de reprodução obrigatória da Constituição Federal. Nesses casos, embora a ADI estadual seja um mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, cabe recurso extraordinário para o STF.

Portanto, quando, em uma ADI estadual, a norma da Constituição Estadual que estaria sendo violada por uma lei estadual ou municipal é uma norma de reprodução/repetição obrigatória da Constituição Federal, é possível interpor recurso extraordinário, que, nesse caso, é um recurso extraordinário específico, porque não é um recurso extraordinário do controle concreto, mas sim do controle abstrato de constitucionalidade.

A Primeira Turma do STF já decidiu, por maioria, que, nessa hipótese, não é preciso aplicar o art. 97 da CF/88 quando o órgão fracionário do STF julga esse tipo de recurso e o tribunal inferior já tiver declarado, por seu pleno ou órgão especial, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Nesse caso, o órgão fracionário do STF pode desde logo julgar o recurso extraordinário, mantendo a inconstitucionalidade já reconhecida pelo tribunal inferior, especialmente, quando o tema de fundo já tiver sido objeto de exame pelo STF em situações similares ou análogas. É que, nesse caso, a reserva de plenário já foi obedecida no tribunal inferior. Porém, se o tribunal de origem declarar a constitucionalidade, o recurso extraordinário (para poder ser provido) deve ser remetido ao Plenário da Suprema Corte (ARE 661288, Primeira Turma, j. em 06/05/2014).

Resumindo: no julgado mencionado, a Primeira Turma do STF entendeu, por maioria, que, quando o processo de origem é de controle abstrato de constitucionalidade estadual e o TJ declara a inconstitucionalidade de uma lei estadual ou municipal por violação a uma norma da Constituição Estadual de reprodução obrigatória da Constituição Federal, o recurso extraordinário interposto pode ser julgado por turma do STF sem necessidade de, no STF, remeter-se a questão à análise do Plenário. Por outro lado, se o TJ entender que a lei atacada é constitucional e, em face dessa decisão, for interposto recurso extraordinário, a turma do STF não poderá declarar a inconstitucionalidade, o que deverá ser afetado ao plenário da Corte, em observância ao art. 97 da CF/88.

EFETOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE CONCRETO DIFUSO

Quais são os **EFETOS** da declaração judicial de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle concreto difuso?

Aqui chegamos ao ponto da aula em que há novidade jurisprudencial. Como a maioria já deve ao menos ter ouvido falar, o Supremo Tribunal Federal, em decisão noticiada no Informativo

886, apresentou uma mudança de entendimento no que diz respeito aos efeitos da decisão no controle incidental de constitucionalidade.

Assim, por questões didáticas, abordaremos, inicialmente, a sistemática tradicional para, em seguida, tratar dessa novidade jurisprudencial.

SISTEMÁTICA TRADICIONAL

Tradicionalmente, como **REGRA**, os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade são:

- a) retroativos ou ex tunc (a retroatividade é uma consequência da adoção da teoria da nulidade)
- b) Inter partes (isto é, atingem somente as partes do processo, ou seja, autor e réu).

Note-se que a retroatividade é uma consequência da adoção da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais (sendo nulo o ato, ele é nulo desde sempre e, por isso, os efeitos da decisão devem retroagir). Ademais, a retroatividade ocorre porque a decisão precisa ser suficiente para resolver um problema que se encontra na origem: cuida-se de um controle concreto, isto é, que envolve autor e réu, e o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim um pedido de direito material (como uma obrigação de dar ou de fazer), o qual precisa ser resolvido, e, para isso, em regra, a declaração de inconstitucionalidade retroage à origem do conflito para, assim, resolvê-lo adequadamente. Por exemplo, no mencionado caso hipotético do confisco da caneta do aluno pelo professor, se a decisão não retroagisse, o professor ficaria impedido de confiscar novas canetas, mas não teria de restituir a caneta ao aluno, o que, evidentemente, não resolveria adequadamente o conflito.

EXCEPCIONALMENTE, os efeitos são:

- a) Não retroativos (ex nunc) ou mesmo prospectivos (pro futuro); e
- b) Ultra partes (o que ocorre como decorrência de uma eficácia expansiva da decisão de controle de constitucionalidade).

Conforme visto anteriormente, a regra é a eficácia retroativa da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. Logo, a princípio, não seria possível nenhum tipo de modulação dos efeitos da decisão, seja no controle concreto ou no controle abstrato, pois a teoria da nulidade não se coaduna com uma ideia de modulação. Porém, há temperamentos na adoção da teoria da nulidade, e o fato é que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade passou a ser admitida.

A modulação foi inicialmente admitida no controle abstrato (mais precisamente, na ADI e na ADC), tendo sido tratado no art. 27 da Lei 9.868/99, que expressamente admitiu essa técnica. Referido dispositivo diz o seguinte:

“**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. ”

Logo, na ADI e na ADC, passou-se a admitir a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Essa modulação é possível, segundo o STF, à luz de uma ponderação, ponderação essa que não envolve a supremacia da constituição.

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 partir da possibilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI e na ADC, passou-se a questionar se seria possível a produção de efeitos excepcionalmente modulados (com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*) também da decisão do STF proferida em sede de controle concreto difuso de constitucionalidade, em aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do STF não quis admitir a possibilidade de modulação no controle concreto, asseverando que era um instrumento apenas do controle concentrado de constitucionalidade (a previsão legal era apenas para esse tipo de controle). Depois, porém, a Suprema Corte mudou seu entendimento. O marco da mudança de entendimento, a partir do qual o STF passou a modular os efeitos da decisão do controle concreto de constitucionalidade, foi o famoso RE 197.917, cujo julgamento se iniciou em 2002 e foi concluído em 2004, tratando do número de vereadores do Município de Mira Estrela. Nesse caso, o número de vereadores foi considerado excessivo pelo STF, mas, se a Corte declarasse a inconstitucionalidade da lei municipal que fixou esse número e dessa eficácia retroativa à

decisão, isso iria afetar o princípio da boa-fé e o princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os vereadores eleitos que se encontravam no curso do mandato e que, inclusive, já haviam apresentado propostas legislativas e votado projetos de lei ficariam em uma situação esdrúxula. Diante disso, o STF modulou os efeitos da decisão, para que a declaração de inconstitucionalidade passasse a valer apenas a partir das eleições seguintes (RE 197917, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 24/03/2004).

A partir desse julgado, então, o plenário do STF passou a modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto, o que hoje já se encontra sedimentado, tendo esse entendimento sido adotado posteriormente em vários outros casos, a exemplo do RE 353508 AgR, julgado em 15/05/2007.

Enfim, a modulação no controle concreto, em resumo:

STF

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);

Somente pode ser feita pelo **plenário do STF** (art. 97 da CF/88), não por suas turmas (STF, AI 417014 AgR, 18/12/2006);

Exige manifestação expressa sobre o tema (no silêncio da Corte, não há modulação), observando-se, ainda, a exigência do quórum qualificado (STF, RE 392139 AgR, 26/04/2005; AI 527297 AgRED, 15/12/2009; etc);

Esse quórum qualificado é de 2/3 tanto no caso de modulação referente a repercussão geral no recurso extraordinário (RE 586453 QO, j. em 20/02/2013) como nos recursos extraordinários em geral (REs 567985 e RE 580963, j. em 18/04/2013); e

Essa modulação **já foi admitida**, por analogia, até mesmo **em relação a atos normativos pré-constitucionais**. No caso, o STF admitiu a modulação dos efeitos da decisão de não recepção da norma impugnada, conforme visto na aula anterior (RE 600885/RS, julgado em 09/02/2011 pelo Plenário).

APROFUNDANDO O TEMA: MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO

A modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade está prevista em nosso ordenamento jurídico para a hipótese de ser declarada a INCONSTITUCIONALIDADE da norma (além de o STF admitir a aplicação desse mecanismo para o juízo de não recepção de norma anterior à Constituição) e exige, para a sua implementação no caso concreto, o voto de 2/3 (dois terços) dos Ministros da Suprema Corte, conforme consta do art. 27 da Lei 9.868/99. Perceba que essa norma nada fala sobre a hipótese em que o Tribunal declara a CONSTITUCIONALIDADE de uma norma, o que pode fazer surgir o questionamento sobre a possibilidade de se modular a eficácia de uma decisão que reconheça que determinada norma é constitucional.

No **RE 638115 ED-ED** (julgado em 18/12/2019), o STF se manifestou sobre isso e entendeu que **é possível a modulação também da decisão que declara a constitucionalidade de uma norma** e que nesse caso o quórum exigido não é o de 2/3 (aplicável em caso de declaração de inconstitucionalidade), mas sim o da maioria absoluta dos Ministros da Corte.

Nesse precedente, a Suprema Corte analisou especificamente a hipótese de reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato **normativo em sede de recurso extraordinário** (portanto, no bojo do controle difuso concreto). Para hipóteses de julgamento de ADI ou ADC, portanto, permanece aplicável a regra expressa do art. 27 da Lei 9.868/99.

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.

Além disso, como regra, na sistemática tradicional, a decisão proferida no controle judicial difuso concreto de constitucionalidade tem eficácia apenas entre as partes, ou seja, os efeitos da decisão são *inter partes*, o que significa que atinge apenas as partes da demanda (autor e réu). Por isso, a posição dominante no STF (e na doutrina, embora haja algumas divergências) é que,

como consequência, não caberia reclamação por parte de terceiros que não participaram da lide originária no controle difuso.

Assim, considerando-se novamente o caso hipotético do confisco da caneta do aluno pelo professor, se o STF decide que é inconstitucional a lei que permite esse confisco, também determina a devolução da caneta, tendo essa decisão efeitos retroativos, mas restritos às partes da demanda. Assim sendo, o professor poderia confiscar a caneta de outros alunos, que, por não terem sido parte no processo, não poderiam apresentar reclamação alegando que o professor desobedeceu a decisão do STF proferida naquela primeira discussão.

No sentido do não cabimento de reclamação apresentada por terceiros que não fizeram parte do processo de origem, decidiu o STF, por exemplo, na Rcl 19701 ED, julgada em 20/10/2015.

Portanto, nessa sistemática tradicional, não cabe reclamação por parte de quem não integrou a lide originária.

No entanto, excepcionalmente, os efeitos da decisão judicial prolatada no controle concreto de constitucionalidade podem ter projeções para além das partes da demanda, pode ser que essa decisão tenha efeitos que se projetem perante terceiros. É que uma decisão proferida no controle concreto difuso de constitucionalidade pelo STF (isto é, uma decisão do plenário do STF), ainda que não obrigue terceiros, pode se constituir em um importante precedente judicial que termina afetando as demais lides, por conta da autoridade da decisão da Suprema Corte.

Nas palavras do STF, *“as decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal [em controle difuso de constitucionalidade] não possuem, por si, eficácia geral e vinculante, no entanto, formam orientação jurisprudencial dominante, pois são prolatadas pela expressão maior do princípio da colegialidade do órgão que ocupa a posição central no sistema jurisdicional”* (RE 518672-AgR, Voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 26/05/2009).

Nesse contexto, não é incomum que, logo após a prolação de decisão pelo plenário do STF a respeito de um tema em sede de recurso extraordinário, todos os juízes do País passem a adotar o mesmo entendimento. E é aí que pode ocorrer que o julgado do STF em controle concreto gere efeitos que não são apenas *inter partes*, e o STF chama esses efeitos de **efeitos *ultra partes*, os quais decorrem de uma eficácia expansiva da decisão do STF**. É isso que consta, por exemplo, da paradigmática Reclamação 4335, que tratou da inconstitucionalidade da

vedação da progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos (Rcl 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 20/03/2014).

Nesse caso (Rcl 4335), o STF reconheceu que a sua decisão afetou outras lides. Em relação ao tema da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos, o STF acabou editando uma súmula vinculante, mas independentemente disso, a decisão do STF sobre essa matéria já vinha sendo seguida pelos juízes e Tribunais de todo o País.

Inclusive, considerando a força dos seus próprios precedentes, o STF, mesmo que as decisões em controle concreto tenham eficácia apenas entre as partes (na sistemática tradicional, repita-se), tem admitido a possibilidade de terceiros estranhos à lide em que se discute o controle de constitucionalidade difuso concreto serem admitidos como *amicus curiae* (por exemplo, em recurso extraordinário), podendo apresentar razões escritas e oferecer sustentação oral. Isso ocorreu, por exemplo, no RE 415.454 QO e no RE 416.827 QO, e, hoje, encontra-se positivado no CPC/15.

Por outro lado, o STF não admite que o *amicus curiae* interponha recursos ao longo do processo, a exemplo do agravo regimental (como restou decidido no AgRg no RE 592.317 ED), exceto nas hipóteses em que recorre contra decisão que nega seu ingresso no feito ou nos casos excepcionais previstos no art. 138 do CPC (embargos de declaração e recurso contra decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas), conforme melhor estudaremos em momento oportuno.

Outro tema muito importante no controle concreto difuso de constitucionalidade é a **participação do Senado Federal nos termos do art. 52, X, da CF/88**, que diz o seguinte:

“Art. 52, CF/88. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)
X - Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

O que ocorre é o seguinte: na sistemática tradicional, a decisão do STF proferida no controle difuso concreto de constitucionalidade, em regra, tem efeitos inter partes, isto é, vale apenas para as partes, não sendo erga omnes, embora possa ter efeitos ultra partes em

decorrência da eficácia expansiva da decisão. Nesse contexto, a participação do Senado Federal (art. 52, X, CF/88) serve para, suspendendo a execução da lei, conferir efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade.

Se a resolução do Senado suspende a execução da lei, isso é feito desse momento em diante, sendo os seus efeitos, portanto, NÃO RETROATIVOS (a resolução tem eficácia *ex nunc*).

Mesmo antes da publicação do Informativo 886/STF, houve discussão sobre essa atribuição do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CF/88, mais precisamente sobre se ela ainda existiria tal como antes ou se a edição dessa resolução teria deixado de ser necessária para que a decisão no controle difuso produzisse efeitos *erga omnes*. Essa discussão foi travada com contornos mais definidos no bojo da Reclamação 4.335, que tratou da (in) constitucionalidade da vedação da progressão de regime de cumprimento de pena em relação aos crimes hediondos.

Nesse caso, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau votaram no sentido de que essa participação do Senado Federal seria dispensável, pois teria ocorrido uma mutação constitucional, a qual teria igualado os efeitos das decisões do STF no controle concreto às suas decisões no controle abstrato, ou seja, essa mutação teria feito com que a decisão da inconstitucionalidade proferida pelo STF, por exemplo, em sede de recurso extraordinário fosse igual à decisão do STF em ADI e ADC, razão pela qual o papel do Senado teria se esvaziado, já que na ADI e na ADC não há qualquer necessidade de intervenção do Senado, já sendo a decisão do STF suficiente para fulminar a própria lei.

Essa posição, no entanto, não foi chancelada pelo STF (ao julgar a Reclamação 4.335), tendo a maioria dos Ministros entendido que o Senado ainda participa do controle difuso concreto de constitucionalidade para dar efeitos *erga omnes* à decisão da Suprema Corte.

Outra questão sobre o tema é a seguinte: **o Senado Federal pode suspender a execução de normas federais, estaduais ou municipais**. Portanto, mesmo normas municipais podem ser objeto da resolução do Senado editada com fulcro no art. 52, X, da CF/88, uma vez que elas chegam ao STF no controle concreto de constitucionalidade (a ação em que se alega incidentalmente a inconstitucionalidade da lei municipal tem início no primeiro grau, havendo interposição de recurso para o tribunal inferior e em seguida, manejo de recurso extraordinário para o STF). Assim, se o STF examina a lei municipal no controle concreto e diz que ela é inconstitucional para as partes da demanda, o Senado pode suspender a execução dessa lei municipal (assim como pode fazer em relação a uma lei estadual, não se restringindo sua atuação a casos que envolvam lei federal).

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Promotor MP/RR – 2012 – adaptada) julgue no que concerne ao controle de constitucionalidade:

Consoante a doutrina, não se aplica às leis municipais o dispositivo constitucional segundo o qual o Senado Federal poderá suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

COMENTÁRIOS:

O entendimento é no sentido de que o Senado Federal pode suspender a execução também de lei municipal, e não apenas de leis estaduais e federais.

GABARITO: ERRADO

Conforme visto, a resolução do Senado do art. 52, X, da CF/88 tem efeitos *ex nunc* (não retroativos), ocorrendo a suspensão da norma desde a edição da resolução em diante; e o Senado pode atuar por provocação (por exemplo, por provocação do STF ou do PGR) ou mesmo de ofício, por iniciativa de sua Comissão de Constituição e Justiça, conforme consta do art. 386 do Regimento Interno dessa Casa Legislativa

Pergunta-se: a decisão do Senado é vinculada ou discricionária? O Senado tem discricionariedade ou obrigação de suspender a execução da lei?

Para os que já vinham sustentando que o art. 52, X, da CF/88 perdeu a razão de ser, a decisão do Senado seria não apenas discricionária, seria mais do que isso, ela seria, na verdade, dispensável.

Por outro lado, entre os que entendem que o art. 52, X, da CF/88 permanece hígido, há quem diga que o Senado é obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional e há quem diga que o Senado exerce juízo de valor sobre isso, podendo considerar, inclusive, a possibilidade de a composição do STF ser modificada no futuro e, com isso, ser alterado o entendimento do Tribunal sobre a matéria.

Enfim, segundo a posição MAJORITÁRIA (inclusive nas decisões do próprio STF), a decisão do Senado Federal é **discricionária**, e não vinculada.

Ainda sobre a atuação do Senado Federal, outra questão que costuma ser cobrada em provas é a seguinte: como visto, o STF entende que o Senado decide, com discricionariedade, se suspende ou não, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte no controle concreto de constitucionalidade. Mas o Senado não pode editar uma resolução para **interpretar** a decisão do STF proferida no controle difuso de modo a modificar ou restringir os efeitos dessa decisão. Isso, inclusive, o STF entendeu ao julgar o MS 16512, ainda em 1966, e, nessa mesma decisão, o STF estabeleceu o seguinte: o Senado tem discricionariedade para editar ou não uma resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concreto difuso. Se o Senado edita essa resolução, a questão fica resolvida definitivamente, não podendo ele, posteriormente, editar nova resolução revogando a resolução anterior. No caso concreto julgado pelo STF, o Senado havia editado a Resolução nº 32, suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, e depois revogou essa resolução com a edição, 5 anos mais tarde, da Resolução nº 93, o que, segundo entendeu o STF, não seria possível.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Juiz TJ/MA – 2013 – adaptada) A respeito do controle de constitucionalidade, julgue:

No controle difuso de constitucionalidade, o Senado Federal tem a discricionariedade de suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, por intermédio de resolução que pode ser por ele posteriormente revogada, para restabelecer a eficácia da norma.

COMENTÁRIOS:

A doutrina majoritária e o STF entendem que há discricionariedade, mas o Senado não pode revogar posteriormente a sua Resolução (STF, MS 16512, Pleno, j. em 25/05/1966). Lembre-se, porém, que essa discussão pode perder o sentido em virtude do novo entendimento do STF acerca dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade (Informativo 886).

GABARITO: ERRADO

Além disso, acaso seja editada a resolução pelo Senado Federal, ela deve observar os exatos termos da decisão do STF, não podendo suspender apenas em parte a lei declarada.

Por fim, anote-se que o STF entendeu que essa resolução do Senado Federal que suspende a execução de uma lei declarada inconstitucional no controle concreto **pode produzir efeitos repristinatórios**, ou seja, pode fazer com que retornem efeitos de leis ou atos normativos que haviam sido revogados pela legislação que foi suspensa pela resolução do Senado (AI 677191 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 08/06/2010).

NOVA SISTEMÁTICA PROPOSTA PELO STF (INFORMATIVO 886)

A sistemática vista acima (que aqui chamamos de sistemática tradicional) é exatamente o que sempre foi estudado nas graduações e nos cursos preparatórios para concursos.

Ocorre que as **características tradicionais** do controle concreto difuso de constitucionalidade, já há algum tempo, vêm sendo modificadas pela jurisprudência do STF.

Conforme já foi visto, em regra, os efeitos do controle concreto de constitucionalidade são retroativos e inter partes, mas isso tem sido modificado para aproximar esse tipo de controle de constitucionalidade do controle abstrato concentrado de constitucionalidade. Em outras palavras, o controle concreto difuso está 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 tem sido chamado, pela doutrina, de processo de **abstrativização (ou objetivação) do controle difuso**.

Portanto, o controle concreto tem se transformado em um controle abstrato de constitucionalidade (ou o controle subjetivo tem se transformado em um controle objetivo de constitucionalidade). E esse tema da objetivação do controle difuso tem sido muito cobrado em provas de concursos.

Normalmente, alguns aspectos desse fenômeno de objetivação (ou abstrativização) do controle difuso têm sido mais exigidos pelas bancas, sendo possível **destacar**, principalmente, os seguintes:

- 1) Redução do papel do Senado (mas **CUIDADO!** Essa tese, **em um primeiro momento**, não foi aceita pelo STF, conforme a discussão na Rcl 4335, vista anteriormente nesta aula). Isso seria um fenômeno da objetivação do controle difuso, mas não foi aceito pelo STF.
- 2) Admissão de efeitos *ex nunc* ou modulados para o futuro no controle concreto (difuso). Conforme visto, apesar de uma relutância inicial, o STF passou a admitir (e isso hoje se encontra sedimentado) a aplicação, por analogia, do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular

os efeitos da decisão de inconstitucionalidade também no controle concreto difuso de constitucionalidade.

- 3) Admissão de *amicus curiae* e de sustentação oral de terceiros em Recurso Extraordinário (tal como o STF admitiu, por exemplo, no RE 416.827 e no RE 415.454). Assim, diante da possibilidade de efeitos *ultra partes* (isto é, da eficácia expansiva das decisões do STF em sede de recurso extraordinário), tem sido admitida a participação de *amicus curiae* no controle concreto, o que o aproxima do controle abstrato, pois alguém que nada tem a ver com a causa (pois não é autor nem réu) pode apresentar razões e oferecer sustentação oral. Isso é mais um aspecto a demonstrar a objetivação do controle difuso e – registre-se – foi positivado no CPC/15.
- 4) Edição de súmula vinculante. Como se sabe, a súmula vinculante consolida as decisões do STF proferidas em sede de controle concreto difuso e dá a essas decisões, em seu conjunto, um caráter abstrato, pois a tese decidida passa a ter eficácia vinculante e *erga omnes*.
- 5) 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**). Nesse caso citado, o STF decidiu que a ADI era manifestamente improcedente, porque a lei nela impugnada já havia sido apreciada pelo STF em sede de recurso extraordinário (e foi declarada constitucional), de modo que, por força de uma decisão proferida no controle concreto difuso de constitucionalidade (mais precisamente, em sede de RExt), foi obstada a ADI (que é instrumento de controle abstrato concentrado de constitucionalidade). É um caso, portanto, em que o controle concreto produziu efeitos similares ao controle abstrato.
- 6) Impossibilidade de desistência do recurso extraordinário após ser reconhecida a repercussão geral, pois o tema passa a ser revestido de objetividade (**RE 693456 QO, rel. Min. Dias Toffoli, 02/09/2015**). Lembre-se, porém, o seguinte: de acordo com o CPC/15 (art. 998), hoje, é até possível a desistência do RExt, mas a questão submetida à repercussão geral não será afetada por essa desistência (a desistência do recurso extraordinário não impede o exame da questão de repercussão geral). Portanto, a questão da repercussão geral ganha contornos de objetividade, transcendendo os interesses subjetivos discutidos na causa. Isso é mais um fenômeno de aproximação do controle difuso ao controle concentrado.

Nessa esteira, prosseguindo no caminho de abstrativização do controle concreto, o STF, no ano 2017, atribuiu efeitos *erga omnes* e vinculantes à declaração **INCIDENTAL** de inconstitucionalidade. Os casos sobre essa questão que ficaram famosos foram as ADIs 3406 e 3470, conforme veiculado no Informativo 886/STF, muito embora antes do julgamento dessas ações a Suprema Corte já houvesse indicado mudança de entendimento sobre o tema no bojo da ADI 3937, conforme apontamos anteriormente.

Essas ADIs (3406 e 3470) foram ajuizadas em face de uma lei do Estado do Rio de Janeiro e foram julgadas (em conjunto) improcedentes, ou seja, o STF declarou a constitucionalidade da referida norma estadual com eficácia vinculante e *erga omnes* (pois se tratava de uma decisão em sede de controle concentrado abstrato). Perceba que a (in) constitucionalidade da lei fluminense foi o objeto da ação.

Ocorre que, durante o julgamento, o STF, de forma incidental, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/95, e, mesmo em se tratando de uma declaração *incidenter tantum*, a Suprema Corte entendeu que ela teria, desde já, eficácia vinculante e *erga omnes*, diferentemente da sistemática tradicional do controle difuso.

É possível que surja o seguinte questionamento: se a decisão foi tomada no bojo de uma ADI, por que estamos falando em controle difuso? A resposta é simples: é que a declaração de inconstitucionalidade no caso foi INCIDENTAL, e o controle incidental é aquele exercido justamente no controle difuso, enquanto, por outro lado, o controle exercido por meio de ADI e ADC é o que se dá pela via principal, e não incidentalmente.

Portanto, no caso, tivemos uma declaração de inconstitucionalidade típica do controle difuso no seio do julgamento de uma ADI. É necessário ter bastante cuidado com isso, para evitar confundir institutos.

Voltemos à decisão. Ao atribuir, desde já, efeitos vinculantes e *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade, o STF afirmou que o art. 52, X, da CF/88 teria sofrido uma mutação constitucional (acolhendo, ao menos em parte, a tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 4335) e que o papel do Senado Federal passou a ser o de dar mera publicidade à decisão tomada pela Suprema Corte.

Aqui surge mais um questionamento: o STF adotou a tese da transcendência dos motivos determinantes ou a mera abstrativização do controle difuso?

Uma coisa é certa: o STF, embora não tenha registrado isso de forma expressa, adotou a abstrativização do controle difuso nesse caso, pois atribuiu a uma declaração incidental de

inconstitucionalidade os mesmos efeitos decorrentes do controle concentrado abstrato (*erga omnes* e vinculantes).

No entanto, não parece seguro 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.

É necessário perceber que, pela aplicação da transcendência dos motivos determinantes, a *ratio decidendi* (isto é, os motivos determinantes da decisão) produz, ela mesma, efeitos vinculantes. Por outro lado, a abstrativização do controle difuso consiste em atribuir à declaração de inconstitucionalidade na via incidental os mesmos efeitos do controle concentrado abstrato (no precedente citado, o art. 2º da Lei Federal 9.055/95 foi declarado inconstitucional com eficácia vinculante e *erga omnes*, mas aos motivos determinantes dessa inconstitucionalidade não foram atribuídos tais efeitos). São, como se percebe, fenômenos diferentes, apesar de próximos.

Ocorre que há quem afirme que, pelo simples fato de a declaração de inconstitucionalidade ter ocorrido incidentalmente (portanto, na fundamentação da decisão da ADI), o STF teria adotado a tese da transcendência dos motivos determinantes. Mas, conforme exposto acima, o que se deve levar em conta é que o que recebeu eficácia vinculante e *erga omnes* não foi a *ratio decidendi*, mas sim a própria declaração de inconstitucionalidade, declaração essa que se deu de forma incidental, mecanismo típico do controle difuso de inconstitucionalidade. 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. Nesse mesmo sentido, entende Márcio André Lopes Cavalcante (Dizer o Direito).

Esse novo entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade e as bancas de concurso já o vêm adotando nas provas, conforme você pode conferir no quadro abaixo.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(FUNDATEC – DPE/SC – Analista Técnico – 2018) quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, analise as assertivas a seguir:

I. No controle difuso, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, o efeito é *ex tunc* e só tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

II. É possível, excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental, 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, desde que razões de ordem pública ou social exijam.

III. Nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição da Federal, o Senado poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos erga omnes e ex tunc.

Quais estão corretas?

- a) apenas I.
- b) apenas II.
- c) apenas III.
- d) apenas II e III.
- e) I, II e III.

COMENTÁRIOS:

Segundo a banca, o gabarito é a assertiva B, segundo a qual apenas o item II está correto, o que mostra que se adotou o novo entendimento do STF (Informativo 886), que atribui ao controle incidental efeitos do controle concentrado abstrato (vinculantes e erga omnes). Em relação ao item III, ele estaria errado tanto na sistemática tradicional quanto na nova, pois afirma que a resolução do Senado Federal tem efeitos ex tunc, enquanto, conforme vimos, sua eficácia é não retroativa.

GABARITO: B

(VUNESP – Câmara de Serrana/SP – Procurador Jurídico – 2019) O Supremo Tribunal Federal conferiu nova interpretação ao controle difuso de constitucionalidade. Diante disso, é correto afirmar que

- A) o controle difuso de constitucionalidade será realizado pelo STF quando lei ou ato normativo violar a Constituição Federal, de forma abstrata.
- B) no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, produz efeitos erga omnes não vinculantes.

C) no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, produz efeitos *ex tunc*, *inter partes* e vinculantes, em regra.

D) o STF passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso.

E) o STF passou a acolher a teoria da relativização do controle difuso.

COMENTÁRIOS:

A resposta correta, segundo o gabarito oficial, é o item D, o que mostra a adoção, pela banca, do novo entendimento adotado pelo STF nas ADIs 3406 e 3470 (e até mesmo na ADI 3937), conforme vimos acima.

GABARITO: D

(VUNESP – Câmara de Campo Limpo Paulista /SP – Procurador Jurídico – 2018) Suponha que a Lei Estadual no 4.527/97, que impõe a instalação de bloqueadores de sinal de telefone em presídios, é objeto de ação direta de inconstitucionalidade e tem a sua invalidade declarada em sede de controle concentrado, por decisão dotada de eficácia *erga omnis*. Durante os debates surge a discussão sobre a validade de norma constante da Lei Federal no 9.234/95, que não compunha o objeto da ação originária mas tem a sua inconstitucionalidade também declarada pelo STF. O Tribunal deixa claro que a invalidade da norma federal foi realizada em sede de controle incidental e difuso. Considerando a situação hipotética, assinale a alternativa correta.

A) O STF não pode, em ação direta de inconstitucionalidade, avaliar a validade de norma diversa da indicada na petição inicial.

B) A declaração incidental de inconstitucionalidade realizada pelo STF sempre possui efeitos *inter partes*, salvo se os efeitos forem estendidos a todos por decisão do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF.

C) ao reconhecer a inconstitucionalidade de norma estadual sobre determinado tema, o STF vem estendendo a vinculação dos motivos determinantes da decisão para normas similares de outros entes federativos, que devem ser consideradas inconstitucionais mesmo sem declaração expressa da Corte.

D) O STF não adota a teoria da abstrativização do controle difuso.

E) De acordo com recente entendimento do STF, a declaração de inconstitucionalidade de norma realizada em controle difuso pela Corte pode possuir eficácia erga omnes, devendo o Senado Federal ser apenas comunicado da decisão, nos termos do art. 52, X, da CF.

COMENTÁRIOS:

O gabarito oficial divulgado pela banca foi o item E, o que reflete o posicionamento adotado pelo STF nas ADIS 3406 e 3470 (e até mesmo na ADI 3937), conforme vimos.

GABARITO: E

CONTROLE CONCRETO EM AÇÕES COLETIVAS

Uma questão importante é a relação entre o controle de constitucionalidade concreto e as ações coletivas, como, por exemplo, a ação civil pública e a ação popular. É possível haver o controle concreto nessas ações?

Como se sabe, as ações coletivas geram efeitos que se aproximam da eficácia *erga omnes*, por conta de seu caráter coletivo. Diante disso, **pergunta-se**: é possível que, nas ações coletivas (cujas decisões têm eficácia semelhante à *erga omnes*), seja realizado o controle de constitucionalidade? A dúvida existe porque essa possibilidade tornaria essas ações algo muito próximo de uma ADI, isto é, as suas consequências práticas poderiam ser as mesmas de uma ADI, e isso seria inadmissível, porque a ADI é julgada pelo STF, de modo que transformar uma ação civil pública em uma ADI caracterizaria usurpação da competência do STF (tendo em vista que a ACP é julgada pelo juiz de primeiro grau).

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; não é possível colocar a declaração de inconstitucionalidade como pedido único e principal da ação coletiva.

Resumindo: desde que a declaração de inconstitucionalidade consubstancie a causa de pedir e haja um pedido CONCRETO, é possível o controle de constitucionalidade na ACP. **Exemplo**: uma lei estadual hipotética determina ser dispensável o estudo prévio de impacto ambiental para a

construção de barragens de retenção e captação de água, tendo em vista a crise hídrica. Essa lei é inconstitucional, por violar o art. 225, § 1º, IV, da CF/88, que exige EPIA para qualquer obra potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Sem dúvida alguma, é cabível o ajuizamento de ADI (no STF) em face dessa lei. Mas a ACP também é possível? Sim, desde que a questão da inconstitucionalidade esteja na causa de pedir e seja, assim, realmente uma questão incidental necessária para decidir o caso concreto; mas, se a declaração de inconstitucionalidade for o pedido, essa ACP não será admissível. Dessa forma, é possível uma ACP que tenha como pedido a condenação do Estado na obrigação de fazer consistente em exigir o EPIA para a construção de uma determinada barragem específica, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei estadual que dispensa esse estudo (no caso, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual será incidental, mas o pedido principal será que na construção daquela barragem específica indicada na petição inicial seja exigido EPIA). Nesses termos, portanto, é possível essa ACP, porque a inconstitucionalidade – repita-se – é uma questão prejudicial do caso concreto analisado relativo a uma barragem específica (e a decisão proferida nessa ação valerá apenas para essa barragem em questão, não valendo para outra barragem). Por outro lado, não seria possível uma ACP com o pedido de condenação do poder público na obrigação de fazer de, em toda e qualquer barragem que venha a ser construída no Estado, exigir o EPIA, pois, nessa hipótese, o que se teria seria uma ADI disfarçada de ACP, tendo em vista que eventual procedência do pedido, na prática, fulminaria a própria lei abstratamente considerada. Em outras palavras, em uma situação hipotética como essa, o que se teria não seria um caso concreto, mas sim o exame abstrato da lei, o que não é possível em sede de ação coletiva (Rcl 1898 ED, 2ª Turma, j. em 10/06/2014).

E, **nesse mesmo sentido**, há as seguintes decisões do STF:

- a) RCL 2460/MC/RJ;
- b) RCL 1503/DF;
- c) RE 227159/GO;
- d) RCL 1733/MC/SP;
- e) RCL 1897 AgR;
- f) RCI 2353 etc.

Portanto, o controle de constitucionalidade é possível em sede de ACP, desde que não se trate de uma ADI disfarçada.

Por fim, 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

Como ocorre o controle de constitucionalidade concreto no **STJ**?

Ora, como se sabe, o controle concreto é exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo STJ, seja nas suas ações originárias, nos recursos ordinários, nos mandados de segurança etc. Inclusive, o RISTJ, nos arts. 199 e 200, prevê o incidente de inconstitucionalidade perante a sua corte especial, observando o art. 97 da CF/88.

Mas é possível que surja o seguinte questionamento: cabe discutir controle de constitucionalidade concreto no STJ em sede de **recurso especial** ou não? Isso é cobrado em provas de concursos.

Imagine-se, por exemplo, que um TJ ou um TRF profira uma decisão, sendo possível interpor dois recursos dessa decisão: recurso especial para o STJ e/ou recurso extraordinário para o STF. Conforme visto, o controle de constitucionalidade é da natureza do recurso extraordinário, logo, a matéria constitucional, a princípio, não deve estar no recurso especial para o STJ, e sim no recurso extraordinário para o STF; a finalidade básica do REsp não é o controle de constitucionalidade; o controle de constitucionalidade como finalidade básica de recurso é algo que se aplica ao RExt. Assim, se a questão do controle de constitucionalidade é ventilada no REsp, transforma-se o REsp em RExt e, além disso, usurpa-se a competência do STF. Portanto, a princípio, a questão de controle de constitucionalidade não deve ser levantada em REsp, mas sim em RExt.

Nesse sentido, já decidiu o STJ que o *‘recurso especial não se presta à alegação, pela parte recorrente, de inconstitucionalidade de lei, matéria própria de recurso extraordinário, de competência do STF’* (STJ, AgRg no AREsp 16.747/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/2/2012). E o mesmo entendimento foi adotado no REsp 1440298/RS, j. em 07/10/2014).

Isso significa que não há nenhuma possibilidade/hipótese de o STJ, em REsp, discutir controle de constitucionalidade? **Não, não significa.** Excepcionalmente, é possível discutir controle de constitucionalidade em REsp.

Veja-se que o que o STJ não pode, em sede de REsp, é examinar uma questão constitucional que já tenha sido debatida na instância inferior (no TJ ou no TRF), porque, se a questão foi debatida na instância inferior, ela tem que ser desafiada por RExt, e não por REsp. Porém, se no REsp há uma questão que ainda não foi aventada nas instâncias inferiores e que é necessária para a solução do próprio REsp, o STJ pode, nesse caso, examinar o controle de constitucionalidade concreto nesse recurso. Portanto, quando o STJ se depara com uma questão constitucional que não foi discutida nos tribunais inferiores e que é necessária à solução do próprio REsp, pode ele examinar tal questão.

Inclusive, RExt em face de decisão do STJ em REsp só é admitido quando a questão constitucional não foi debatida nas instâncias inferiores, conforme decidiu o STF no AI 145589 AgR, j. em 02/09/1993, e no RE 518257 AgR, j. em 01/04/2008.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(VUNESP – Juiz TJ/SP – 2014) assinale a opção correta a respeito do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal:

a) é vedado ao Superior Tribunal de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, na medida em que tal tribunal tem a função de garantir a inteireza da legislação federal infraconstitucional.

b) ainda que haja prévia declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Pleno do STF, os tribunais locais devem obedecer a cláusula de reserva de plenário no exercício de controle difuso de constitucionalidade daquela mesma lei.

c) para que se possa falar em violação à cláusula de reserva de plenário, é necessária declaração expressa de inconstitucionalidade da lei pelo órgão fracionário do tribunal.

d) O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido independentemente de pedido ou requerimento da parte.

COMENTÁRIOS:

- a) **ERRADO**. Como já visto nesta aula, o STJ pode controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos nas suas ações originárias e nos recursos em geral, havendo apenas algumas exceções atinentes ao recurso especial.
- b) **ERRADO**. Caso o Pleno do STF já tenha declarado a inconstitucionalidade, os órgãos fracionários dos tribunais podem aplicar esse entendimento desde logo, dispensando-se a remessa ao pleno ou órgão especial (art. 949, parágrafo único, CPC/15; art. 481, parágrafo único, CPC/73).
- c) **ERRADO**. Nos termos da Súmula Vinculante nº 10, “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”. Logo, para que se possa falar em violação à cláusula de reserva de plenário, não é necessária a declaração expressa da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo órgão fracionário do tribunal.
- d) **CERTO**. Conforme já visto nesta aula, o exercício do controle judicial difuso de constitucionalidade prescinde de provocação da parte ou do Ministério Público, podendo ser feito de ofício.

GABARITO: D

(MP/GO – Promotor – GO – 2013) sobre a viabilidade de proceder-se ao controle concreto de constitucionalidade, julgue:

Em razão da rígida demarcação das esferas distintas de destinação processual do recurso extraordinário e do recurso especial, operada pela Constituição da República, não é dado ao Superior Tribunal de Justiça, senão em processos de sua competência originária e em sede de recurso ordinário, a realização do controle incidenter tantum de constitucionalidade.

COMENTÁRIOS:

Como já visto nesta aula, o STJ também pode controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos incidentalmente em sede de recurso especial em algumas situações.

GABARITO: ERRADO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Conforme já registrado nesta aula, o recurso extraordinário é um mecanismo muito importante do controle concreto de constitucionalidade.

O seu estudo mais detido será feito na disciplina de direito processual civil, mas aqui temos algumas observações importantes a fazer.

Quanto ao RExt, é indispensável a leitura do art. 102, III, da CF/88 e o estudo da jurisprudência do STF sobre as suas hipóteses de cabimento, o que tem sido muito cobrado em provas, especialmente, os aspectos abordados nas decisões a seguir. Vejamos:

“(…) – A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de **prequestionamento explícito** da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário. – **Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório.** – Mostra-se processualmente inviável o recurso extraordinário, quando, interposto com fundamento em alegada violação ao art. 97 da Carta Política, impugna acórdão que não declarou a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal. Precedentes.” **(ARE 940084 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 23/02/2016)**

“(…) É inadmissível, em recurso extraordinário, o exame da legislação infraconstitucional ou a análise de ofensa reflexa à Constituição Federal. (...)” **(ARE 910090 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. em 02/02/2016)**

Ainda sobre o RExt, a EC 45/04 trouxe, como inovação, a exigência de repercussão geral para a admissibilidade desse recurso, conforme consta do art. 102, § 3º, da CF/88:

“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)

Portanto, para o conhecimento do recurso extraordinário, é preciso que o recorrente demonstre a repercussão geral da matéria discutida nos autos, cuja presença só pode ser

recusada por DOIS TERÇOS dos membros do STF, o que torna a repercussão geral (relativamente) **presumida**.

Veja que a repercussão geral foi inicialmente disciplinada no âmbito infraconstitucional pela Lei 11.418/06, que modificou o CPC/73 e hoje se encontra revogada pelo CPC/15, que, por sua vez, cuida do tema no seu art. 1.035. E o Código de Processo Civil prevê quatro hipóteses em que a existência de repercussão geral é **absolutamente presumida**, não admitindo, por consequência, juízo negativo. Essas hipóteses (de absoluta presunção de repercussão geral) encontram-se previstas nos arts. 1.035, § 3º, e 987, § 1º, e ocorrerão 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).

“Art. 1.035, CPC. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado pela Lei nº 13.256/2016)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. **É A POSSIBILIDADE DE “AMICUS CURIAE” NA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL.**

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256/2016)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de **1 (um) ano** e terá

Preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. (Revogado pela Lei nº 13.256/2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.”

“Art. 987, § 1º, CPC. O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – Juiz TJ/RN – 2013 – adaptada) julgue:

Em se tratando de recurso extraordinário interposto pela União, tendo havido reconhecimento pelo STF da repercussão geral da questão suscitada nesse recurso, não é possível o ingresso de estado da Federação como amicus curiae, já que essa forma de ingresso é possível apenas em ação de controle concentrado de constitucionalidade.

COMENTÁRIOS:

Conforme visto, já se admite há algum tempo o amicus curiae e no controle difuso (QO nos REs 415454 e 416827). Ademais, o CPC/15 expressamente admite a participação do amigo da corte, o que também foi asseverado nesta aula.

GABARITO: ERRADO

A questão da repercussão geral, que, como visto, exige a demonstração de haver relevância que vai além dos interesses subjetivos das partes da demanda, faz com que a discussão do processo ganhe contornos de uma discussão abstrata, objetiva.

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. Assim decidiu o STF, por exemplo, no RE 693456/RJ (Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 27/10/2016; Órgão Julgador: Tribunal Pleno), vindo o CPC/15 (art. 998) dispor, em sentido semelhante, que o

recorrente até pode desistir do recurso extraordinário, mas que a desistência não impede a análise da questão com repercussão geral reconhecida.

“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 daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

Por fim, é de extrema importância destacar que 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).

Além disso, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral em preliminar formalizada na peça recursal, conforme exige a jurisprudência da Suprema Corte (ARE 1021153 ED-AgR/SP; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 30/11/2018; Órgão Julgador: Segunda Turma).

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

SÚMULA VINCULANTE

Outro tema relevante é a súmula vinculante, que foi introduzida no ordenamento brasileiro pela EC 45/04, a qual incluiu o art. 103-A na CF/88, com a seguinte redação:

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. ”

Esses dispositivos constitucionais são muito cobrados em provas de concursos.

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* (o que parece ter sido modificado, após o Informativo 886/STF), um caráter de decisão vinculante e *erga omnes*. É para isso que serve a súmula vinculante.

A Lei nº 11.417/06 disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Em especial, o art. 3º dessa lei é importante, por tratar dos legitimados para a

propositura, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, elencando outros legitimados além daqueles previstos na CF/88 para o ajuizamento da ADI.

“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 Assembleia 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 irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. ”

Já o CPC/15 afirma o seguinte sobre a súmula vinculante (art. 927):

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;(...)"

Ainda, o art. 988 do CPC/15 diz o seguinte:

“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)

Portanto, tanto as decisões do STF em sede de controle concentrado (ADI, ADC) quanto as decisões do STF em sede de controle concreto CONSOLIDADAS EM SÚMULA VINCULANTE devem ser observadas pelos juízes e tribunais, sob pena de reclamação. **E, agora, se consolidado o novo entendimento do STF noticiado no seu Informativo 886, as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário também passarão a ensejar a apresentação de reclamação em caso de sua inobservância.**

A respeito dessa reclamação fundamentada na violação de súmula vinculante, uma diferenciação deve ser feita: se a violação for praticada por órgão jurisdicional, o cabimento da reclamação será imediato; no entanto, se a violação decorrer de ato de órgão administrativo, a reclamação apenas poderá ser manejada após o esgotamento da esfera administrativa. É o que consta do 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

cabará 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.”

Importante registrar, ainda, que 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. Mas é essencial perceber que, embora a súmula vinculante não impeça o legislador de editar leis contrárias a ela, as demais atribuições de caráter não legislativo, ainda que exercidas pelo Poder Legislativo, devem observar a súmula vinculante.

A aplicação da lei pelo Judiciário ou pelo Executivo pode até ser objeto de reclamação, mas a lei pode ser elaborada pelo Poder Legislativo, que pode legislar contrariando o teor de uma súmula vinculante, o que visa a evitar o chamado fenômeno de **fossilização da Constituição** (tendo em vista que é perfeitamente possível que a situação mude, o Legislativo legisle sobre a matéria e o STF seja chamado a novamente se debruçar sobre a questão, podendo até mesmo modificar seu entendimento anterior).

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO CNJ E PELO CNMP?

Conforme vimos, o controle concreto difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer juiz ou tribunal, mas, evidentemente, quando NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE **JUDICANTE**. Por outro lado, quando o juiz se encontra exercendo atividade em conselhos (como o Conselho Nacional de Justiça ou o Conselho Nacional do Ministério Público), esse raciocínio não se aplica.

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, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, j. em 14/04/2015; AC 2.390-MC-REF, Rel. Min. Carmen Lucia, j. em 19/08/2010; MS 28872 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/02/2011).

Sobre esse tema, no sentido da impossibilidade de o CNJ e o CNMP exercerem controle de constitucionalidade, há ainda outras decisões do STF, como, por exemplo:

- a) MS 28.066, Rel. dec. mon. de 14/06/2009;
- b) AC 2.390-MC-REF, Pleno, j. em 19/08/2010;
- c) MS 28141, Pleno, j. em 10/02/2011;
- d) MS 30.922, dec. mon. de 10/10/2011;
- e) MS 32.865 MC, dec. mon. de 02/06/2014; e
- f) MS 30.793, 2ª Turma, j. em 05/08/2014.

Mas é necessário ter **CUIDADO** com uma questão: o CNJ (assim como o CNPM), como se sabe, exerce atividade de natureza administrativa, realizando um controle administrativo dos atos praticados pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. E, no exercício desse controle de caráter administrativo, esse Conselho pode vislumbrar que a lei que serve de fundamento para a prática do ato administrativo controlado é incompatível com a Constituição e 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

Houve, inclusive, um caso concreto em que assim se manifestou o STF: no Estado da Paraíba, foi editada uma lei criando cargos comissionados no TJPB para o exercício de atividades que não se enquadravam nas funções de direção, chefia e assessoramento (que são as que, nos termos da CF/88, permitem o provimento em comissão). Vários desses cargos foram providos e os atos de nomeação foram submetidos ao controle do CNJ, que, vislumbrando que a lei estadual que os criou contraria a CF/88, afastou sua aplicação e, por conseguinte, invalidou os atos de nomeação. Segundo o STF, não há nenhum óbice a tal postura do CNJ, que, aliás, não representa

controle de constitucionalidade (pois o CNJ não possui atribuições jurisdicionais, mas apenas administrativas), e sim mero controle de cunho administrativo. Além disso, a Suprema Corte entendeu que, no procedimento administrativo instaurado no CNJ, sequer seria necessário oportunizar contraditório e ampla defesa aos servidores nomeados, pois o caso envolvia cargos em comissão (que permitem livre nomeação e exoneração), além de não envolver nenhuma questão subjetiva, mas a simples compatibilidade dos provimentos com ordenamento jurídico em vigor (Pet 4656/PB; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 19/12/2016).

Vejamos, sobre esse tema, uma questão de prova realizada após todos os precedentes citados acima.

COMO O ASSUNTO JÁ FOI COBRADO EM CONCURSOS

(CESPE – PGM/BH – 2017 – adaptada) De acordo com o previsto na CF e considerando a jurisprudência do STF, julgue:

O CNJ, como órgão do Poder Judiciário, tem competência para apreciar a constitucionalidade de atos administrativos.

COMENTÁRIOS:

Conforme vimos acima, o CNJ é um órgão administrativo do Poder Judiciário e, portanto, exerce atividade de natureza administrativa, podendo controlar a validade de atos administrativos do Poder Judiciário. Assim, tendo em vista que esse conselho não exerce jurisdição, não se lhe reconhece a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade. Nesse sentido, conforme também foi abordado, é a jurisprudência do STF.

GABARITO: ERRADO

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).

Ao apreciar o pedido de reconhecimento da irregularidade da atuação do CNMP, o STF rejeitou a pretensão do impetrante, afirmando que não se reconhece a esse Conselho a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade, de modo que não se poderia exigir que ele deixasse de aplicar a medida disciplinar em questão, já que ela se encontra prevista na lei. Além disso, no fim das contas, o Tribunal acabou reconhecendo como válida (constitucional) a previsão legal de suspensão dos vencimentos e das demais vantagens do cargo na hipótese de ser ajuizada a ação civil com vistas à perda do cargo, tendo em vista que, apesar de os membros do Ministério Público possuírem garantias funcionais (notadamente, no caso, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídio), essas garantias não podem ser interpretadas isoladamente, devendo ser aplicadas com observância dos demais valores que permeiam a Constituição, a exemplo do princípio da moralidade.

Segundo constou da ementa do acórdão lavrado no caso, *“a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que os órgãos correicionais, como o CNMP, não podem realizar controle de constitucionalidade de lei em tese, reservado somente às Cortes jurisdicionais, razão pela qual era inexigível conduta diversa da aplicação de dispositivo legal incidente à hipótese sob julgamento”*.

Importante notar que, embora o Tribunal tenha utilizado a expressão “controle de constitucionalidade de **lei em tese**”, a situação apreciada se referiu a um caso concreto, mais precisamente, um caso de aplicação de sanções disciplinares a um membro do Ministério Público, de modo que, na verdade, não envolvia, tecnicamente, uma análise em abstrato da lei. Por fim, é necessário fazer a seguinte observação: embora não se reconheça ao CNJ (e ao CNMP) a possibilidade de realizar controle de constitucionalidade, é possível que esse conselho, no exercício de suas atribuições, reconheça uma inconstitucionalidade que já tenha sido reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 26739/DF; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 01/03/2016; Publicação: 14/06/2016; Órgão julgador: Segunda Turma).

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.