

Doutrina

EFICÁCIA VINCULANTE: A ÊNFASE À RATIO DECIDENDI E À FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES

Luiz Guilherme Marinoni

Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

RESUMO:

Partindo do pressuposto de que é certo que a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, assim como a evolução da tecnologia, podem fazer com que norma, já declarada constitucional, transforme-se em inconstitucional, Luiz Guilherme Marinoni, no artigo "Eficácia Vinculante; a ênfase à ratio decidiendi e à força obrigatória dos precedentes", admite a possibilidade de rediscussão, pelos tribunais constitucionais, de normas já declaradas (in)constitucionais, sob o argumento de que a modificação do estado de fato e do direito faz surgir outra causa de pedir e, por consequência, outra ação, sem que seja violentada ou desconsiderada a decisão e a coisa julgada anteriormente formadas a partir de outros fatos e de outro panorama jurídico. O autor também distingue as características e as consequências da força obrigatória dos precedentes (previsibilidade) em relação à coisa julgada material (imutabilidade), anotando, por outro lado, que apenas o Supremo Tribunal Federal tem poder para revogar os seus precedentes, dado que a eficácia vinculante almeja isolar os fundamentos determinantes da decisão, impedindo que os órgãos públicos que aplicam o direito possam negá-los. Ressalta, por fim, em relação ao Supremo Tribunal Federal, que, para se alterar um precedente, qualquer

membro do Tribunal, seja recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito.

PALAVRAS-CHAVE:

Rediscussão. Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

A diferença entre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante está em suas essências.¹ Quando se fala em eficácia *erga omnes*, pretende-se tratar, em verdade, dos efeitos diretos da decisão. É interessante analisar, para bem situar a questão, as chamadas coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, peculiares à disciplina da tutela processual dos direitos difusos e coletivos.

De acordo com o art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada, em relação às ações que tratam de direitos difusos, é *erga omnes* – salvo quando o pedido for julgado improcedente por

falta de provas. O direito difuso é definido pelo mesmo Código como *transindividual*, indivisível, de sujeito indeterminado, pertencente a toda a coletividade. Ora, se o direito pertence a todos – ou, ao menos, a um complexo indeterminado e indeterminável de sujeitos –, a decisão acerca da situação litigiosa que envolve o direito – *transindividual* – deve abranger a todos, tornando-se imutável, em princípio, para as partes do processo (autor legitimado extraordinariamente e réu) e para as partes em sentido material – para se utilizar da nomenclatura de Carnelutti.² Bem vistas as coisas, esta disciplina da coisa julgada não tem qualquer particularidade – exceto, obviamente, no que diz respeito à possibilidade de propositura da mesma ação com base em outras provas. Em essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, mas os efeitos diretos da sentença. Note-se que, para quem não está catalogado como legitimado à propositura da ação – art. 82 do CDC e art. 5.º da Lei 7.347/85 –, a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas da impossibilidade de discussão judicial da situação jurídica por falta de legitimidade para agir.

Somente em relação aos co-legitimados para a ação coletiva verifica-se a extensão da coisa julgada para além dos limites das partes. Porém, isto também ocorre naturalmente, porque o trânsito em julgado abarca o efeito declaratório da sentença³, que se torna imutável em face da relação jurídica exposta

1 No sistema americano, a coisa julgada divide-se em dois tipos: *res judicata* e *collateral estoppel*, não se confundindo, em nenhuma de suas versões, com o *stare decisis*. Conforme assinala Heinsz, “ao contrário do *stare decisis*, ambas as teorias exigem não apenas identidade das causas, mas também das partes envolvidas nos processos. A *res judicata* envolve a noção de preclusão do pedido [*claim preclusion*], enquanto a *collateral estoppel* traz consigo a ideia de preclusão de fato [*issue preclusion*]. A *res judicata* previne que uma pessoa renove a discussão acerca de um pedido se (1) há um julgamento final em ação anterior, (2) as matérias levantadas num caso subsequente são as mesmas ou poderiam ter sido demandadas na ação anterior, e (3) os pedidos na segunda ação envolvem a mesma parte ou interessados. A *collateral estoppel* impede que uma parte renove a discussão sobre um fato se (1) o fato no litígio subsequente é o mesmo que aquele da ação anterior, (2) o fato foi objeto de litígio e necessário a uma decisão final, (3) a pessoa contra a qual a *collateral estoppel* é afirmada era parte ou interessada na ação anterior, e (4) a parte preclusa teve total e justa oportunidade de discutir o fato” (No original: “*Res judicata* and *collateral estoppel* are related but distinct concepts in the law of judgments. Unlike *stare decisis*, both of these theories require not only identity of issues, but also of parties involved in the actions. *Res judicata* involves the notion of *claim preclusion*, whereas *collateral estoppel* entails the idea of *issue preclusion*. *Res judicata* bars a person from relitigating a claim if (1) there is a final judgment from prior litigation, (2) the matters raised in the subsequent case either are the same or could have been litigated in the prior action, and (3) the claims in the second action involve either the same party or persons in privity with that party. *Collateral estoppel* prevents a party from relitigating an issue if (1) the issue in the subsequent litigation is the same as that raised in the prior litigation, (2) the issue was actually litigated and necessary to a final adjudication, (3) the person against whom the doctrine of *collateral estoppel* is asserted was a party to or in privity with a party to the prior action, and (4) the party precluded had a full and fair opportunity to litigate the issue”) (Timothy J. Heinsz, *Grieve it again: of stare decisis, res judicata and collateral estoppels in labor arbitration*. Boston College Law Review, v. 38, mar./1997, p. 275-300).

2 Francesco Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma: Foro Italiano, 1955, v. 1, p. 56.

3 A coisa julgada não constitui eficácia nem efeito da sentença. É, sim, qualidade que pode se agregar aos efeitos sentençiais. A eficácia da sentença, enquanto mera virtualidade, não pode ser abarcada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada, já que não existe concretamente. Os efeitos é que, em tese, podem ser acobertados pela indiscutibilidade característica da coisa julgada. Todavia, dentre esses efeitos há aqueles que dependem de agentes externos, e por isso não podem ser atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, pois podem vir a não operar efetivamente. Assim, por exemplo, a execução pode não ser requerida, quando o efeito executivo da sentença condenatória não será atuado. Por outro lado, ocorrendo o pagamento voluntário, é evidente que o efeito executivo será inibido. Mas isso, como é óbvio, não retira o selo de imutabilidade relativo à declaração contida na sentença; ou seja, ninguém poderá negar, depois de passada em julgado a sentença, aquilo que foi declarado. Essa declaração (eficácia declaratória) gera um efeito declaratório que, no caso de sentença capaz de produzir coisa julgada, é imunizado. De modo que apenas o efeito declaratório pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada. Deixe-se claro, porém, que todas as sentenças têm algo de declaratório. Ou melhor, quando se diz que a coisa julgada material incide sobre o efeito declaratório, deseja-se afirmar que a coisa julgada material toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais – e não apenas na “declaração” própria à sentença declaratória –, projetando para fora do processo um efeito declaratório imutável. Ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento*, v. 2, São Paulo: Ed. RT, 2010, 8.ª ed., Parte III, cap. 4.

no pedido formulado. Ora, se os co-legitimados – *extraordinários*, porque o direito postulado não lhes pertence, porém a toda coletividade, ou, ao menos, a um plexo indeterminado de sujeitos – podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, o trânsito em julgado da sentença torna imutável a declaração sobre *essa relação jurídica* às partes materiais e também aos legitimados extraordinários – que, afinal, nada mais são que *longa manus* dos titulares do direito, com autorização legal para agirem em seus nomes. Para melhor esclarecer, equipare-se o fenômeno com a hipótese em que o titular do direito possui, para a tutela de seus interesses em juízo, dois ou mais substitutos processuais. A propositura da ação por qualquer um deles, com o seu julgamento, acarreta a incidência da coisa julgada não apenas àquele que propôs a ação, mas também aos demais co-legitimados. É que a relação jurídica material foi julgada.

Por sua vez, o art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, trata da ação coletiva para a defesa de direitos coletivos (*stricto sensu*). Estes direitos são ditos pela lei (art. 81, II, CDC) transindividuais, de natureza indivisível, mas com sujeito determinado, representado por um grupo, categoria ou classe de sujeitos, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. De acordo com o art. 103, II, a coisa julgada, nesta hipótese, opera *ultra partes* – ressalvada a hipótese de improcedência por falta de provas; opera além das partes do processo, atingindo a todo o grupo, categoria ou classe a que pertence o direito discutido. Assim, igual objeção pode ser oposta: não é a coisa julgada que se estende para além das partes do processo. É o efeito direto da sentença que incide, de maneira imutável, sobre os titulares do direito. E isso pela singela circunstância de que eles não detêm legitimidade *ad causam* para discuti-la. De outro lado, no que diz respeito aos demais legitimados, ocorre exatamente o mesmo do que se disse em relação à tutela dos direitos difusos.⁴

Porém, até por comodidade de linguagem, a doutrina costuma atribuir à coisa julgada eficácia *erga omnes*. Entretanto, é interessante constatar que o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, diz que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vin-

culante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. No mesmo sentido, o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, afirma que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão *eficácia contra todos* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. O art. 102, §2º, é expresso e claro no sentido de que a eficácia contra todos (*erga omnes*) deriva das “decisões” do Supremo Tribunal Federal, e não da coisa julgada.

De qualquer forma, antes da Emenda Constitucional n. 3/93, não existia norma legal ou constitucional a regular os efeitos derivados das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. Foi a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, paulatinamente, construiu a tese dos efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade. À luz da Emenda Constitucional n. 1/69, o Supremo Tribunal Federal inicialmente submetia a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato ao Senado Federal, para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Porém, ainda antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as suas decisões, proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, produziam efeitos *erga omnes* e, por isso, dispensavam a atuação do Senado Federal. Assim, na Representação n. 1016-3, o Ministro Moreira Alves proferiu voto, seguido à unanimidade, em que se observa a seguinte passagem: “Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*), independentemente de atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que

4 Ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento*, v. 2, cit., Parte III, cap. 4; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil, Procedimentos Especiais*, v. 5, São Paulo: Ed. RT, 2010, 2ª. ed., Parte VI, cap. 8.

preside a ordem jurídica vigente".⁵

De modo que se entende, há muito tempo, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos contra todos. Entretanto, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade teve como premissa a coisa julgada que lhes qualifica. Muito embora a eficácia direta da decisão não se confunda com a coisa julgada, a primeira necessita da segunda para permitir a indiscutibilidade e a estabilidade da decisão transitada em julgado.

Embora no processo de controle abstrato de constitucionalidade não se fale em partes, muito menos em partes materiais ou em terceiros juridicamente interessados, é evidente que a ideia de alcançar a todos deriva da necessidade de não permitir, a quem quer que seja, opor-se à declaração de inconstitucionalidade.

Nesta dimensão, a prática constitucional brasileira passou a acatar a tese de que a coisa julgada material qualifica a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade. Entendeu-se que o dispositivo da decisão de inconstitucionalidade, isto é, a declaração de que a norma "x" é inconstitucional, tornar-se-ia imutável e indiscutível, e que tal dispositivo alcançaria a todos. Perceba-se que importaram, de forma isolada e autônoma, a coisa julgada material e a eficácia da decisão em relação a todos. Não bastaria apenas a coisa julgada nem somente a eficácia *erga omnes*.

Diante disso, discute-se se o Supremo Tribunal Federal pode voltar a tratar da norma que já declarou constitucional. Mas, a discussão tem sido desvirtuada. Considerando-se a eficácia preclusiva da coisa julgada, também vista como o princípio do deduzido e do dedutível, chega-se a afirmar que é possível propor outra ação de inconstitucionalidade, desde que fundada em outra causa de pedir. Objetar-se sob o argumento de que, na ação de inconstitucionalidade, o tribunal deve analisar a norma impugnada à luz da Constituição e, assim, não pode ficar adstrito aos fundamentos invocados na petição inicial. A adoção da última tese impediria a proposição de outra ação para a impugnação da norma.

O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1896-8, afirmou que "é da jurisprudência do Plenário o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da 'causa petendi' formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade,

a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição, e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual arguição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente ação. Sendo assim, está prejudicado o requerimento de medida cautelar, já indeferida, por maioria de votos, pelo Tribunal, no precedente referido".⁶ Em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal não conheceu de recurso extraordinário pelas mesmas razões. Decidiu-se, neste Recurso Extraordinário, que, tendo o Pleno da Corte, "ao julgar a ADI 2.031, relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, dado pela improcedência da ação quanto ao artigo 75, §§ 1º e 2º, introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional n. 21/99, isso implica, em virtude da 'causa petendi' aberta em ação dessa natureza, a integral constitucionalidade desses dispositivos com eficácia 'erga omnes'".⁷

No entanto, a relação entre o efeito preclusivo da coisa julgada e a ideia de causa de pedir aberta constitui uma manipulação lógica e teórica. Se há eficácia preclusiva da coisa julgada, todos os fundamentos dedutíveis, desde que integrantes da causa de pedir, presumem-se deduzidos. O princípio do deduzido e do dedutível faz precluir todos os fundamentos que fazem parte da causa de pedir invocada na ação que deu origem à decisão qualificada pela coisa julgada material. Ora, falar em causa de pedir aberta significa pôr de lado, para não incomodar, o princípio do deduzido e do dedutível. Nessa hipótese, pouco importa se determinado fundamento poderia ter sido deduzido ou era integrante da *causa petendi* invocada. Como todos os fundamentos poderiam ser livremente analisados pelo tribunal, presume-se que todos tenham sido – ou possam ter sido – deduzidos. Porém, a ideia de causa de pedir aberta, bem vistas as coisas, liga-se à natureza específica do controle abstrato de constitucionalidade e, assim, não deve ser vista como uma resposta à eficácia preclusiva da coisa julgada. Ou melhor, é preciso ter consciência de que o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada é incompatível com a ação direta de (in)constitucionalidade.

Basta indagar os motivos pelos quais se pensa na possibilidade de rediscutir a declaração judicial de que a norma é constitucional, ou, em outros termos,

6 STF, MC ADI n. 1896-8, Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 18.02.99.

7 STF, REEx n. 357.576-7, 1ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 17.12.2002.

5 STF, Representação n. 1016-3, Pleno, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 20.09.79.

as razões pelas quais se pode insistir em que a declaração de constitucionalidade, mesmo que envernizada pela coisa julgada material, não constitui obstáculo à rediscussão da específica norma.

É interessante perceber que tais motivos são exatamente os mesmos que abrem oportunidade para a Suprema Corte americana realizar o *overruling* de um precedente.⁸ Assim, a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, a evolução da tecnologia e a transformação da concepção jurídica geral acerca de determinada questão. De qualquer forma, ainda que a constatação desta identidade seja interessante, o que realmente obriga a tratar a revogação da decisão de inconstitucionalidade como hipótese de superação de precedente, e não de desconsideração da coisa julgada, é a circunstância de que, no controle abstrato de constitucionalidade, a coisa julgada material proporciona estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados, e não segurança jurídica às partes.

Acontece que a estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade não podem ser obstáculos à mutação da compreensão judicial da ordem jurídica. Lembre-se do que disse o Juiz Wheeler, em *Dwy vs Connecticut Co.*: “A Corte que melhor serve ao Direito é aquela que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, após longo tempo, mostrar-se insuficientes a outra geração; é aquela que descarta a antiga decisão ao verificar que outra representa o que estaria de acordo com o juízo estabelecido e assente da sociedade e não concede qualquer privilégio à antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre o *common law* descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento, encontraram a saúde e a vitalidade de tal Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo do Legislativo”.⁹

Nas ações concretas, em que a sentença outorga tutela jurisdicional à parte formal ou às partes em sentido material, a função da coisa julgada é dar segurança à parte, permitindo-lhe usufruir da tutela jurisdicional que lhe foi outorgada sem medo que ela possa ser contestada ou usurpada. Nas ações abstratas, ao se decidir pela constitucionalidade, nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a algu-

ma parte. Como dito, o benefício da coisa julgada, em tais ações, teria relação com a estabilidade da ordem jurídica e com a previsibilidade. Porém, como os fatores que autorizam a revogação de um precedente militam em favor da própria oxigenação e do desenvolvimento da ordem jurídica, a única restrição para a rediscussão de norma já declarada inconstitucional estaria no prejuízo que ela poderia trazer à previsibilidade. Contudo, a previsibilidade não só não é valor que pode se sobrepor à necessidade de desenvolvimento da jurisprudência da Corte, como também naturalmente perde consistência diante de fatores que apontam para a provável e necessária revogação do precedente.

Ademais, o benefício trazido pela previsibilidade, ao refletir sobre posição jurídica que se consolidou com base no precedente que se quer revogar, deve ser preservado mediante a adoção de modulação adequada dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Existindo situações que se consolidaram sob a égide da decisão de constitucionalidade, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não podem apanhá-las, devendo ser modulados em atenção à particularidade de a decisão estar declarando inconstitucional norma antes declarada constitucional.

De qualquer forma, poder-se-ia dizer que, bem ou mal, a decisão de constitucionalidade produziu coisa julgada material. Porém, quando se passa a compreender que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser obrigatoriamente respeitadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a função da coisa julgada, diante das decisões de constitucionalidade, perde utilidade. Na verdade, falar em coisa julgada, neste caso, é instituir problema teórico para a incontestável necessidade de revogação de precedentes, que, uma vez perpetuados, impediriam o adequado desenvolvimento da ordem constitucional.

Não obstante, como a relação entre decisão de constitucionalidade e coisa julgada material está arraigada na cultura jurídica, torna-se importante também explicar a questão sob o enfoque do instituto da coisa julgada. Não há dificuldade em admitir a revogação da decisão de constitucionalidade, a partir das bases que viabilizam a revogação de precedente, ainda que se entenda que a decisão de constitucionalidade produziu coisa julgada material e que todos os fundamentos que poderiam ser alegados para evidenciar a inconstitucionalidade estão preclusos.

A coisa julgada reflete estado de fato e jurídico que existia em determinado instante – naquele em que a decisão foi proferida –, razão pela qual a modificação do estado de fato e do direito faz surgir

8 Ver Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008; Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

9 Apud Benjamin N. Cardozo. *The Nature of Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 150-152.

outra causa de pedir e, por consequência, outra ação, sem que seja violentada ou desconsiderada a decisão e a coisa julgada anteriormente formadas a partir de outros fatos e de outro panorama jurídico, ainda que semelhantes.

Lembre-se que a alteração da situação financeira do réu de ação de alimentos que já transitou em julgado, formando coisa julgada que guarda decisão que declarou a inexistência de direito de perceber alimentos diante da ausência de condição financeira do demandado, constitui nova causa de pedir e, assim, abre oportunidade a nova ação de alimentos. Isso não significa, porém, que a ação de alimentos não forma coisa julgada material. A ação de alimentos produz coisa julgada material como qualquer outra destinada a resolver litígio que deve ser definitivamente resolvido. Falta apenas perceber, com clareza, que a decisão que se estabilizou, em virtude da coisa julgada, convive harmonicamente com outra que eventualmente se forma a partir de nova situação fática, dando origem a outra coisa julgada material. É que cada uma das decisões e coisas julgadas reflete um respectivo estado de fato, ou seja, uma particular causa de pedir.

O mesmo ocorre quando há alteração do ordenamento jurídico. Depois do trânsito em julgado, podem sobrevir não apenas novos fatos, mas também novas normas. Além de fatos capazes de alterar a situação jurídica preexistente, podem surgir normas que ab-roguem as que foram aplicadas na primeira ação, e, assim, deem à situação fática anterior uma nova conformação jurídica. De modo que uma circunstância de direito posterior também dá origem a uma nova causa de pedir e, portanto, a uma outra ação e a uma outra decisão.

Para não fugir do exemplo da ação de alimentos, suponha-se que, ao invés da alteração da situação financeira, tenha surgido nova norma, segundo a qual a relação de parentesco, que dava origem ao dever alimentar reconhecido na sentença transitada em julgado, não mais obriga o condenado a pagar alimentos.¹⁰ O fato anteriormente reconhecido, segundo a nova lei, não é mais fato constitutivo do dever alimentar.¹¹ Assim, o devedor de alimentos pode propor ação inversa – uma nova ação – contra o autor da ação anterior. A nova lei é uma nova circunstância e, assim, não está coberta pelo princípio do deduzido

e do dedutível. Portanto, gera uma nova causa de pedir e, assim, oportuniza outro julgamento, outra decisão e outra coisa julgada.

A alteração do ordenamento jurídico modifica a relação entre as partes no plano substancial, mas não pode alterar a “declaração” de que o primitivo réu, no instante em que a sentença foi proferida, devia alimentos ao autor. O já condenado, mediante ação calcada na alteração da ordem jurídica, pode obter sentença que o exonere de pagar alimentos. Neste sentido, a nova lei, ao dar origem a nova ação e a outro julgamento, não infringe a coisa julgada.

A nova lei também não retira do primitivo autor o benefício que a sentença pretérita lhe gerou, uma vez que essa sentença lhe outorgou direito aos alimentos com base na lei então existente. Mas a sentença, proferida sob a vigência da lei antiga, não pode continuar a gerar benefícios ao autor que, a partir da alteração do ordenamento jurídico, deixou de ter direito aos alimentos.

Raciocínio inverso significaria desconsideração do efeito das novas leis sobre as relações em curso. Tomar em conta uma nova lei, assim como um novo fato, é simplesmente admitir a existência de relações continuativas. Na realidade, a percepção de que uma nova lei pode fazer cessar um benefício até então outorgado pela coisa julgada é um reflexo da estrutura marcadamente temporal do próprio direito.¹²

Tudo é também muito simples quando se pensa na mutação da Constituição. É evidente que, neste caso, as leis pretéritas dependem da sua compatibilidade com a nova ordem constitucional. Assim, eventual sentença que tenha declarado a constitucionalidade de norma certamente pode ter a sua eficácia limitada no tempo à edição da nova Constituição.

O verdadeiro problema que aí surge diz respeito ao cabimento da ação declaratória de inconstitucionalidade. Melhor explicando: argumenta-se que, se a norma pretérita, para permanecer eficaz, depende de estar em compatibilidade com a nova Constituição, não haveria razão para admitir ação para declarar a sua inconstitucionalidade; a hipótese não seria de norma inconstitucional, porém de norma não recepcionada.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, endossou a orientação de que, tratando-se de norma editada à luz de Constituição pretérita, descabe a ação declaratória de inconstitucionalidade. Nesta ocasião, o Tribunal não admitiu a ação sob o funda-

10 Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 29.

11 “La duplicità dei possibili eventi sopravvenuti non è che la conseguenza del duplice condizionamento che determina la durata limitata della situazione giuridica dedotta in giudizio (la temporalità della fattispecie e della norma giuridica)” (Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 29).

12 Remo Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 31.

mento de impossibilidade jurídica do pedido¹³.

A ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2 afirma que “o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes; revoga-as”.¹⁴

O relator, Ministro Paulo Brossard, argumentou que norma anterior à Constituição pode não ser recepcionada, mas não pode ser dita inconstitucional; inconstitucional pode ser apenas a norma posterior à Constituição. O problema da norma anterior à Constituição seria de direito intertemporal; não de direito constitucional. De acordo com o voto do relator, não há como admitir ação direta de inconstitucionalidade para tratar de normas “que podem estar revogadas, mas não são inconstitucionais” (...) “O pedido é juridicamente impossível. A ação direta é para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; não para declarar revogada tal ou qual lei por força de Constituição superveniente”.¹⁵

O Ministro Sepúlveda Pertence, divergindo da maioria, não apenas ponderou que, no caso, nada impediria que se pensasse em inconstitucionalidade superveniente, como advertiu para o mal que adviria do rigor na admissão da tese da revogabilidade, qual seja, a impossibilidade do uso da ação direta. “Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade –, redundaria em fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recursos. (...) Perderão com tudo isso, inevitavelmente, não só a rapidez, mas a uniformização dos resultados da tarefa jurisdicional de conformação do direito velho às novas diretrizes da Lei Fundamental, com patente perda da

efetividade desta e da segurança jurídica dos jurisdicionados. Ao contrário, se se entende que o conflito cogitado se traduz em inconstitucionalidade superveniente – chame-se, embora, de revogação à sua consequência jurídica – abre-se-lhe a via do controle abstrato, hoje generosamente ampliada pela desconcentração da legitimidade ativa”.¹⁶

É certo que o parâmetro para a aferição da inconstitucionalidade há de ser o texto constitucional existente à época da elaboração da norma contrastada. Assim, se uma norma não se compatibiliza com a nova ordem constitucional, há revogação. Neste caso, porém, há também um objeto que serve de parâmetro para a aferição da revogação. A norma é confrontada com a nova Constituição, e, assim com acontece na relação (norma x Constituição) que tem por fim a formação de juízo de constitucionalidade, nem sempre há certeza acerca da recepção ou não da norma pela nova ordem constitucional.

Bem por isso, é inegável a imprescindibilidade de ação direta para estas situações. O acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2 – antes referido – disse não ter “conhecido a ação” por falta de “possibilidade jurídica do pedido”. Não conhecer da ação, na dicção do acórdão, está em não admitir a ação direta para declarar, em abstrato, a inconstitucionalidade da norma revogada. Porém, mais do que saber se o pedido era possível ou se o procedimento era adequado à espécie de tutela jurisdicional pretendida, é necessário perceber que, assim como o controle concentrado é importante para a norma considerada em face da Constituição do seu tempo, ela é imprescindível para a norma pretérita diante da nova Constituição. Lembre-se, aliás, que a Lei 9.882/99 – que regulamenta o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – afirma, em seu art. 1º, parágrafo único, I, que também cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *incluídos os anteriores à Constituição*”.

Há situação diversa quando se tem em conta a alteração dos fatos, capaz de tornar norma, ainda que já declarada constitucional, inconstitucional. É certo que a alteração da realidade social e dos valores da sociedade, assim como a evolução da tecnologia, podem fazer com que norma, já declarada constitu-

13 “Por maioria de votos, o Tribunal não conheceu da ação, por impugnar leis anteriores à Constituição de 1988 (impossibilidade jurídica do pedido), vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que rejeitavam essa preliminar” (STF, ADI n. 2, Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 06.02.92).

14 STF, ADI n. 2, Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 06.02.92.

15 STF, ADI n. 2, Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 06.02.92.

16 STF, ADI n. 2, Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 06.02.92.

cional, transforme-se em inconstitucional¹⁷. Trata-se de razões que são adotadas, de forma costumeira, para a revogação de precedentes no *common law*. Porém, ainda que neste instante se pense em coisa julgada material e não em *stare decisis*¹⁸ ou eficácia obrigatória dos precedentes, tais razões constituem novas circunstâncias, aptas a fazer surgir nova causa de pedir – obviamente diferente daquela que fundou a anterior ação direta de constitucionalidade –. e, assim, outra coisa julgada material, em tudo distinta da anterior. Por serem coisas julgadas diferentes, suas eficácias temporais não se sobrepõem. Uma cessa para a outra brotar.

A decisão declaratória de inconstitucionalidade, diante das relações continuativas, não retroage sobre a coisa julgada, mas limita a sua eficácia temporal.¹⁹ A coisa julgada antes formada, espelhando a realidade fática e jurídica legitimamente interpretada pelo Tribunal, permanece válida e intacta. Ela é limitada em virtude de circunstância posterior, expressa na declaração de inconstitucionalidade.²⁰

Sem retroagir sobre a coisa julgada, a declaração de inconstitucionalidade incide imediatamente sobre as relações em trânsito,

dando-lhes a regulação constitucional própria ao momento em que se desenvolvem. Frise-se que, embora atribuir efeito a uma decisão que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional não signifique o mesmo que atribuir efeito a uma lei inconstitucional²¹ – e, portanto, a decisão de

21 Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria parecem não ter compreendido o que pretendo demonstrar quando digo que atribuir efeito a uma decisão que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional não signifique o mesmo que atribuir efeito a uma lei inconstitucional. Contestando o que escrevi em outro lugar (O princípio da segurança dos atos jurisdicionais, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 31, p. 147), assim argumentam: “É estranhável, ab initio, atribuir-se à lei menor relevância que à sentença, quando o que se tem a coibir é a inconstitucionalidade. Esta pode invalidar uma ‘simples lei’ mas nada pode contra a sentença passada em julgado. Não parece razoável esta estranha hierarquia de inconstitucionalidades” (Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*, Coisa julgada inconstitucional, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 209). Ora, não se está atribuindo à lei menor relevância que à sentença. Apenas se está demonstrando que atribuir efeitos a uma sentença fundada em lei inconstitucional não é o mesmo do que admitir efeitos a uma lei declarada inconstitucional. É bom lembrar que a teoria da nulidade tem sido relativizada, de modo a se ressalvarem os atos pretéritos à decisão de inconstitucionalidade. Portanto, somente uma aplicação muito rigorosa e completamente inadequada da teoria da nulidade poderia explicar a desconstituição da coisa julgada como consequência direta e inarredável da declaração de inconstitucionalidade. Theodoro Jr. e Juliana não percebem que a sentença que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional é, em si, uma decisão ou um juízo constitucional. A declaração de inconstitucionalidade da lei não gera a inconstitucionalidade da sentença que na lei se fundou. Não há, portanto, qualquer “hierarquia de inconstitucionalidades”, mas sim a necessária ressalva da coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade. Em vez de se adotar a polêmica lição do jurista português Paulo Otero, basta dar maior atenção ao texto da própria Constituição da República portuguesa (art. 282, 3) para se perceber a possibilidade de se ressalvar a coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade, ou melhor, para se detectar a diferença entre lei declarada inconstitucional e sentença, transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional. É oportuno reafirmar que o defeito da tese de Paulo Otero está em ver a decisão que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional como uma decisão que viola de forma flagrante uma norma inconstitucional, o que, inclusive, constitui contradição com o seu argumento de que o juiz não pode mais ser visto como mero aplicador da lei. Ora, é exatamente porque o juiz não é mais um executor das leis, mas deve decidir interpretando a lei de acordo com a Constituição, que a sua decisão constitui um juízo constitucional. Mesmo quando aplica lei mais tarde declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Afirmam Theodoro Jr. e Juliana, ainda, que não se compreende “como possa a injustiça da sentença afastar a coisa julgada, fundada em simples ilegalidade na hipótese da ação rescisória, e tenha que ser tida como irrelevante quando o contraste se trate entre o ato decisório e a Constituição” (Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional...*, cit., p. 209). É preciso esclarecer, em relação a este ponto, que a decisão que aplica lei posteriormente declarada inconstitucional não contrasta com a Constituição. Fosse assim, toda e qualquer decisão tomada por juiz ou tribunal em controle difuso da constitucionalidade inevitavelmente poderia, um dia, contrastar com a Constituição, deixando sem qualquer explicação o trabalho da jurisdição e a expectativa de confiança legítima gerada aos vencedores das demandas encerradas. A simples ilegalidade, de que falam os autores, é a violação literal de lei. Ora, a decisão que viola frontalmente a Constituição ou que aplica lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal obviamente não é irrelevante, podendo igualmente ser

17 Como diz Teori Albino Zavascki, “a relação de harmonia entre a norma constitucional e as normas ordinárias poderá ficar comprometida pro fatos sobrevivendo, que alterem a realidade social. (...) Não é de se estranhar, assim, a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, acima referido: uma norma nascida em harmonia com a Constituição pode tornar-se com ela incompatível em face de substanciais mudanças da realidade social em que atua”. (Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 114).

18 De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem **vertical** (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como **horizontal** (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juizes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de *precedent*, como Frederick Schauer, para quem “[t]ecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* (...), e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior”. Ver Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 12-13; Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 48 e ss; SCHAUER, Frederick. *Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001&rec=1&srcabs=1411716>. Último acesso em 01/10/2009.

19 O problema relativo a se saber se a coisa julgada, nas relações continuativas, é infringida ou tocada pela declaração de inconstitucionalidade é muito discutido na Alemanha. A posição majoritária é no sentido de que se pode proteger a coisa julgada sem se deixar de atender à superveniente declaração de inconstitucionalidade (Cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, p. 571).

20 Ver Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 107 e ss.

inconstitucionalidade não deva retroagir sobre a coisa julgada -, não há racionalidade em admitir que uma decisão continue a produzir efeitos, regulando uma relação que se desenvolve no tempo, depois de a lei por ela aplicada ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Problema difícil é posto quando se olha para a mutação da compreensão geral acerca de determinada questão constitucional, pretendendo-se equipará-la, para o efeito de constituir nova circunstância ou nova causa de pedir, com a mudança do estado de fato. Todos sabem que a modificação da interpretação do direito não permite a correção da decisão qualificada pela coisa julgada material. Por igual razão, não há como admitir que, em virtude de nova compreensão do direito constitucional, desconsidere-se a coisa julgada e, assim, a garantia constitucional da segurança jurídica.

A questão é importante, particularmente por demonstrar *que se está diante do problema da eficácia temporal dos efeitos obrigatórios dos precedentes e que esta eficácia temporal não se confunde com a eficácia temporal da coisa julgada*.

É indiscutível que uma Corte Constitucional não pode ficar presa a entendimentos jurisprudenciais passados. Porém, isso obviamente não quer dizer que a Corte possa abandonar as suas posições diante de qualquer tese, nova doutrina ou interpretação discrepante. O abandono de um precedente constitucional, nesse caso, depende da mutação da compreensão geral – portanto, na academia e nas Universidades – a respeito da questão de direito em que o precedente se baseou. Por compreensão geral é preciso entender a compreensão pacífica, clara, sobre a questão jurídica, capaz de evidenciar que a manutenção do precedente configuraria a perpetuação de um equívoco.

O motivo pelo qual é fácil racionalmente admitir a alteração do precedente constitucional, e não a paralisação da eficácia temporal da coisa julgada material respeitante a decisão de constitucionalidade,

de, liga-se aos diferentes resultados que se almejam através desta última e da eficácia obrigatória dos precedentes. Do ponto de vista subjetivo, a eficácia obrigatória dos precedentes garante a previsibilidade dos jurisdicionados²², enquanto a coisa julgada garante à parte a segurança de que o resultado que lhe foi conferido pela jurisdição não será alterado.

Ora, é fácil perceber que a previsibilidade perde força quando a compreensão geral acerca de questão de direito contraria o fundamento de determinado precedente. Há previsibilidade em sentido inverso, no sentido de que o precedente será revogado. De modo que a garantia de previsibilidade, oriunda da força obrigatória dos precedentes, não constitui obstáculo à revogação de precedente com base em alteração da compreensão geral sobre questão de direito. Porém, algo completamente diferente se passa em relação à garantia de imutabilidade, peculiar à coisa julgada. Neste caso, como é óbvio, não apenas não se supõe, como, em verdade, não se admite ou tolera a revogação da coisa julgada em virtude da alteração da compreensão geral do direito. Note-se que, no primeiro caso, a segurança se realiza pela previsibilidade, ao passo que, na hipótese de coisa julgada, a segurança jurídica está na imutabilidade e na indiscutibilidade.

Quando, no momento da revogação judicial do precedente, ainda existia certo grau de confiança nele depositado, o Tribunal deve modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em atenção a esse fator. Não é o caso, assim, de estabelecer uma simples relação lógica entre a alteração da compreensão geral do direito e a retroatividade da decisão, mas de compatibilizar a retroatividade da decisão com o momento em que ganhou corpo a previsibilidade de que, em virtude de tal alteração, o precedente deveria ser revogado.

De qualquer forma, a coisa julgada material, diante das relações continuativas, não é afetada pela ação que se funda em nova circunstância. Assim, admitindo-se ação de inconstitucionalidade baseada em nova concepção geral acerca da questão de direito, não se estaria ferindo a garantia de segurança proporcionada pela coisa julgada. Mas a nova concepção geral sobre a questão de direito seria alçada ao patamar de nova circunstância, capaz de dar origem a ação de inconstitucionalidade dirigida a inverter o resultado anteriormente obtido com a ação de constitucionalidade.

Embora nova concepção geral de direito não

rescindida com base no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Sustenta-se, aqui, a não-assimilação destas decisões por decisão que aplicou – em época em que se controvertia sobre a questão constitucional – lei posteriormente declarada inconstitucional. Theodoro Jr. e Juliana, assim como outros que pregam a relativização da coisa julgada, simplesmente ignoram o efeito desta tese sobre o sistema de controle difuso da constitucionalidade. A lógica da argumentação dos teóricos da relativização da coisa julgada, em vez de tutelar a plenitude da Constituição, faz apenas com que a voz do Supremo Tribunal Federal tenha o efeito perverso de destruir as decisões judiciais, desvalorizando os juízes e os tribunais e tornando o processo civil um objeto ainda mais inexplicável ao cidadão. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

22 Ver Evan H. Caminker, *Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking*. *Texas Law Review*, 1994, v. 73, p. 1-82.

possa permitir a propositura de ação de exoneração de obrigação alimentar por aquele que foi vencido na ação de alimentos, a natureza do controle abstrato de constitucionalidade impõe solução diversa. Se a decisão oriunda de ação ancorada em nova concepção jurídica produz efeitos para o futuro, não há porque manter eficaz no tempo a coisa julgada *erga omnes* proveniente da decisão abstrata de constitucionalidade calcada em consciência jurídica não mais aceitável pela comunidade.

Diante desta conclusão cabe perguntar se o jurisdicionado pode propor ação concreta, para buscar a realização de pretensão que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, com base nas "novas circunstâncias" antes referidas, vistas como hábeis a permitir a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Considerando-se unicamente a coisa julgada diante das relações continuativas, não haveria razão para estranhar tal possibilidade, já que a coisa julgada nunca é afetada por ação baseada em nova causa de pedir. Assim, ação fundada em nova circunstância, ainda que dirigida à realização de pretensão individual, não viola a coisa julgada *erga omnes*. O problema, em verdade, não está na coisa julgada *erga omnes* como obstáculo à ação concreta, mas na análise de se outro tribunal, além do Supremo Tribunal Federal, pode aferir a presença de nova circunstância como fundamento ao estancamento dos efeitos temporais da coisa julgada *erga omnes*.

A solução deste problema exige que seja agregada à discussão a questão dos efeitos obrigatórios dos precedentes ou dos efeitos vinculantes. Sabe-se que as decisões proferidas em ação de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação "aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (art. 102, 2º, CF). De modo que, se os demais órgãos do Poder Judiciário são obrigados a respeitar as decisões tomadas em ação direta pelo Supremo Tribunal Federal, apenas a constatação de que a ação concreta baseada em novas circunstâncias não afeta a coisa julgada *erga omnes* não é bastante para definir se os tribunais estaduais ou regionais federais, por exemplo, podem fazer cessar os efeitos temporais da coisa julgada.

Torna-se evidente, diante desta encruzilhada, que a coisa julgada *erga omnes* está muito longe da eficácia vinculante. Nesta hipótese, ao decidir de forma contrária ao Supremo Tribunal Federal, o tribunal estadual ou regional federal não viola a coisa julgada *erga omnes*, mas desconsidera a eficácia vinculante.

Seria possível argumentar, em contrário à manutenção da eficácia vinculante diante do surgimento de nova circunstância, que o tribunal estadual ou regional federal, nesta situação, não viola a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Mas, este argumento é correto apenas na porção que não tem significado à resistência. Realmente, ao decidir outra demanda, estruturada sob nova causa de pedir, o tribunal regional federal ou estadual não viola a autoridade da coisa julgada e do Supremo Tribunal Federal. Porém, estes tribunais, ao chamarem a si o poder de fazer cessar, ainda que apenas em relação à parte da ação concreta, os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, evidentemente negam a eficácia vinculante. Não cabe a qualquer "outro órgão do Poder Judiciário" dizer que uma nova circunstância é suficiente para fazer cessar a eficácia da coisa julgada *erga omnes* – derivada de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade. Apenas o Supremo Tribunal Federal tem poder para revogar os seus precedentes.

Frise-se o fundamento desta conclusão: ao se admitir uma nova circunstância, ainda que não se volte a tratar da mesma questão já resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, afirma-se que o precedente não mais presta a definir a interpretação da questão constitucional. Outro órgão do Poder Judiciário, que não o Supremo Tribunal Federal, estaria a dizer que houve alteração da realidade social etc., capaz de permitir a revogação do precedente firmado em ação direta de constitucionalidade. Porém, o fato de a eficácia vinculante incidir "em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário" significa exatamente que apenas o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes.

Não calha argumentar que, diante de nova circunstância, não se revoga o precedente, mas apenas se diz que o precedente não se aplica a uma nova situação. Ora, se é necessário dizer que o precedente não se aplica, há, para o efeito que aqui interessa, revogação do precedente. Ou melhor, há exercício de poder deferido unicamente ao Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, é de se pontuar. O fato de nenhum outro órgão judicial, que não o Supremo Tribunal Federal, poder revogar os precedentes relativos a decisões tomadas em ação direta de constitucionalidade, não significa excluir a possibilidade de exercício de ação concreta. É possível admitir a incoação do controle difuso para se chegar ao Supremo Tribunal Federal, já que o jurisdicionado não dispõe de qualquer outro meio para fazer valer o seu direito enquan-

to o precedente não for revogado.

Contudo, para não se concluir que sempre é imprescindível chegar ao Supremo Tribunal Federal, é possível admitir, em hipóteses excepcionais, de notória e incontestável perda de substrato do precedente, uma espécie de revogação antecipada, nos moldes do que ocorre no *common law* mediante o que se denomina de *anticipatory overruling*.²³

De qualquer maneira, a coisa julgada da declaração de *constitucionalidade* não impede a consideração de novas circunstâncias, inclusive a alteração da concepção geral acerca de questão de direito, em sede de recurso extraordinário. Não haveria racionalidade em admitir a invocação destas circunstâncias em ação de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, impedir o Supremo Tribunal Federal de as enxergar ao se defrontar com recurso extraordinário.

Em caso de recurso extraordinário, há necessidade de não violar a segurança jurídica daquele que se comportou de acordo com a decisão de constitucionalidade. Não se pode esquecer que, no caso de relações continuativas, a decisão opera para o futuro porque a própria ação, tendo que se fundar em nova circunstância, não objetiva alcançar senão as situações que estão por vir.

Assim, não há como admitir ação direta de inconstitucionalidade ou ação concreta para negar situação jurídica formada com base na decisão de constitucionalidade, pois isso seria violar a coisa julgada. Aliás, mesmo que não haja decisão proferida em ação direta, mas apenas precedente decorrente de decisão tomada em recurso extraordinário, a situação jurídica que se consolidou com base no precedente não pode ser atingida pela posterior decisão que declarou a inconstitucionalidade.

Ou seja, a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade não pode apanhar situações pretéritas, e não apenas a coisa julgada material.²⁴ Do

mesmo modo, a decisão tomada em recurso extraordinário, além de obviamente não poder atingir a coisa julgada, não pode alcançar situação anterior que se formou a partir do precedente que está sendo revogado.

A decisão proferida em recurso extraordinário, considerando inconstitucional a norma antes afirmada constitucional pelo precedente também derivado de recurso extraordinário, não deve ter efeitos retroativos em relação à própria situação litigiosa sob julgamento. Em todos os casos em que a revogação do precedente não só conduzir a uma nova decisão acerca da questão de constitucionalidade, mas puder apanhar situação jurídica que se formou em benefício do recorrido, os efeitos retroativos da decisão proferida no recurso extraordinário deverão ser limitados ou mesmo inibidos.

Não há dúvida que, em tal hipótese, poderá haver decisão favorável sem quaisquer efeitos concretos benéficos.²⁵ Mas, isso é próprio de um sistema em que mesmo as decisões proferidas em controle difuso assumem a natureza e a função de precedentes constitucionais com força vinculante, independentemente de suas repercussões nos casos concretos que os oportunizaram. É certo que essa ideia ainda não faz parte da prática do Supremo Tribunal Federal. Porém, trata-se de questão que tem grande importância para o adequado desenvolvimento do sistema de precedentes. A confiança depositada pelo jurisdicionado no precedente não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal. O responsável pela legítima

pode ser pensada como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Como observa Proto Pisani, é possível dizer que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da norma geral e abstrata, daí decorrendo a inoperatividade do *ius superveniens* retroativo sobre a *fattispecie* concreta de que deriva o direito objeto da coisa julgada, e ainda a inoperatividade da superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata sobre a qual se decidiu (Andrea Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 389). A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isto equivaleria à nulificação do juízo de constitucionalidade e não apenas à nulificação da lei declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela Constituição. Proteger a coisa julgada não significa permitir que, no plano substantivo, um ato inconstitucional produza efeitos. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada Inconstitucional*, cit.

25 Trata-se de problema que não passou despercebido a Eisenberg: "Furthermore, a regular use of pure prospective overruling would diminish the incentive to argue for overruling in future cases, because the litigating party would bear the cost of the litigation but would not benefit from its result" (Melvin Eisenberg, *The nature of the Common Law*, cit., p. 131).

23 Ver Margaret N. Kniffin, *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals*, *Fordham Law Review*, 1982.

24 No Estado Constitucional brasileiro, em que o juiz tem o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto, não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, na linha proposta por Chiovenda, ou mesmo se limita a criar a norma concreta, nos termos da teoria de Kelsen e das doutrinas de Carnelutti e Calamandrei. Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle da constitucionalidade. A decisão transitada em julgado, assim, não pode ser invalidada como se constituísse mera declaração ou aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional. A decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz dotado de dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não

expectativa criada em favor do jurisdicionado deve zelar para que as situações que se pautaram no precedente sejam efetivamente respeitadas, sem deixar de considerar, igualmente, os fatores que possam fazer com que a confiança no precedente já teria esmorecido. No direito estadunidense, a prática judicial dos efeitos retroativo e prospectivo é variada. Em caso de revogação de precedente, caminha-se entre a eficácia geral simplesmente retroativa – o que comumente acontece – e a eficácia geral plenamente prospectiva, admitindo-se, em determinados casos, a irretroatividade da decisão em relação ao próprio caso sob julgamento. Trata-se do que se chama de *pure prospective overruling*.²⁶

De outro lado, é conveniente ressaltar, desde já, que não é apenas a decisão de constitucionalidade que se sujeita às chamadas novas circunstâncias, mas também a decisão que, proferida em recurso extraordinário, reconhece a inconstitucionalidade de norma. A norma, no caso, não é retirada do ordenamento jurídico, embora os motivos determinantes da decisão fiquem acobertados pela eficácia vinculante, atingindo todos os outros órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁷ Assim, é certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de dada norma um dia seja contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou que dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional uma norma que antes pronunciou constitucional.²⁸

Esta questão oportuniza a análise dos efeitos vinculantes da decisão, uma vez que faz ver que a estabilidade da proclamação da inconstitucionalidade,

neste caso, decorre de os fundamentos determinantes ficarem acobertados pela eficácia vinculante.

O verdadeiro motivo para se pensar em eficácia vinculante está na preocupação com a estabilidade dos fundamentos determinantes da decisão.²⁹ Assim, é equivocado imaginar que os efeitos vinculantes acobertam apenas a parte dispositiva da decisão. O objetivo da eficácia vinculante não é tornar indiscutível ou imutável o dispositivo da decisão, nem tornar indiscutíveis ou imutáveis os fundamentos da decisão em relação às partes, sejam formais ou materiais.³⁰

A eficácia vinculante almeja isolar os fundamentos determinantes da decisão, impedindo que os órgãos públicos que aplicam o direito possam negá-los. Assim, além de não se limitar ao dispositivo, a eficácia vinculante não se volta a dar segurança às partes, e, portanto, está muito distante da coisa julgada.

É certo que, na ação abstrata, não existem partes, e ainda assim se fala, inclusive no plano normativo, em coisa julgada. Trata-se, porém, de distorção do fenômeno da coisa julgada, que se popularizou por força da sua aceitação perante a comunidade jurídica. Quando primitivamente se concebeu a coisa julgada na ação abstrata, pensou-se, em verdade, em eficácia vinculante limitada ao dispositivo da decisão.

Embora exista discussão acerca dos limites objetivos da eficácia vinculante, a sua razão de ser ou a sua essência afastam completamente a ideia de vê-la limitada ao dispositivo da decisão. Isso porque a eficácia vinculante é vista como eficácia obrigatória em relação aos órgãos públicos incumbidos de aplicar o direito e, se bastasse obrigar-lhes a se curvar aos dispositivos das decisões, seria suficiente a tal “coisa julgada *erga omnes*”. Ou melhor, embora a eficácia vinculante destine-se a conferir segurança jurídica aos

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

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

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

29 Como escreve Michael Sachs, “o próprio Tribunal Constitucional Federal defendeu, em jurisprudência constante e de longa data, a concepção de que essa força vinculante de suas decisões vai além do respectivo dispositivo – i.e., vai além da decisão normalmente encontrada acerca do objeto do processo – para também abranger os fundamentos determinantes de suas decisões. Com isso, essa eficácia vinculante também atinge as concepções jurídicas que sejam determinantes para as decisões” (Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, 2.ª ed. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2007, p. 186). No original: “Das BVerfG selbst hat in ständiger Rechtsprechung lange Zeit die Auffassung vertreten, dass diese Bindungskraft seiner Entscheidungen sich über den jeweiligen Tenor bzw. die regelmäßig darin getroffene Entscheidung über den Entscheidungsgegenstand hinaus auch auf die tragenden Gründe seiner Entscheidungen erstreckt. Damit beansprucht es diese Bindungswirkung auch für die Rechtsauffassungen, die für seine Entscheidungen jeweils maßgeblich sind (Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, 2.ª ed. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2007, p. 186).

30 Como já dito, há irreversível processo de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito da mais alta corte brasileira. Ver STF, Informativo n.º 379, 7-11/03/2005; STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003, p. 65.

jurisdicionados, ela não se preocupa em garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da precisa solução dada ao objeto litigioso, mas em tutelar a estabilidade da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Na verdade, chega a ser ilógico perguntar a respeito dos limites objetivos dos efeitos vinculantes. Ao contrário da coisa julgada, que pode se estender, dependendo da opção técnica do sistema jurídico, aos fundamentos da sentença, a razão de ser da eficácia vinculante está em obrigar os órgãos públicos – que são completamente estranhos ao processo em que a decisão foi proferida – a respeitarem a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão. Só há racionalidade em falar de eficácia vinculante quando se tem consciência, de antemão, que se deseja obrigar ao respeito aos motivos determinantes. Restringir a eficácia vinculante à parte dispositiva da decisão é negar a sua natureza, constituindo contradição em termos.

Como está claro, a eficácia vinculante tem o mesmo objetivo da eficácia obrigatória dos precedentes e, nesta dimensão, do *stare decisis*. O precedente apenas é garantido quando os órgãos judiciais estão a ele vinculados. Ora, a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente; esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão. Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*.

³¹ Daí a razão óbvia pela qual a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão. Só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito exclusivo à parte dispositiva – que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo.

De forma que pretender que a eficácia vinculante seja limitada ao dispositivo é, antes de mais nada, não ter consciência de que a eficácia vinculante tem o objetivo de preservar a coerência da ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade.

Todavia, não se pense, apressadamente, que a eficácia vinculante pode obstaculizar o desenvolvimento do direito, ou congelar as decisões do Poder Judiciário, impedindo a sua renovação e adequação

aos novos tempos. O art. 102, 2º, da Constituição Federal é expresso no sentido de que a eficácia vinculante não atinge o Supremo Tribunal Federal. Objetiva-se, com isso, exatamente permitir a revogação do precedente.

Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal, como qualquer tribunal que profira decisões que obriguem outros órgãos judiciais, pode revogar os seus precedentes. Não pode revogá-los em virtude de simples alteração pessoal na compreensão do direito ou da mera alteração na composição do Tribunal, com a saída de um ou alguns Ministros e a entrada de outro ou outros. Se isso fosse possível – como chega a ocorrer, de forma patológica, no *common law* –, a coerência da ordem jurídica ficaria na dependência de meras vontades, alterando-se a todo instante.

Como é óbvio, não se quer dizer com isso que novas posições pessoais não possam ou devam ser ouvidas, ou que a composição do Tribunal não expresse vontades morais diferenciadas. O que se deseja evidenciar é que, para se alterar um precedente, qualquer membro do Tribunal, seja recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito. Neste caso, o Juiz assume um ônus de evidenciar que tais motivos não só estão presentes, como são consistentes e fortes o bastante para se sobrepor às razões determinantes antes adotadas. Caso a maioria do Tribunal não consiga vencer o ônus de alegar, demonstrar e evidenciar que “boas razões” impõem a revogação do precedente, este deverá ser mantido.³²

Porém, não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Isso é indicado, como já se disse, pela própria Constituição Federal. Trata-se, hoje, de algo absolutamente natural, inclusive nos sistemas de *common law*. Na realidade, desconhece-se, na atualidade, sistema de eficácia absolutamente vinculante, ou seja, sistema que proíba a Corte Suprema de um país de revogar os seus prece-

³¹ Sobre o conceito de *ratio decidendi*, ver Geoffrey Marshall, *What is binding in a precedent*. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 503 e ss; Julius Stone, *Precedent and Law: The Dynamics of Common Law Growth*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 123 e ss.

³² Gilmar Mendes, em sede doutrinária, afirma que “de um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia do próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional. Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior, que explicate e justifique a mudança. Quem se dispõe a enfrentar um precedente, fica duplamente onerado pelo dever de justificar-se” (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.338).

des. De modo que, quando se diz que o Supremo Tribunal Federal não é sujeito à eficácia vinculante das suas próprias decisões, quer-se afirmar, na verdade, que este Tribunal não está, absoluta ou irremediavelmente, vinculado às suas decisões.

Lembre-se que a particularidade da eficácia absolutamente vinculante é a proibição de o tribunal revogar a sua própria decisão, ainda que tenha bons fundamentos para tanto. É o que acontecia na Câmara dos Lordes da primeira metade da Inglaterra do século XX. No final do século XIX, a *House of Lords* decidiu, em *London Tramways*, que não poderia revogar os seus precedentes, tendo esta decisão constituído espécie de "imunidade" contra o *overruling*³³. Tal precedente constituiu o ponto culminante de uma evolução em direção à vinculação absoluta da Câmara dos Lordes às suas decisões³⁴. Apenas em 1966, a *House of Lords* declarou que, diante de certas circunstâncias, poderia revogar as suas próprias decisões.³⁵ Antes disso, a *House* estava absolutamente vinculada aos seus julgados, ainda que estivesse convicta de que, em certos casos, ao reiterá-los, estaria perpetuando uma decisão injusta.³⁶

Isso está muito longe de poder acontecer no Brasil. Não fosse a Constituição Federal, a dizer que a eficácia vinculante não atinge o Supremo Tribunal Federal, a racionalidade impediria a nossa mais Alta Corte de reiterar decisões quando consciente do seu equívoco. Reafirme-se, porém, que o Supremo Tribunal Federal está, em outro sentido, obrigado diante das suas próprias decisões, pois apenas pode revogá-las quando for capaz de expressar fundamentação suficiente a evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito.

Por outro lado, não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal é vinculado à coisa julgada das suas decisões, não podendo, em hipótese alguma, desconsiderá-las. Note-se, agora com maior facilidade, que a questão da possibilidade de declarar inconstitucional norma já declarada constitucional ou de declarar constitucional norma declarada inconstitucional em recurso extraordinário, sem dúvida revela hipótese de revogação de precedente, e não de descaso com a coisa julgada. No caso de norma declarada constitucional em ação direta, a revogação do precedente, em princípio, não retroage, e, no caso de norma declarada constitucional em ação concreta, a revogação do precedente não retroage sobre a coisa julgada desta específica ação e, em princípio, nem sequer em relação às situações substanciais que com base nela se formaram. Em caso de norma declarada inconstitucional em recurso extraordinário, é evidente que posterior declaração de constitucionalidade não retroage sobre a coisa julgada que se formou. Frise-se, ainda, que não é porque não há coisa julgada a ser tutelada que a decisão de revogação do precedente está liberada para produzir efeitos plenamente retroativos, como se não houvesse que se garantir a segurança jurídica decorrente da previsibilidade então gerada pelo precedente que até então sobrevivia.

Anotar-se, ademais, para sublinhar a distinção entre coisa julgada e eficácia vinculante, que os "demais órgãos do Poder Judiciário" não estão vinculados apenas às decisões que produzem coisa julgada *erga omnes*, mas também à *ratio decidendi* das decisões proferidas em recurso extraordinário, o que demonstra que a eficácia vinculante também anda de mãos separadas da coisa julgada quando analisada em relação aos "demais tribunais".

Quando decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada *erga omnes* e possui eficácia vinculante, os tribunais de justiça, por exemplo, estão duplamente submetidos à mesma decisão, porém por razões diversas e autônomas. Devem respeito à coisa julgada *erga omnes* e à *ratio decidendi*. Na hipótese de relações continuativas, embora em tese possam considerar novas circunstâncias para fazer cessar a eficácia temporal da coisa julgada, não podem tomar em conta aquelas que são capazes de permitir a revogação do precedente constitucional, negando a sua *ratio decidendi*. Nesse caso, o que os impede de fazer cessar a coisa julgada não é a coisa julgada *erga omnes*, mas a eficácia vinculante.

Fora tudo isso, não é demais lembrar que decisões que sequer são aptas a produzir coisa julgada material são capazes de conter eficácia vinculante.

33 DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 125.

34 EVANS, Jim. *Op. cit.*, p. 58.

35 Em 1966, um *Statement* autorizou a *House of Lords* a revogar os seus precedentes. Eis parte da justificativa para o *overruling*: "os *Lordships* consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é o direito e para aplicá-lo aos casos concretos. Fornece um grau mínimo de certeza perante o qual os indivíduos podem pautar suas condutas, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas. Os *Lordships*, não obstante, reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificar a presente prática e, embora tratando as antigas decisões como normalmente vinculantes, deixar de lado uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo". Segundo Neil Duxbury, o *Practice Statement* de 1966 é prova de que a Corte podia voltar atrás em sua palavra, algo que ela de fato fez. (DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 126).

36 V. MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished*, *op. cit.*, p. 198.

Basta atentar às decisões que concedem “medida liminar” em ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Estas decisões, por não terem carga declaratória suficiente, não produzem coisa julgada material. Entretanto, tais decisões podem ter eficácia vinculante, ainda que não produzam coisa julgada. Neste caso, as razões de decidir serão provisórias, ou melhor, existirão motivos determinantes de uma decisão provisória ou, simplesmente, uma *ratio decidendi* provisória – como é natural a todo e qualquer juízo sobre o mérito proferido no curso de um processo. Porém, ainda que provisória, a *ratio decidendi* tem força obrigatória ou eficácia vinculante em relação aos demais órgãos judiciais e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Não haveria por que conferir eficácia vinculante às decisões definitivas e negar igual força às decisões provisórias, proferidas em ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade.³⁷ A menos que se pretenda dar vazão ao controle difuso durante o tempo de processamento das ações voltadas ao controle abstrato. Porém, não parece que seja esta a intenção do sistema estruturado sob o binômio controle concentrado-controle difuso. Se o processo objetivo foi instaurado, abrindo-se oportunidade ao exercício da jurisdição constitucional, não há razão para negar eficácia às decisões provisórias do Supremo Tribunal Federal. Perceba-se que, ao se negar eficácia vinculante às decisões liminares proferidas em ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, o exercício da jurisdição constitucional, em sede de juízo provisório, torna-se um *flatus vocis*.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que as suas decisões liminares têm eficácia vinculante. Assim, por exemplo, na Reclamação n. 2.256, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu-se, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a decisão liminar concedida na ADI n. 1.730/RN tinha eficácia vinculante, de modo a desautorizar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte a qual a desobedecera³⁸.

37 Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. *O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas*. Jus Navigandi. Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Último acesso em: 16/10/2009.

38 “O Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que deferiu o mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que não a conhecia. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso e, neste julgamento, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence”. (STF, Rcl. n. 2.256, Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 11.09.2003).

Não obstante, tratando-se especificamente da *ratio decidendi*, importa advertir que, embora esta, nas decisões concessivas de liminar, tenha natureza provisória, isto não significa que se possa descurar da sua precisa delimitação. É que a importância da definição da *ratio decidendi* tem relação com a circunstância de a decisão ter eficácia vinculante, e não com a cognição – se sumária ou exauriente – emprestada à decisão, ou melhor, com o fato desta produzir ou não coisa julgada material.

De outro lado, nos termos do artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal, cabe Reclamação ao Supremo Tribunal Federal “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”. A Lei n. 8.038/90 – que “institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal” –, regula a Reclamação em seu Capítulo II, estabelecendo que, ao julgar procedente a reclamação, “o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência” (art. 17).

A Reclamação, enquanto instituto processual, não depende da eficácia vinculante³⁹. Antes da Emenda Constitucional n. 3/93, que introduziu o efeito vinculante, já se admitia a Reclamação diante do controle abstrato de constitucionalidade, porém adstrita ao autor da ação direta de inconstitucionalidade e ao órgão que editou a norma, além de limitada ao desrespeito à parte dispositiva da decisão, e não à sua *ratio decidendi*. Porém, admitindo-se que a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade ficam cobertos pela eficácia vinculante, não há como limitar a Reclamação ao dispositivo da decisão de (in)constitucionalidade. Se os fundamentos determinantes têm eficácia vinculante, a proibição que atinge os demais órgãos judiciais e os órgãos da administração pública é logicamente mais extensa. Assim, por exemplo, os juízes estão proibidos de desrespeitar as razões essenciais que levaram à decisão de inconstitucionalidade, e não somente de adotar a norma que foi declarada inconstitucional. Por simples consequência, não há porque restringir a Reclamação ao autor da ação direta e ao órgão que editou a norma. Em virtude da eficácia vinculante, legitimados à Reclamação são os

39 A Reclamação constitui forma de cassar decisão que desrespeitou a autoridade de tribunal hierarquicamente superior, a qual não depende da eficácia vinculante. Ou seja, se a Reclamação é instrumento técnico-processual destinado a impedir o desrespeito à autoridade do Tribunal, ela em tese pode ser utilizada ainda que a decisão desrespeitada não tenha eficácia vinculante. Porém, deixe-se claro, apenas para cassar a decisão que desrespeitou o dispositivo da decisão e não a sua *ratio decidendi*.

eventuais beneficiados pela decisão e os que desrespeitarem a sua *ratio decidendi*, ou melhor, qualquer um deles.

Lembre-se que, na Reclamação n. 1987, o Supremo Tribunal Federal deixou claro o cabimento de Reclamação para ressuscitar a autoridade dos fundamentos determinantes de decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade.⁴⁰ Na ocasião, disse o relator da Reclamação, Ministro Maurício Corrêa, que "a questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI n. 1662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes".⁴¹

Por fim, não há dúvida de que, tratando-se de decisão com eficácia vinculante, a sua não observância não pode deixar de caracterizar grave violação de dever funcional, abrindo oportunidade para medidas de ordem administrativa, criminal e civil.⁴² Os órgãos judiciais e autoridades administrativas vinculados obviamente não podem deixar de observar as decisões. Bem por isso, caso o façam, devem responder por suas ações.⁴³

Caso um órgão judicial se negue a adotar decisão com eficácia vinculante, desrespeitando os seus fundamentos determinantes, estará caracterizado o ilícito suficiente à propositura de ação de ressarcimento contra o Estado. Neste caso, dificuldade haverá, apenas, para se determinar a extensão do dano provocado à parte que, litigando na ação concreta, injustamente submeteu-se à arbitrariedade do juiz ou do tribunal. Igual raciocínio, como é óbvio, aplica-se à hipótese em que órgão da administração pública comete a ilicitude.

Para concluir, importa, fundamentalmente, destacar que a eficácia vinculante se liga à eficácia

dos precedentes, e não ao significado da decisão para as partes ou mesmo à eficácia que naturalmente decorre das decisões que realizam o controle abstrato de normas. Com a eficácia vinculante não se quer garantir uma tutela jurisdicional à parte ou àquele que é diretamente afetado pela decisão em controle concentrado. A eficácia vinculante se destina a dar força obrigatória à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes da decisão, impedindo que eles sejam desconsiderados em quaisquer decisões de órgãos judiciais inferiores.⁴⁴

A eficácia vinculante garante aos jurisdicionados a coerência da ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade, o que nada tem a ver com os objetivos da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*. A eficácia vinculante enfatiza a obrigatoriedade do respeito aos precedentes. Aliás, não haveria motivo para pensar em *ratio decidendi* e *obiter dicta* se os precedentes não contassem com o respeito dos órgãos judiciais.

40 "Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional". (STF, RCL n. 1987, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.05.2004).

41 STF, RCL n. 1987, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.05.2004.

42 De acordo com Gilmar Mendes, "a não-observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado" (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 1.339).

43 Ver Roger Stiefelmann Leal, O efeito vinculante na jurisdição constitucional, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167-168.

44 De lado, obviamente, a obrigatoriedade acarretada aos órgãos da administração pública, que, neste momento, não importa.