

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

Thiago Carniatto Marques Garcia

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA  
APLICABILIDADE NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

CURITIBA  
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

Thiago Carniatto Marques Garcia

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA  
APLICABILIDADE NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia de conclusão de curso,  
apresentada à Banca Examinadora da  
Universidade Federal do Paraná, como  
exigência parcial para obtenção do título de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO CARNIATTO MARQUES GARCIA

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA  
APLICABILIDADE NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná,  
examinada pela seguinte banca examinadora:

---

Orientador  
Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

*A meus pais, André e Gislaine  
E a meu irmão, Bruno,  
Por tudo.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é, por si só, uma tarefa ingrata. Inevitavelmente fatos e pessoas não serão lembrados em sua plenitude, não por falta de importância, mas sim diante da própria natureza da memória humana, que muitas vezes se esquece daquilo que deveria ser lembrado e se lembra daquilo que deveria ser esquecido. Tal fator, entretanto, não pode servir como desculpa para que nos eximamos de demonstrar um mínimo de gratidão àqueles que passaram por nossas vidas, eis que, por mais insignificante que tenha sido tal passagem, atuou de maneira única para moldar a pessoa que somos hoje.

Por isso, impossível começar os agradecimentos que não pela família, aqueles que sempre estiveram e sempre estarão ao nosso lado. Assim, direciono meu primeiro obrigado à minha mãe, Gislaine, a meu pai, André, e a meu irmão, Bruno, os quais suportaram longos cinco anos de mau humor matinal (que muitas vezes não se restringia a este período). Posso dizer, literalmente que nada seria sem vocês. O apoio e incentivo sempre presentes foram essenciais para que conseguisse tocar em frente durante todo esse curto tempo de existência terrena. Não existem palavras que se mostrem suficientes para expressar o quão fundamentais à minha vida vocês são e como para sempre serão exemplos a serem seguidos, pelo que me ateno ao mais sincero e profundo obrigado, amo muito vocês.

Não se pode esquecer, porém, do restante da família, que desempenhou papel de igual importância. Deixo de citar todos pessoalmente pois, caso contrário, o número de páginas já extenso do presente trabalho seria dobrado. Gostaria apenas de fazer uma menção especial a meu avô, André, por ser um dos grandes exemplos com os quais posso contar, mostrando ser possível superar quaisquer dificuldades que a vida nos imponha.

A família, porém, não se resume àqueles laços consanguíneos com os quais surgimos neste mundo. A base da ideia de família encontra-se no amor por ela e a ela dispensados, pelo que, a todos os meus amigos, que posso chamar de minha “segunda família”, obrigado.

Obrigado ao grupo sem o qual estes cinco anos não teriam sido a melhor época de minha vida até então: Eduardo Malucelli, Everton Sutil, Humberto Scussel,

Felipe França, Felipe Giovanaz, Filipe Andretta, João Vitor, Nikolai Olchanowski, Rafael Hayashi, Ricardo Feijó e Vinicius Mitsuhasi. Sem a ousadia e a alegria proporcionada, não sei o quão são eu sairia desta faculdade, amo vocês, moçada.

Igual agradecimento e carinho são necessários àquelas que também tiveram papel fundamental durante este período: Camila Makarausky, Carolina Raboni, Fabiana Piazzetta, Helena Castilho, Jéssica Malucelli, Luisa Meister, Marina Shinmi, Poliana Szernek e Renata Acosta, vocês estão em meu coração.

Agradeço, ainda, a todos os outros que marcaram presença durante estes cinco anos, pessoas que independente do curto tempo de convivência que dispusemos, muito tiveram a me ensinar, sei que cometo uma injustiça em não nominá-los pessoalmente, mas seria impossível nomeá-los todos sem se esquecer de ninguém, e novamente, o agradecimento à contribuição pessoal de todos renderia uma nova monografia, pelo que, muito obrigado.

Impossível esquecer, também, daqueles que fazem desta universidade uma verdadeira Universidade, uma das melhores do país, e na qual terei o orgulho de me formar. Agradeço em primeiro lugar ao Prof. Clèmerson Merlin Clève, por aceitar a tarefa de orientar o presente trabalho. Ao Prof. Emerson Gabardo e à Prof.<sup>a</sup> Eneida Desirre, por aceitarem participar de minha banca. Gostaria de agradecer em especial à Prof.<sup>a</sup> Desiree que, não apenas ministrou a primeira aula de Teoria do Estado a um eufórico grupo de calouros em 2009, demonstrando preocupação ímpar com o magistério, consolidando minha preferência pelo Direito Público, mas por proporcionar a participação no julgamento simulado da ADI em 2011, o que futuramente viria a auxiliar em minha escolha em tentar seguir o nebuloso caminho da magistratura. Agradeço em especial, também, ao Prof. Jacinto Coutinho, que magistralmente demonstrou a necessidade de levar o conhecimento jurídico para além do código, realizando um estudo crítico e buscando sempre “os fundamentos dos fundamentos”, preocupando-se primordialmente com as vidas em jogo ao se lidar com o Processo Penal, área pela qual adquiri profundo interesse devido, em grande parte, às suas lições. Aos demais mestres, que tiveram igual importância em minha formação, dedico meus mais sinceros agradecimentos.

Quero voltar meus agradecimentos, por fim, ao paradigmático gabinete do Des. Miguel Pessoa, no qual tive o prazer de trabalhar e que deram às minhas tardes destes últimos três anos a chance de serem agradáveis, a vocês devo o

aprendizado de muito daquilo que nunca aprenderia na faculdade, por isso, Ana Lucia, Andressa, Angela, Dib, Fernando, Henrique, Mayra, Myla e Nancy, muito obrigado. Agradeço em especial à Mayra, que durante um bom tempo serviu como fonte de consulta a todos e sem a qual este trabalho não teria se iniciado. Um muito obrigado especial, também, ao Des. Miguel Pessoa, que demonstrou dedicação incomparável à magistratura, posição que apesar de há muito associada à arrogância e à prepotência, mostrou possível ser exercida com humildade e humanidade, defendendo sempre que ao se julgar um caso, não se está tratando com pilhas de papéis e alegações, mas sim com vidas, sempre se mostrando aberto a compartilhar suas experiências profissionais e pessoais com o restante da equipe que teve a sorte de lhe auxiliar e que, permito-me afirmar, compõe o melhor gabinete do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

*“Que leis são estas que devo respeitar, mas que abrem tão grande distância entre mim e o rico? Ele nega-me o salário que lhe peço, e desculpa-se recomendando-me um serviço que não conhece. Quem fez estas leis? Homens ricos e poderosos, que nunca se dignaram em visitar as tristes cabanas do pobre, que nunca dividiram um pão mofado entre os gritos inocentes de seus filhos famintos e as lágrimas da esposa. Rompamos estes vínculos fatais para a maioria e úteis para uns poucos e indolentes tiranos; ataquemos a injustiça em sua origem. Voltarei ao meu estado de independência natural, viverei livre e feliz durante algum tempo com os frutos de minha coragem e de minha atividade: chegará talvez o dia de dor e de arrependimento; mas, será breve esse tempo e terei um dia de sofrimento em troca de muitos anos de liberdade e de prazeres. Convertido em rei de poucos, corrigirei os erros da fortuna, e verei esses tiranos empalidecerem e tremerem na presença de quem com um insultoso pasto, pospunham aos seus cavalos e seus cães (...) Estas leis são mais do que pretextos da força; as formalidades meditadas a cruéis da justiça nada mais são do que uma linguagem convencional para matarmos com maior segurança, como vítimas destinadas em sacrifício ao ídolo insaciável do despotismo.”*

Cesare Beccaria – *Dos Delitos e das Penas*



## RESUMO

O controle de constitucionalidade das leis, em especial aquele exercido pelo Judiciário, sempre se mostrou alvo de grandes discussões acadêmicas, principalmente pelo fato de representar uma suposta contrariedade à ideia de representatividade democrática. Essa ideia foi superada tanto no modelo de controle desenvolvido nos Estados Unidos da América, quanto naquele pensado por Hans Kelsen, que preconizavam a ideia de supremacia da Constituição. Diante desse princípio, demanda-se a observância da superação do pensamento positivista, que preconizava o completo afastamento da subjetividade do intérprete, de modo que se impõe enxergar o juiz como atuante participativo na construção do direito, expondo-o na sentença. A decisão judicial mostra-se, assim, de incomensurável importância, pelo que se mostra necessário um estudo sobre os efeitos que dela decorrem, em especial a coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, os quais são muito confundidos. Impõe reconhecer que a atribuição de efeitos vinculantes à decisão, em especial àquela tomada em sede de controle de constitucionalidade, a fim de garantir os ideais de segurança jurídica e igualdade preconizados pela Constituição, tal é a proposta da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Inobstante a necessidade do respeito aos precedentes, deve-se ter em mente que ao Judiciário não é conferida irrestrita liberdade hermenêutica, não sendo livre para alterar livremente aquilo que se encontra previsto na Constituição, razão pela qual, apesar de importante a recepção de instituto similar ao *stare decisis*, deve-se atentar contra eventual supercrescimento dos poderes constitucionalmente atribuídos ao Judiciário.

**Palavras chave:** controle de constitucionalidade; efeitos da decisão; precedentes vinculantes; separação de poderes.

## ABSTRACT

The judicial review always have been subject of countless academic discussions, especially because of the assumed contrariety of the idea of democratic representation. That idea has been overcome both in the system developed in the United States as the one thought by Hans Kelsen, who understand that the Constitution was the supreme law of the land. That principle demand observation of the overruling of the positivism line of thought, who advocated the complete seclusion of the subjectivity of the jurist, so that the judge came to be seen as an active participant in the construction of the Law. The judicial decision showed, that way, provided with enormous value, demanding a depth study of the effects that it produces such as *res judicata*, binding effects and *erga omnes* effectiveness, object of great confusion. The assignment of binding effects to the decision, especially the one taken in constitutional jurisdiction, ensuring the ideals of equality and legal security assured in the Constitution, is the proposition of the theory of transcendence of determinants reasons. Although the needs to respect the precedents, needless to say that the Judiciary does not have full hermeneutic freedom, is not free to change the constitutional text, reason because despite the importance of the adoption of suchlike the *stare decisis*, it must be accompanied by a control of the judiciary actions, avoiding an overgrowth of the power constitutionally assured to the Judiciary.

**Keywords:** judicial review; decision effects; binding effects; separation of powers.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	14
2.1. Modelo Estadunidense de Controle.....	14
2.2. Modelo Austríaco de Controle.....	19
2.3. Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	25
<b>3. A DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	34
3.1. Controle de Constitucionalidade, supremacia da Constituição e o Princípio Democrático.....	34
3.2. O Judiciário como cocriador do direito – o desvelamento da norma pela decisão judicial.....	53
3.3. Eficácia <i>erga omnes</i> , coisa julgada e efeito vinculante.....	61
<b>4. A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES</b> .....	74
4.1. A transcendência dos motivos determinantes e a necessidade de observação dos precedentes na ordem jurídica brasileira.....	74
4.2. Transcendência dos Motivos Determinantes em sede de Controle Incidental de Constitucionalidade – a questão da suspensão do ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal e a Mutação Constitucional.....	88
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	117

## 1 INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade das leis mostra-se um instituto indispensável à ordem jurídica democrática, permitindo que por meio do sistema de “*checks and balances*” faça-se um controle acerca dos atos normativos promanados, principalmente, pelo Poder Legislativo.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou um modelo misto de controle de constitucionalidade, possibilitando que se argua a (in)constitucionalidade das leis tanto pela via direta e abstrata, por meio da qual se questiona a constitucionalidade do ato normativo diretamente perante o Supremo Tribunal Federal (ou perante o Tribunal de Justiça, em se tratando de incompatibilidade frente à Constituição Estadual), como a possibilidade de se discutir a conformidade de um ato normativo com a Constituição quando da análise de um caso concreto, em que se faz o questionamento ao próprio juiz da causa, que analisará a compatibilidade do ato frente à Carta Magna como uma preliminar do mérito.

Neste âmbito, insere-se a questão da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que nada mais faz que atribuir efeitos vinculantes aos motivos que levaram o julgador a chegar à conclusão a que chegou.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, que busca analisar a aplicabilidade de tal teoria em sede de controle incidental de constitucionalidade primeiramente far-se-á um breve estudo do desenvolvimento das duas principais modalidades de controle judicial de constitucionalidade das leis, aquele desenvolvido por John Marshall nos Estados Unidos da América, instituindo o controle difuso de constitucionalidade, e o modelo teorizado por Hans Kelsen quando dos trabalhos para a elaboração da Constituição Austríaca. Com isso, posteriormente será abordado brevemente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, levantando-se algumas questões pertinentes e pontuais sobre matérias ainda controvertidas.

Após, será feito um breve estudo sobre a decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade, abordando primeiramente a legitimidade democrática para que o Judiciário, órgão eminentemente técnico, tolha manifestações advindas do Legislativo, que em teoria manifesta a efetiva vontade popular. Tal questão será analisada diante do princípio da supremacia da

Constituição que, partindo do pressuposto da eficácia normativa do texto constitucional, impõe ao Judiciário uma resposta efetiva que concretize os ditames previstos na Constituição.

Na continuação, far-se-á um breve estudo sobre o papel do Judiciário perante a sociedade, tratando do tema da necessária interpretação do texto normativo para se chegar à norma jurídica, passando-se pela imprescindível imposição de um limite hermenêutico aos julgadores, a fim de evitar que ajam como bem entenderem, buscando um suposto ideal de Justiça que lhes seja próprio.

Ainda no tema da decisão judicial, serão feitos breves apontamentos sobre a distinção entre os institutos da coisa julgada, dos efeitos vinculantes e da eficácia *erga omnes*, sem a qual não se faz possível o devido estudo da teoria da transcendência dos motivos determinantes, sendo comum a confusão entre os três institutos.

Após, adentrando efetivamente na análise da teoria da transcendência dos motivos determinantes, será feito um estudo sobre o instituto dos precedentes obrigatórios, com breves comentários acerca da necessidade da instituição de um sistema de observância aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, tratando do específico tema da transcendência dos motivos determinantes em sede de controle incidental de constitucionalidade, far-se-á uma análise sobre a questão referente à suspensão pelo Senado Federal do ato normativo declarado inconstitucional, em sede de controle incidental de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, questão essa sendo analisada na Reclamação nº 4335/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, precursor da teoria da transcendência em terras brasileiras. Tal questão permitirá a diferenciação entre as decisões proferidas em sede de controle abstrato e concreto de constitucionalidade, por meio da qual será possível analisar o efetivo papel do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade, retornando à necessidade de imposição de limites hermenêuticos ao Judiciário, para permitir “controlar os controladores”, sob risco de, em se tentando evitar arbitrariedades por parte do Legislativo, permita-se arbitrariedades realizadas pelo Judiciário.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para possibilitar uma análise correta do atual sistema de controle de constitucionalidade, faz-se mister realizar um estudo de seu desenvolvimento histórico, permitindo uma comparação entre os dois principais modelos de controle de constitucionalidade existentes, aquele que teve seu desenvolvimento nos Estados Unidos, e aquele que se desenvolveu na Europa continental, em especial na Áustria.

Assim, estudando-se as origens do controle judicial de constitucionalidade das leis é possível ter um melhor panorama acerca dos motivos pelos quais esse instituto é de tamanha importância em um Estado Democrático de Direito, e como ele é exercido.

### 2.1 MODELO ESTADUNIDENSE DE CONTROLE

A ideia de controlar os atos jurisdicionais e legislativos tomando como base a Constituição surgiu nos Estados Unidos muito antes do que na Europa continental, aparecendo quase que simultaneamente à declaração de independência, em 1776<sup>1</sup>. O controle de constitucionalidade não era explicitamente previsto na Constituição estadunidense, sendo a noção de controle primeiramente abordada por Alexander Hamilton, nos *Federalist Papers* – conjunto de documentos dirigidos ao estado de Nova York a fim de incentivar a ratificação do texto Constitucional aprovado pela Convenção de Filadélfia, em 1787<sup>2</sup> - em especial o *Federalist Paper 78*, que discorre sobre o Poder Judiciário<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Há autores que remetem a origem do sistema de controle de constitucionalidade à Grécia, como, por exemplo, Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 49-51.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 708.

<sup>3</sup> Neste documento, propõe Hamilton: “A independência completa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Por Constituição limitada entendo a que contém certas proibições expressas aplicáveis à autoridade legislativa, como, por exemplo, a de não ditar decretos que imponham penas e incapacidades sem prévio julgamento, leis ipso facto e outras semelhantes. As limitações desta índole só podem ser mantidas na prática através dos tribunais de

Para fazer uma análise do instituto do controle de constitucionalidade estadunidense é necessário analisar o desenvolvimento do direito norte-americano desde sua origem, ainda quando colônia da Inglaterra. Célebre, no direito inglês, foi o “Caso Bonham”<sup>4</sup>, julgado no início do século XVII, pela *Court of Common Pleas*, por Sir Edward Coke, em que se firmou a ideia de que os atos do parlamento deveriam se submeter a um “direito superior”, o *Common Law*<sup>5</sup>, firmando o entendimento que as leis e atos emanados, incluindo aqui os atos do parlamento – que até então era tido como representante supremo do povo – deveriam estar de acordo com o *Common Law*, caso contrário, deveriam ser declarados nulos, razão pela qual se afirma ser tal decisão um “germe” do atual controle de constitucionalidade<sup>6</sup>.

Cappelletti afirma, todavia, que tal suporte teórico teria sido abandonado com a Revolução Gloriosa de 1688, que estabeleceu o princípio da *Supremacy of the Parliament*<sup>7</sup>, ainda hoje vigente na Inglaterra. Tal alteração de pensamento, entretanto, não fez com que se desconsiderassem os efeitos que a doutrina proposta por Edward Coke produziu no pensamento jurídico estadunidense<sup>8</sup>.

---

*justiça, cujo dever tem de ser o [de] declarar nulos todos os atos contrários ao sentido evidente da Constituição. Sem isto, todas as reservas que sejam feitas com respeito a determinados direitos ou privilégios serão letra morta. (...) Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proíbem”* in HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 312-317.

<sup>4</sup> Sobre o “Caso Bonham”, v. HEMHOLZ, R. H. **Bonham’s Case, Judicial Review and the Law of Nature**, disponível em <<http://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em 22.05.2012. O autor, contrariamente ao que habitualmente se lê sobre o referido caso, afirma que Edward Coke não pretendia infirmar a possibilidade de um controle judicial dos atos do parlamento. Segundo o professor da *University of Chicago*, Cake meramente teria afirmado a possibilidade de que a *Law of Nature* fosse usada tanto como fonte do direito positivado, como fundamento para as decisões judiciais. É necessário, assim, ter em mente que há certas ressalvas ao adotar o Caso Bonham como origem do controle judicial de constitucionalidade das leis.

<sup>5</sup> Para uma breve análise histórica acerca do surgimento do sistema do *common law*, v. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 29-41.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 709-710.

<sup>7</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a ideia de *Supremacy of the Parliament* não subsume a noção de submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas sim a submissão do rei ao direito inglês em sua totalidade, o que não ocorria anteriormente à Revolução Gloriosa, que atuou no sentido de utilizar o *Common Law* para conter o poder real. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43-48.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 38.

As antigas Treze Colônias, que vieram a originar os Estados Unidos da América, eram regidas por Cartas promulgadas pela Inglaterra, que as proibiam de editar atos contrários ao direito inglês. Com a independência colonial em 1776, tais Cartas foram substituídas pelas Constituições, todavia, como era de praxe o controle dos atos contrários a elas por parte dos juízes, tal atividade simplesmente continuou sendo realizada tomando-se como base, porém, as Constituições<sup>9</sup>, de modo que os juízes norte-americanos não sofreram exacerbadas limitações decorrentes da teoria da separação dos poderes tal qual ocorreu na França pós-revolução<sup>10</sup>. Não passou despercebido, porém, o fato de que o controle de constitucionalidade possuía um caráter contramajoritário, contrariando a vontade dos representantes eleitos pelo povo.

Cabe agora fazer uma análise do famoso caso *Marbury v. Madison*, que deu início aos trabalhos sobre controle de constitucionalidade no ordenamento estadunidense. Na eleição de 1800 os federalistas haviam perdido o poder para os republicanos, de modo que o então Presidente John Adams ia ser substituído por Thomas Jefferson. Visando à manutenção de certa parcela do poder nas mãos do Partido Federalista, o Congresso aprovou a nomeação de 42 novos juízes de paz, todos federalistas, indicados por John Adams, que assinou os atos de investidura no último dia de seu mandato. Todavia, em função de falta de tempo, não foram entregues todos os atos de investidura, dentre os quais estava o de William Marbury, sendo que o novo secretário de Estado do Presidente Thomas Jefferson, James Madison, negou-se a entregar os atos de investidura assinados por John Adams, tendo William Marbury ajuizado uma ação perante a Suprema Corte, requerendo ordem de *mandamus* para que Madison lhe entregasse o ato de investidura. John Marshall, ex-secretário de Estado do Presidente John Adams, e então Presidente da Suprema Corte, entendeu que Marbury tinha o direito à investidura, passando a discutir, então, que diante do direito de Marbury necessariamente deveria haver um

---

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 62.

<sup>10</sup> Pode-se dizer que a Revolução Francesa adotou quase que literalmente a teorização de Montesquieu sobre a tripartição do Poder. Anteriormente à Revolução os juízes eram uma classe aristocrática à parte, defendendo, portanto, os interesses da nobreza e assegurando a preservação do *Ancient Régime* contra ideais que lhe contrariassem. Com a Revolução o poder dos juízes foi deveras limitado a fim de evitar tais favorecimentos, passando a terem a função de meramente afirmar o que estava escrito na lei. Teorizava Montesquieu que o julgamento não seria nada mais que uma mera reprodução do texto exato da lei, sendo o juiz a *bouche de la loi*, a boca que pronuncia as sentenças da lei (MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 [1748], p. 158-160).



instrumento processual apto a resguardá-lo, analisando a possibilidade de aplicar ao caso o *writ of mandamus* (espécie de ordem para uma autoridade praticar uma específica ação), sendo que, ao analisar a competência da Suprema Corte para conceder o *writ*, Marshall notou eventual conflito entre o art. 3º da Constituição, que firmava os casos de competência originária da Suprema Corte, e a seção 13 do *Judiciary Act*, que alterou tal rol, atribuindo à Corte competência originária para julgar outros casos, tal qual o proposto por Marbury<sup>11</sup>. Marshall interpretou o art. 3º da Constituição no sentido de que era possível que o Congresso alterasse apenas a competência recursal da Suprema Corte, mas não sua competência originária, chegando-se à discussão que deu tamanha importância ao julgamento, o questionamento de que, diante de uma lei contrastante com a Constituição, teria ou não o Judiciário a possibilidade de invalidá-la, ou ao menos não aplica-la.

Marshall levantou, assim, duas possibilidades, a primeira, de entender a Constituição como lei suprema, de modo que a lei que a contrariasse não poderia ser considerada efetivamente uma lei; a segunda possibilidade era a de que a Constituição estava no mesmo nível hierárquico que as leis, podendo o legislador modificá-la livremente. Dispensando a ideia de igualar a Constituição às leis, pelo óbvio motivo de que, se assim feito, ela não seria propriamente uma “Constituição”, mas apenas outra lei, tem-se que, em sendo ela a Lei Suprema<sup>12</sup> o Judiciário seria

---

<sup>11</sup> Constituição norte-americana, art. 3º, seção 2, cláusula 2: “*In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make*”. *Judiciary Act*, Sec. 13: “*That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party, except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction. And shall have exclusively all such jurisdiction of suits or proceedings against ambassadors, or other public ministers, or their domestics, or domestic servants, as a court of law can have or exercise consistently with the law of nations; and original, but not exclusive jurisdiction of all suits brought by ambassadors, or other public ministers, or in which a consul, or vice consul, shall be a party. And the trial of issues in fact in the Supreme Court, in all actions at law against citizens of the United States, shall be by jury. The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States*”.

<sup>12</sup> Uma das bases da fundamentação de Marshall reside no art. 6º, cláusula 2ª, que dispõe : “***This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding***” (grifou-se).

seu intérprete último, de maneira que, havendo uma lei que a contrariasse, caberia a ele deixar de aplicá-la.

Marinoni ressalta que a importância do caso *Marbury v. Madison* não reside tanto na afirmação da possibilidade de submeter as leis ao controle jurisdicional, mas sim em infirmar a ideia de supremacia de um instrumento normativo superior. Caso semelhante ao que ocorria com o *Common Law* inglês (anteriormente à Revolução Gloriosa), de modo que o controle judicial atuaria como algo inerente ao próprio Federalismo, evitando dissonâncias entre o que a Constituição em si afirma e os entendimentos das cortes e juízes “inferiores”. Pode-se falar, assim, em um caráter unificador do direito, eis que os dizeres do Poder incumbido da interpretação constitucional (no caso, o Judiciário) não podem, nem devem, ser destoantes, tendo em vista a irracionalidade de se permitir um controle difuso de constitucionalidade das leis e, ao mesmo tempo, não fazer com que as decisões tomadas pela Corte Suprema sejam vinculantes aos juízes e Tribunais inferiores.<sup>13</sup>

Observa-se, assim, que o dito modelo “norte-americano” de controle, basicamente especificando o modelo difuso, é aquele por meio do qual todo e qualquer membro do Poder Judiciário detém o poder-dever (ou, melhor dizendo, dever-poder, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello)<sup>14</sup> de deixar de aplicar quaisquer normas que estejam em desacordo com a Carta Magna.

É notável, ainda, o fato de que o modelo estadunidense adota, além do sistema difuso, no que diz respeito ao critério “modal” (segundo a terminologia adotada por Cappelletti) ou formal, o modelo incidental de controle, no sentido de que as questões de constitucionalidade são discutidas no âmbito de um processo já existente, não havendo uma ação específica para questionar a constitucionalidade de um ato normativo. Assim sendo, é necessária uma ação preexistente para que seja possível discutir se houve ou não violação a um preceito constitucional, ressaltando-se o fato da possibilidade de arguição de inconstitucionalidade em

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 729-731.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70-73. Segundo o autor, a denominação correta seria a de dever-poder diante do fato de que o agente somente detém o poder em decorrência de possuir aprioristicamente um dever, razão pela qual somente poderá exercê-lo enquanto atuar na persecução dos objetivos a ele conferidos por este dever.

qualquer tipo de processo<sup>15</sup>, assumindo a questão constitucional, portanto, caráter *incidenter tantum*.

## 2.2 MODELO AUSTRÍACO DE CONTROLE

É possível observar que determinados ordenamentos jurídicos não apresentam compatibilidade com um sistema difuso de controle de constitucionalidade que permita que qualquer membro do Judiciário deixe de aplicar as leis que estariam em desacordo com a Constituição. Isso se dá, principalmente, em decorrência da inexistência em tais países de institutos similares ao *stare decisis* norte-americano, que faz com que as decisões tomadas pela *Supreme Court* devam ser observadas pelos juízes a ela subordinados, impossibilitando decisões controvertidas. Sem tal instituto há a possibilidade de que, apesar de a Corte Constitucional decidir a questão em um sentido, declarando uma lei inconstitucional, por exemplo, um juiz singular decida de maneira diversa, aplicando a lei anteriormente tida por inconstitucional<sup>16</sup>.

Dessa forma, naqueles países que adotaram um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sem a concomitante adoção de uma vinculação às decisões superiores (e anteriores), foi necessário instituir um novo método para sua realização, compatível com os princípios de direito vigentes em seus ordenamentos. Houve, então, a criação de Cortes Constitucionais, de modo que ao juiz deparar-se com uma questão constitucional, conquanto não possuísse legitimidade para apreciá-la, deveria remeter o processo à Corte, para que a questão fosse analisada e julgada, como ocorre com o *Verfassungsgerichtshof* austríaco, a Corte

---

<sup>15</sup> Sobre isso, Cappelletti cita a lição de Kauper: “*the constitutional question, if relevant to the disposition of the case and if asserted by a proper party in interest (plaintiff or defendant) in an adversary proceeding, may be raised regardless of the proceeding (...) [it’s possible to] arise in the course of a criminal proceeding, a civil proceeding, a proceeding for damages, for equitable relief, for declaratory judgment or for an extraordinary remedy such as habeas corpus or mandamus*” in CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 104

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. Cit.**, p. 76-78.

Constitucional italiana e o *Bundesverfassungsgericht* alemão, criados especificamente para tal fim<sup>17</sup>.

Nota-se, todavia, que tais Cortes possuem uma função que não se define exatamente como jurisdicional, exercendo em partes uma função política, eis que seus membros são, na maioria dos casos, escolhidos pelo representante do Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo<sup>18</sup>. Percebe-se, pois, certa aproximação com o modelo francês de controle de constitucionalidade, que adota uma forma eminentemente política, dando especial observância às teorizações de Montesquieu acerca da tripartição de Poderes, evitando que o Judiciário, por meio do controle jurisdicional das leis, interfira demasiadamente no âmbito das funções típicas atribuídas ao Legislativo, sob a afirmação de que ao julgar determinada lei inconstitucional estaria havendo, tal como defendido por Mauro Cappelletti, uma “legislação negativa”, retirando leis previamente criadas por parte do órgão titular da parcela do Poder destinada à criação de normas gerais e abstratas<sup>19</sup>.

No que diz respeito ao aspecto modal, primeiramente o sistema austríaco era enquadrado em um modelo de controle via ação principal, em que a questão constitucional é objeto de uma ação específica, não envolvendo qualquer caso concreto, proposta diretamente perante a Corte Constitucional. Todavia, os juízes comuns não possuíam legitimidade para a propositura de tal ação, cabendo ao Governo Federal e ao Governo dos *Länder* (entes semelhantes aos estados da federação) ajuizar o processo perante o Tribunal. Posteriormente, notou-se que tal modelo era ineficaz, posto demasiadamente restritivo no que diz respeito à legitimidade ativa, tendo em vista que o levantamento da questão perante a Corte Constitucional era mera faculdade dos governos, razão pela qual houve uma alteração no entendimento acerca da matéria, adotando-se um modelo híbrido em que, além da legitimidade dos governos federal e dos *Länder* de proporem ações de caráter principal, os juízes do *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e do *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa) eram legitimados a levar questões

---

<sup>17</sup> Não obstante o controle judicial de constitucionalidade das leis não encontrar expressa previsão na Constituição de Weimer, decorrendo ela, durante o período no qual vigeu referida Carta Política, de uma construção jurisprudencial, referido controle encontrou previsão expressa na Carta Fundamental de Bonn. (BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 45-48).

<sup>18</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 65-100.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 65-100.

acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo à Corte Constitucional em sede incidental<sup>20</sup>.

Mesmo após tal reforma o modelo austríaco continuou sendo criticado, eis que apenas às Cortes Superiores foi conferida a possibilidade de levar a questão à Corte Constitucional, conseqüentemente, deixando de aplicar a lei cuja constitucionalidade foi questionada, de modo que os demais juízes inferiores deveriam aplicar tal lei, mesmo que entendessem ser inconstitucional<sup>21</sup>. Diferente é o sistema adotado na Alemanha e na Itália, em que, apesar de seguir os moldes austríacos, permite, ou melhor, obriga, que todo juiz leve questões acerca de eventual inconstitucionalidade à Corte Constitucional, sendo o julgamento da causa suspenso até que haja a pronúncia sobre a constitucionalidade do dispositivo impugnado<sup>22</sup>. Em tais ordenamentos, apesar de os “juízes comuns” não possuírem a legitimidade para declarar a inconstitucionalidade da lei, teriam o dever-poder de levar a dúvida envolvendo sua constitucionalidade para a Corte Constitucional, realizando uma espécie de controle incidental<sup>23</sup>.

A despeito de haver divergência quanto à natureza da atividade de controle judicial de constitucionalidade, a doutrina majoritária perfila-se à posição adotada por Eduardo García de Enterría, segundo o qual ela não se consubstancia como atividade jurisdicional, mas sim como função constitucional autônoma, mais próxima à atividade legislativa, ou ainda como uma “jurisdição constitucional objetiva”, razão pela qual não se aplicariam à jurisdição constitucional os mesmos princípios e regras aplicáveis à jurisdição de processos subjetivos, já tendo o Supremo Tribunal Federal decidido em tal sentido, em decisão proferida na petição em medida cautelar nº 1120-SP, de relatoria do Min. Celso de Mello<sup>24</sup>, da qual se extrai o seguinte excerto:

*“É certo que as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, em sede de controle normativo abstrato, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade (CF, art. 125, § 22), expõem-se à possibilidade de*

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 65-100;

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. Cit.**, p. 104-108.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. Cit.**, p. 108-111.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 735-740. V. também, CAPPELLETTI, Mauro. **Op. Cit.**, p. 104-110.

<sup>24</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 283-284.

*impugnação mediante recurso extraordinário interponível para o Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, ao apreciar a questão após acentuar a admissibilidade de ação direta perante Tribunal de Justiça, em cujo âmbito se impugne lei municipal, sob a alegação de ofensa a normas constitucionais estaduais "que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados" -, deixou assentado, na matéria, o pleno cabimento de recurso extraordinário, se a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça à regra inscrita na Carta estadual, "que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados", contrariar o sentido e o alcance da Constituição da República (RTJ 147/404, Relator p/ acórdão Ministro MOREIRA ALVES). Sob essa estrita perspectiva, portanto - uma vez reconhecida a possibilidade jurídico-processual de interposição de recurso extraordinário contra decisões de Tribunal de Justiça em sede de controle normativo abstrato -, assistiria competência monocrática ao Presidente do STF, para ordenar a suspensão da execução de medida liminar em processo de ação direta de inconstitucionalidade. Entendo, no entanto, salvo melhor juízo, que a norma inscrita no art. 42 da Lei n. 8.437/92, por restringir-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estende e nem se aplica ao processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, que se qualifica como típico processo de caráter objetivo, sem partes (sine contradictores), destinado a viabilizar "o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (RTJ 95/999, Rel. min. MOREIRA ALVES - grifei). A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei produzida em desrespeito à Constituição" (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Curso de Direito Constitucional", p. 327, 112 ed., 1989, Saraiva) Além de refletir entendimento exposto em autorizado magistério (CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 112, 1995, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, "Ação Declaratória de Constitucionalidade", p. 106, 29 ed., 1995, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos", P. 250, 1990, Saraiva), encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção in abstracto da ordem constitucional (RTJ 113122, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; RTJ 13111001, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RTJ 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É preciso ter presente, neste ponto - considerada a autonomia*

*instrumental do processo constitucional, irreduzível, em seus lineamentos fundamentais, à generalidade das normas que se aplicam ao processo comum que o princípio da subsidiariedade, tratando-se de fiscalização abstrata, não se revela ordinariamente invocável nas ações diretas. Isso significa - uma vez admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", P. 129/130, 1996, Saraiva) - que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais (como a inscrita no art. 42 da Lei nº 8.437/92) que delimitam o poder cautelar dos Tribunais de Justiça em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou que restringem a própria eficácia da suspensão de aplicabilidade de leis ou atos do Poder Público local, contestados em face da Constituição do Estado-membro. O reconhecimento da possibilidade de inibir, mediante simples regra legal de contenção, o alcance da suspensão cautelar de eficácia de normas municipais, reputadas, ainda que em juízo de mera deliberação, abstratamente infringentes da ordem normativa consubstanciada no texto da Constituição do Estado-membro, implicaria afetar o próprio sistema de controle instituído por essa unidade política da Federação, ensejando a partir da medida de contracautela prevista no diploma legislativo em questão a virtual frustração desse expressivo instrumento de defesa e preservação da supremacia normativa da Carta estadual, não obstante a cláusula de autorização inscrita no art. 125, § 22, da Lei Fundamental da República. A compreensão da natureza objetiva do processo de controle concentrado - que, insista-se, supõe a discussão meramente abstrata de questões jurídicas atinentes à conformação constitucional dos atos estatais - torna justificável a asserção de que, em princípio, o postulado da subsidiariedade não encontra vigência irrestrita no âmbito do processo de fiscalização normativa de constitucionalidade. Daí a advertência do magistério doutrinário (VITALINO CANAS, "Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional - Natureza e Princípios Estruturantes", p. 87/89, 1986, Coimbra Editora), que, fazendo clara distinção entre o processo constitucional de controle abstrato, de índole objetiva, e o processo comum ou geral, de caráter subjetivo, assinala, verbis: "De tudo o que escrevemos nas páginas anteriores só se pode extrair uma conclusão: o direito processual constitucional não pode deixar de ser um direito processual autônomo, regido por princípios próprios, necessariamente pouco fungíveis com os dos processos jurisdicionais*

*típicos. Estes últimos têm por fim resolver lides ou conflitos intersubjectivos de interesses que se manifestem em concreto. E se não se quiser ficar preso no conceito, porventura demasiado rígido, de lide, pelo menos terá de se reconhecer que nesses processos vêm sempre envolvidos interesses subjectivos. Diferentemente, os processos de fiscalização da constitucionalidade são processos objectivos, já que não visam o julgamento de lides ou até mesmo de simples controvérsias (embora por vezes haja controvérsia sobre a questão; isso não é, porém, indispensável ou inevitável), mas sim de questões de constitucionalidade suscitadas em abstracto. Por esse, os princípios processuais a que está submetido o processo constitucional não são 'os mesmos que regem, por natureza, os processos jurisdicionais. O processo constitucional exige, por tanto [sic], um corpo próprio de regras de processo. Esta ultima condição requer do Tribunal Constitucional uma constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação contra naturam das regras do processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas." Consideradas essas premissas, tenho para mim que a norma inscrita no art. 42 da Lei nº 8.437/92 não se aplica às hipóteses de suspensão de liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade originariamente ajuizada perante Tribunal de Justiça (CF, art. 125, § 2º), pois o diploma legislativo em questão refere-se, segundo entendo, a provimentos cautelares unicamente concedidos em sede de processo de carácter subjetivo, em cujo âmbito - como precedentemente acentuado instaura-se controvérsia pertinente a situações concretas e individuais. Desse modo, não se justifica, no caso em exame, o exercício da competência monocrática outorgada pela norma legal em referência ao Presidente do Supremo Tribunal Federal. Em consequência, impõe-se a livre distribuição deste processo, a fim de que o eminente Relator, a quem este couber, possa apreciar a postulação ora deduzida. É certo que a natureza do pleito - uma vez afastado o reconhecimento da possibilidade de atuação monocrática do Presidente do STF - poderá suscitar outra questão prejudicial, concernente à configuração da própria competência originária desta Corte para o processo em referência, sem prejuízo, evidentemente, do exame da pertinência do pedido em face de decisão proferida no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade"*<sup>25</sup>.

Desta forma, diante do fato de a maioria dos tribunais, nos países que adotam o modelo "civil law", ser composta por juízes de carreira que estariam habituados a realizar uma interpretação legislativa, dotada de maior carácter

---

<sup>25</sup> STF – Pet 1120 MC/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/03/1996.



positivista, não se habituariam à interpretação discricionária e equitativa que é aquela realizada envolvendo normas constitucionais, razão pela qual se entendeu mais adequado que se criasse um novo órgão competente para analisar as questões envolvendo a constitucionalidade de um ato normativo.<sup>26</sup>

Deve-se ter em mente, contudo, que mesmo os Tribunais Constitucionais europeus não possuem exclusivamente a função de analisar a inconstitucionalidade de leis. O Tribunal Constitucional Federal alemão, por exemplo, não possui sua função limitada apenas à análise da constitucionalidade dos atos normativos, sendo também o tribunal competente para a declaração de perda de direitos fundamentais, para realizar o controle eleitoral, e para analisar eventual recepção de normas de direito internacional<sup>27</sup>.

Imperioso ressaltar, ainda, que o desenvolvimento teórico kelseniano acerca do controle de constitucionalidade de leis aplicado nas cortes europeias, diversamente do que fora desenvolvido pela doutrina e jurisprudência norte-americana, propunha uma teoria da anulabilidade do ato declarado inconstitucional, o qual possuiria validade até a data do julgamento. A questão acerca da teoria da nulidade e anulabilidade do ato declarado inconstitucional será abordada adiante, quando da análise dos efeitos temporais da decisão, cabendo, por ora, consignar que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade adota a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, conquanto atualmente seja aplicada com certa relativização.

### 2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

---

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 88-94. Sobre o tema, imperiosa a menção ao ilustre mestre lusitano, J. J. Gomes Canotilho: “À ideia de um controlo concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma atividade judicial” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [2000?], p. 890).

<sup>27</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 35.

Não obstante inexistir, atualmente, sistema “puro” de controle de constitucionalidade em que se adote exclusivamente as formulações teóricas desenvolvidas por Kelsen (em se tratando do sistema austríaco) ou por Marshall (no que se refere ao modelo estadunidense), o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é eminentemente misto, adotando institutos que derivam de ambos os modelos e adaptando-os à realidade brasileira.

A Constituição Imperial de 1824 não previa qualquer modalidade de controle judicial de constitucionalidade, predominando o entendimento de que o único intérprete possível do sentido das leis seria o próprio legislador, partindo de uma premissa de soberania do parlamento<sup>28</sup>. Assim, pode-se dizer que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, no Brasil, foi introduzido pela Constituição de 1891, por meio da adoção de um modelo difuso, sob clara influência da Constituição norte-americana. À época atribuía-se à justiça da União e dos estados a competência para analisar a constitucionalidade de atos normativos. Tal sistema “único” perdurou até a Carta Política de 1934, na qual houve previsão de uma possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade por meio da dita Representação Interventiva, em que se submetia a lei que decretasse a intervenção federal nos estados à análise do Supremo Tribunal Federal, por meio de provocação do Procurador Geral da República<sup>29</sup>.

A Constituição de 1937 possuiu eminente caráter autoritário, eis que conforme preceituava seu art. 96, parágrafo único, a decisão que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei considerada “*necessária ao bem estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*”, poderia ser submetida, pelo Presidente, a uma nova análise do Parlamento, que, caso confirmasse sua validade pelo voto de 2/3 de cada uma das Câmaras, tornaria sem efeito a decisão do Tribunal<sup>30</sup>. Essa possibilidade de se submeter a decisão do Supremo Tribunal Federal a um controle posterior fere sobremaneira a ideia de “freios e contrapesos”,

---

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1193-1194.

<sup>29</sup> Deve-se ressaltar que, inobstante se trate de um instrumento concentrado de controle, é uma modalidade concreta, não havendo a confusão que atualmente se tem entre controle difuso-concreto e abstrato-concentrado.

<sup>30</sup> AGRA, Walber de Moura. **O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 110.

em que os três órgãos a quem são atribuídos parcelas do Poder atuam em um sistema de mútuo controle<sup>31</sup>.

A próxima alteração significativa no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ocorreria em 1965, em que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16, instituiu-se a Ação Genérica de Inconstitucionalidade, permitindo ao Procurador Geral da República arguir a inconstitucionalidade abstrata de um ato normativo perante o Supremo<sup>32</sup>.

A Constituição de 1988, por sua vez, manteve o caráter eclético do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, abrangendo tanto instrumentos para o controle difuso (incorporado ao ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1889) como para o controle abstrato (incluído em nosso sistema jurídico com a Emenda Constitucional 16/65). A Constituição de 1988, porém, trouxe algumas inovações significativas no que diz respeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade, dentre as quais cumpre mencionar: a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, previsto no art. 103, da Constituição da República<sup>33</sup>; a adoção de meios de controle de uma “omissão inconstitucional”, criando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção; a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que, apesar de inexistir consenso sobre sua efetiva utilização e natureza, tem grande potencial para aprimorar o sistema brasileiro de controle de

---

<sup>31</sup> Sobre o tema, cite-se a lição de Fernando Papaterra Limongi: “A defesa da aplicação deste princípio [o da separação de poderes] encontra-se construída a partir de medidas constitucionais, garantias à autonomia dos diferentes ramos de poder, postos em relação um com os outros para que possam se controlar e frear mutuamente, referidas, em última análise, às características nada virtuosas dos homens, seus interesses e ambições pessoais por acumular poder. (...) A adoção do princípio da separação dos poderes justifica-se como uma forma de se evitar a tirania, onde todos os poderes se concentram nas mesmas mãos. Os diferentes ramos de poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente. (...) Para cada forma de governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade. Em uma monarquia, tais ameaças partem do executivo, enquanto para as repúblicas, o legislativo se constitui na maior ameaça à liberdade, já que é a origem de todos os poderes e, em tese, pode alterar as leis que regem o comportamento dos outros ramos de poder”. (LIMONGI, Fernando Papaterra. “**O Federalista**”: **remédios republicanos para males republicanos**. In: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 251.

<sup>32</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85-87.

<sup>33</sup> Art. 103, CR: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

constitucionalidade; por fim, deve-se ressaltar a limitação dos temas cuja discussão enseja a interposição de Recurso Extraordinário àqueles de natureza constitucional, relegando a discussão envolvendo matéria federal ao Recurso Especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, permitindo, assim, que o Supremo Tribunal Federal aproxime-se àquilo que pode se denominar de Corte Constitucional<sup>34</sup>.

Cabe, assim, fazer breves comentários acerca de algumas dessas inovações trazidas pela Constituição de 1988, diante da importância temática das questões.

No que atine à inconstitucionalidade por omissão, deve-se ter em mente poder ela decorrer de uma omissão de medida político-administrativa, judicial, ou ainda de uma medida legislativa. Ressalte-se, entretanto, que as duas primeiras possuem meios próprios e mais céleres para serem sanadas (como recursos administrativos à autoridade hierarquicamente superior àquela cuja inação gera a violação a direitos; e recursos como os embargos de declaração, criados com a função de suprir, dentre outras falhas, omissões em decisões judiciais), razão pela qual a teorização envolvendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão abrange, geralmente, a omissão quanto à edição de atos normativos. Ainda, no que atine à referida omissão, destaque-se o fato de ser ela configurada apenas em hipóteses nas quais há previsão constitucional positiva acerca do dever da autoridade pública em legislar acerca de determinado tema, não havendo, assim, omissão decorrente de um dever genérico de legislar, como por exemplo, por violação às normas constitucionais definidoras da competência legislativa, sendo necessário ser norma certa e determinada para que se caracterize a omissão inconstitucional, podendo-se dizer ser ela um conceito normativo (não fazer algo que se deve) e não um conceito meramente naturalístico (não fazer algo)<sup>35</sup>.

Outra questão importante trazida pela Constituição de 1988 diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujo objeto seria evitar ou reparar eventual lesão a preceito fundamental. Tendo em vista, porém, o entendimento no sentido de não serem os dispositivos que a previam autoaplicáveis, somente passou a ter efetividade após sua regulamentação pela Lei nº 9.882/99. As

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 87-88.

<sup>35</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322-327.

hipóteses de cabimento da ADPF são muito controvertidas, não possuindo grande aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio até pouco tempo atrás. Recentemente, porém, tendo em vista alterações no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos requisitos para sua impetração, vem adquirindo especial importância na defesa dos direitos fundamentais, sendo possível citar como exemplo de tal fato, a recém-julgada ADPF nº 54, que envolvia a “descriminalização” do aborto de fetos anencéfalos<sup>36</sup>.

Mencione-se, ainda, o fato de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental atua basicamente como uma “ação de inconstitucionalidade subsidiária”, cabível nas hipóteses em que as demais ações não o seriam, conforme se depreende da previsão do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>37</sup>.

Importante ponto envolvendo a matéria, ainda, diz respeito à possibilidade de utilização da ADPF para controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição. Não obstante a posição anteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inaplicabilidade do controle abstrato de constitucionalidade envolvendo leis anteriores à Constituição, admitindo ser o caso de mera situação de aplicação de direito intertemporal, eis que a nova Carta apenas revogaria a lei com ela incompatível, deve-se ter em mente as posições adotadas por juristas como Eduardo García de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho, que apesar de reconhecerem o caráter de direito intertemporal da questão, admitem a necessidade de se exercer um efetivo controle de constitucionalidade, sustentando que a mera revogação seria realizada em casos de leis de igual hierarquia que porventura se mostrassem incompatíveis entre si. Em se tratando da Constituição, um diploma normativo hierarquicamente superior às leis comuns, ainda ocorre o fenômeno da revogação, mas pelo fato de serem as leis anteriores inconstitucionais, pois incompatíveis com o atual texto constitucional. Tal entendimento foi esposado em voto vencido pelo Min. Sepúlveda Pertence<sup>38</sup>, que reconhece a necessidade de

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304-348.

<sup>37</sup> Art. 4º, §1º, Lei nº 9.882/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

<sup>38</sup> A questão foi debatida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF, de relatoria do Min. Paulo Brossard, cuja ementa restou da seguinte forma: “**CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em**

diferenciação entre a revogação por mera aplicação do critério segundo o qual a lei posterior derroga a lei anterior, da revogação decorrente de inconstitucionalidade superveniente<sup>39</sup>. Inobstante ter o Supremo Tribunal Federal tratado da matéria como mera questão de direito intertemporal, aplicando entendimento similar àquele aplicado pelo Tribunal Constitucional Alemão, a matéria foi regulada definitivamente pela Lei nº 9.882/99<sup>40</sup>, ao admitir expressamente que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderia servir como meio apto para questionamento de atos normativos anteriores à Constituição<sup>41</sup>.

Importante ponto, ainda, acerca do atual sistema de controle de constitucionalidade das leis é a inclusão, por meio da Emenda Constitucional nº 3/95, da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Segundo lição de José Afonso da Silva<sup>42</sup>, a Ação Declaratória de Constitucionalidade tem o condão de paralisar ações individuais em que se questione a constitucionalidade do ato normativo impugnado

---

*si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. 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 futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária” (STF – ADI 2/DF – Rel. Min. PAULO BROSSARD – Tribunal Pleno – Julgado em 06.02.1992 – DJ 21.11.1997). Necessário destacar, entretanto, o voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence, do qual se extrai: “Por isso, o que parece mais importante frisar é que qualificar de revogação o fenômeno questionado não é posição excludente, segundo penso, de que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente seja primariamente uma relação de inconstitucionalidade. Se se quer chamar a hipótese de revogação, tudo bem. Não será, contudo, caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Será, então, sim, revogação qualificada, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente de lei anterior à Constituição. (...) 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”. O ilustre ministro, entretanto, deu-se por vencido, rendendo-se ao entendimento da Corte em não se admitir o controle de constitucionalidade de atos pretéritos à Constituição, como pode se depreender por seu voto proferido na medida cautelar na ADI 1663/AL (STF – ADI 1663 MC/AL – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Tribunal Pleno – Julgamento em 04.09.1997 – DJ 08.09.2000).*

<sup>39</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 219-224).

<sup>40</sup> Art. 1º, parágrafo único, Lei nº 9.882/99: “Caberá também arguição de preceito fundamental: I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**” (grifou-se).

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1179.

<sup>42</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56-58.

via ação direta até que o Supremo Tribunal decida a questão, com decisão que possui efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Em decorrência de tal paralisação das ações individuais, sendo possível que direitos individuais sejam afetados, questionou-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, diante de eventual ofensa à ampla defesa e ao contraditório, posto não ser permitido às partes de cada caso concreto que eventualmente será afetado pela decisão do Supremo Tribunal Federal apresentar razões junto à Corte<sup>43</sup>.

Deve-se destacar entendimento que vem ganhando espaço na doutrina, segundo o qual em sendo julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ou procedente a ação declaratória de constitucionalidade, não se cria um óbice para nova propositura de ação pelos agentes legitimados caso haja alteração das circunstâncias fáticas envolvendo a questão constitucional apreciada<sup>44</sup>. Observa-se, assim, que a declaração de constitucionalidade de uma norma não produz maiores efeitos perante o ordenamento jurídico que meramente confirmar sua anterior presunção de validade. Desta feita, diante do caráter evolutivo da própria sociedade, e conseqüentemente da Constituição, entende-se como possível que alterações fáticas ocasionem uma mudança interpretativa do conteúdo da norma constitucional, fator este que poderá, por sua vez, levar ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que anteriormente fora tida como constitucional<sup>45</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que a decisão de mérito procedente proferida na ação declaratória de constitucionalidade produziria uma coisa julgada “*rebus sic stantibus*”, eis que no momento em que apreciada a questão constitucional o ato normativo encontrava-se de acordo com a realidade jurídico-constitucional, porém, tendo em vista a evolução social e o caráter eminentemente analítico de nossa Constituição, é plenamente possível que em um momento posterior o mesmo ato

---

<sup>43</sup> A questão foi analisada em questão de ordem proposta na ADC 1/DF, da qual se extrai a seguinte ementa: “AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NO TOCANTE A INSTITUIÇÃO DESSA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. TRAMITAÇÃO DA AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE. INCIDENTE QUE SE JULGA NO SENTIDO DA CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 1993, NO TOCANTE A AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE” (STF- ADI 1 QO/DF – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – Julgado em 27.10.1993 – DJ 16.06.1995).

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225-228.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1451-1456.

normativo anteriormente declarado constitucional esteja conflitante com a norma constitucional daquele momento social. A decisão de inconstitucionalidade em abstrato, porém, não é dotada de tal efeito, ou seja, a norma hoje declarada inconstitucional não poderá, *a posteriori*, ser tida por constitucional<sup>46</sup>.

Nosso sistema, porém, não é imune às críticas doutrinárias. Realizando um paralelo com o ordenamento jurídico alemão, Leonardo Martins critica sua complexidade desnecessária, eis que no sistema alemão há um único procedimento denominado “controle abstrato”, que seria similar ao controle concreto de iniciativa do juiz da causa e à reclamação constitucional feita pelo titular de direito fundamental atingido por ato de algum órgão dos três poderes. Sobre a complexidade do sistema brasileiro, cita o autor a confusão acerca do âmbito de aplicabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Critica, também, o instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade, tecendo argumentos no sentido de que não há como se garantir que uma norma ora declarada constitucional não venha a ser futuramente tida por inconstitucional com base em fundamentos que não foram primeiramente trazidos à baila, fato que, aliado à presunção de validade das normas, tornaria o instituto desnecessário<sup>47</sup>.

Afirma o autor, ainda, que diante do caráter eminentemente objetivo do modelo abstrato de controle de constitucionalidade não haveria necessidade do amplo rol de legitimados ativos para sua propositura, bastando que, à semelhança do modelo alemão, o questionamento da lei em tese fosse de responsabilidade dos órgãos diretamente vinculados à Constituição, ou seja, aqueles órgãos estatais e, no caso do Legislativo, sua parcela que representasse os anseios da oposição minoritária<sup>48</sup>. Inobstante a primeira crítica feita pelo jurista ser pertinente, não se entende assim esta segunda colocação, eis que a ampliação do rol de legitimados para o questionamento *in abstracto* da constitucionalidade de determinado ato normativo atuou justamente para ampliar sua legitimidade democrática, questão que será abordada no capítulo pertinente.

---

<sup>46</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 306.

<sup>47</sup> MARTINS, Leonardo. **A Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil: Breves considerações de constitutione ferenda**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 130-137.

<sup>48</sup> MARTINS, Leonardo. **Op. Cit.**, p. 138-139.



Depreende-se, diante dessas breves colocações, ser o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade das leis extremamente complexo e completo e que, se devidamente estudado e aplicado, apto a concretizar os preceitos estabelecidos em nossa (também extensa e completa) Constituição.

### 3 A DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A despeito de muito se falar em “jurisdição constitucional”<sup>49</sup>, referindo-se expressamente ao conflito em que se argui a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, em o nosso sistema admitindo o exercício de controle difuso de constitucionalidade, pode-se dizer que todo julgamento pressupõe uma análise *a priori*, mesmo que involuntária, acerca da constitucionalidade da lei a ser aplicada pelo magistrado, eis que nenhum juiz aplicaria uma lei inconstitucional.

Inobstante, as decisões que têm como intuito analisar especificamente a constitucionalidade de um ato normativo são dotadas de determinados efeitos, e atingem algumas questões que merecem uma análise um pouco mais aprofundada. Não se pretende, aqui, esgotar o tema, eis que apesar de uma teoria da decisão judicial ser imprescindível nos tempos atuais, demanda estudo muito mais abrangente e aprofundado, incompatível com a natureza do presente esboço acadêmico, razão pela qual se farão meros apontamentos específicos sobre alguns dos temas que se demonstram importantes à matéria.

#### 3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

A base da noção de controle de constitucionalidade está na ideia de supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos, sem a qual não haveria lógica na aplicação do instituto. Tal princípio está intimamente ligado ao fato de a maioria das Constituições que permitem um sistema de controle de constitucionalidade ser rígida, exigindo para sua alteração um procedimento diferenciado daquele destinado à modificação das leis ordinárias. Neste sentido alguns autores afirmam que no Estado em que inexistente controle de constitucionalidade haveria uma Constituição flexível, por mais que ela se

---

<sup>49</sup> Cappelletti afirma que não se pode confundir o controle judicial de constitucionalidade das leis com a jurisdição ou justiça constitucional, posto ser aquela mera espécie destas. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 23-24.

autodenomine rígida<sup>50</sup>, demonstrando ainda mais a relação entre o controle, rigidez constitucional e, conseqüentemente, a supremacia da Constituição. Ressalte-se, todavia, ser possível um controle de constitucionalidade formal, mesmo em Constituições que não apresentem rigidez<sup>51</sup>, eis que caso haja a previsão de determinado procedimento para a elaboração de leis ordinárias, se isso for desrespeitado, o procedimento será tido como inconstitucional<sup>52</sup>.

Destaque-se, entretanto, que apesar de a rigidez constitucional ter papel central na possibilidade de controle de constitucionalidade, ela por si só não basta, sendo necessário também que se faça presente a noção de Constituição normativa, ou seja, o entendimento da Constituição como norma vinculante, dotada de superioridade hierárquica, sendo que tudo que nela se encontra seria qualificável como norma jurídica. Assim sendo, seria necessário que a supremacia da Constituição fosse acompanhada de uma “consciência constitucional”, que propugna a ininterrupta defesa dos valores adotados pelo Constituinte. Dessa maneira, seria necessária, para efetivamente haver a possibilidade de controle de constitucionalidade, além da noção de que a Constituição é a norma fundamental de um ordenamento jurídico, aceitar a imprescindibilidade de garantir os preceitos nela estabelecidos<sup>53</sup>.

Apesar de comumente se afirmar ter tido início o princípio da supremacia constitucional a partir da Constituição Norte-americana de 1787, uma análise histórica permite concluir que o cerne de tal ideia (a de que haveria “algo” normativo hierarquicamente superior às demais leis) já existia há tempos. No Direito grego, mais especificamente no direito ateniense, havia a distinção entre *nómos* e *pséfisma*. Enquanto este seria equivalente a um decreto, aquele se aproximaria muito das leis constitucionais contemporâneas, dizendo respeito a matérias de organização do Estado. Em tal estrutura jurídica não podiam ser realizadas modificações nas *nómoi* a não ser por meio de um procedimento diferenciado, sendo possível notar tal concepção nas teorizações de Platão e Aristóteles. Diante disso a

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 699.

<sup>51</sup> Conforme defende Cibele Knoerr, “A rigidez constitui um elemento suficiente, mas não necessário para a supremacia constitucional”. KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 38.

<sup>52</sup> Nesse sentido, CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 30-32.

<sup>53</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Op. Cit.**, p. 32-34.

Assembleia Popular ateniense adquiriu o hábito de governar por meio de *pséfismata*, em decorrência da maior facilidade para sua edição, todavia, era essencial que tais decretos estivessem em conformidade com os *nomóis* vigentes<sup>54</sup>.

Não é possível, porém, afirmar uma “supremacia da Constituição” sem saber, antes disso, o que se tem por “Constituição”. Para Ferdinand Lassalle, é necessário um estudo aprofundado acerca da real natureza da ideia de Constituição, não bastando abstratamente conceituá-la como “Carta Política” ou “Lei Fundamental” sem que se entenda a efetiva razão de tal. Para isso, expõe que a Constituição, na verdade, teria como essência a soma dos “fatores reais de poder” que regem determinado país. Aponta como tais fatores (não se pode olvidar que a análise feita por Lassalle diz respeito à realidade social da Prússia do século XIX), dentre outros, a influência do poder da nobreza, dos grandes industriais, da pequena burguesia e da classe operária. Esses fatores reais de poder, quando transcritos, adquiririam natureza de lei, passando a ser considerados como direito, de forma que quem contra eles se insurgisse estaria sujeito às punições atribuídas ao desrespeito à lei.

Afirma Lassalle que a influência política exercida pela minoria detentora da maior parte do patrimônio financeiro da nação é muito maior que aquela exercida pelo restante da população, inobstante serem estes em número infinitamente maior que aqueles. Sustenta o autor, porém, que caso aquela minoria privasse a generalidade da população de sua liberdade e seus bens de maneira abrupta, indubitavelmente haveria uma insurgência, contudo, ao fazê-lo de maneira gradual, por meio, por exemplo, de uma cassação gradual dos direitos políticos, tal fato seria pouco perceptível, aumentando as chances de “êxito” no processo de sujeição da maioria destituída de meios econômicos pela minoria detentora das riquezas. Sustenta Lassalle que tal imposição de vontade da classe detentora de poder sobre a população em geral é decorrente, basicamente, da possibilidade organizacional da primeira, eis que diante do controle de aparatos de poder como o exército, por exemplo, permite-se a organização rápida para combater eventuais levantes contrários à posição por ela defendida. O povo, por sua vez, não possui a mesma organização, razão pela qual acaba por perder força, até o momento em que a institucionalização da opressão chega a tal ponto que gera um levante generalizado

---

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 49-51.

por parte da população que, mesmo desorganizada, acabaria por subjugar o “poder”, conquistando direitos que lhes garantissem contra futuras arbitrariedades estatais supostamente legitimadas por estarem corroboradas por uma maioria eventual<sup>55</sup>.

Tenha-se em mente, assim, que há um constante “processo constituinte”, por meio do qual um ininterrupto processo de luta social faz com que haja frequente “atualização” da Constituição. Desta feita, tal como propugnado por Clèmerson Merlin Clève, “*A luta que se trava no seio de Assembleia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso a Constituição há de ser visualizada como processo e como espaço de luta*”<sup>56</sup>. Ademais, tendo em vista o caráter normativo das normas constitucionais, elas atuam como elementos conformadores da realidade social, porém, diante do fato de sua aplicação ser

<sup>55</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: CL Edijur, 2012, p. 11-34.

<sup>56</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23. No mesmo sentido, deve-se destacar o posicionamento adotado por Lenio Streck: “*Assim é que a coerência normativa exigida pela integridade do/no direito é de princípios (exigências do hoje), e não meramente de regras (convenções do passado). Disso se pode dizer que, se o Direito não nascer na(s) rua(s), se a legalidade não nascer também das reivindicações populares, a partir de demandas sociais diversas, e não se sustentar com base em razões que sejam capazes de mobilizar os debates públicos, pela atuação da sociedade civil e dos setores organizados da sociedade, e assim, sem uma perspectiva generalizada, universalizada, instaurada pelas lutas por reconhecimento e por inclusão social e econômica, não ganhar os fóruns oficiais do Estado, não ganhar o centro do sistema político, e não se traduzir em decisões participadas, como falar em legitimidade democrática? Dito de outro modo: é na mediação discursiva entre a informalidade e a formalidade, garantida num nível institucional pelos processos deliberativos constitucional e democraticamente institucionalizados, legislativos, administrativos e jurisdicionais, que o poder político/jurídico é gerado comunicativamente e a legitimidade é gerada através da legalidade... (...) Ao longo dos anos, minha preocupação tem sido exatamente com o debate contemporâneo “democracia-constitucionalismo”. São compatíveis? Orgulhosamente, digo: Sim! Porque sou um otimista. Mas disso exsurge um dilema: para impedir que a jurisdição constitucional, pelo qual se controla a constitucionalidade, seja transformada em uma judiciariocracia, é fundamental que controlemos as decisões judiciais. Isso implica abandonar as teses que sustentam o poder discricionário (que não passa de um ato de vontade). Democracia e discricionariedade são incompatíveis. Daí que é espantoso — mas muito espantoso — que os projetos dos Códigos Processuais mantenham esses anacronismos (como, por exemplo, a livre apreciação da prova). É espantoso que se queira commonizar o direito brasileiro sem uma adequada teoria que trate da decisão judicial. Para ser mais claro e simples: de que adianta (ou de que adiantou) colocar na Constituição (e na legislação) as conquistas de todos os matizes se, no momento da concretização, dependemos da vontade individual ou de uma dada vontade individual (ou do que diz a consciência)? Pergunto: tem sentido o país parar e ficar em suspenso esperando que um ministro desempate uma votação e não sabermos o que ele irá dizer? Suspense! Pergunto: que Direito é esse que não nos fornece o mínimo de previsibilidade? Quer dizer que, se estivéssemos discutindo o aborto e o placar estivesse em 5x5, teríamos que ficar torcendo — dependendo de que lado estivéssemos — pelas crenças pessoais de sua excelência? Ou torcer para que seu almoço ou seu dia tenham sido do seu agrado? Torcer pela bondade dos bons?”. In: STRECK, Lenio Luiz. **O direito está nas ruas, na lei, ou na consciência?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia>. Acesso em: 01/10/2013.*

mediada e orientada por valores mutáveis cuja significação não pode ser positivada, acabam por ser elas próprias conformadas pela realidade social<sup>57</sup>.

Entendendo-se, portanto, por Constituição aquele documento político que, demonstrando os fatores reais de poder, acaba por determinar um rol de direitos e garantias àquelas minorias destituídas de poder e que, por meio de um processo histórico-dialético de luta contra as classes hegemônicas, conquistaram alguns direitos básicos, pode-se passar a uma análise um pouco mais aprofundada da relação entre o controle de constitucionalidade, a ideia de supremacia da Constituição, e sua correlação com o ideário democrático<sup>58</sup>.

Conforme leciona Clèmerson Merlin Clève, a fiscalização acerca da constitucionalidade dos atos normativos envolve o preenchimento de alguns “requisitos”, dentre os quais é possível mencionar a existência de uma Constituição formal, a noção de que a Constituição é lei fundamental, abrangendo a ideia de rigidez e supremacia constitucional; e a previsão de ao menos um órgão dotado de competência para o exercício da atividade fiscalizadora<sup>59</sup>. John Marshall, idealizador do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, por sua vez, afirma que há três pressupostos do controle judicial de constitucionalidade das leis: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que a contrarie e o fato de ser o Poder Judiciário seu intérprete final<sup>60</sup>.

Não obstante a ideia de supremacia da Constituição, deve-se ter em mente que há respeitável parcela doutrinária que entende por limitar a abrangência do

<sup>57</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 11-13. Deve-se ter em mente, ainda, a própria estrutura do conhecimento. Inobstante primeiramente vigorar a tese defendida pelas correntes da epistemologia causal-explicativa, as quais propunham que o vetor epistêmico caminharía do objeto para o racional, tal pensamento foi superado pela epistemologia contemporânea, que defende o nascimento do conhecimento a partir de uma relação dialética entre o sujeito cognoscente e o objeto referido, de modo que haveria um vetor ambivalente, do sujeito ao objeto, e vice-versa. Pode-se aplicar tal ideia à noção de Constituição, no sentido de ser ela “construída” por meio da relação dialética entre o texto constitucional e a realidade institucional brasileira (ou, nos dizeres de Ferdinand Lassale, dos fatores reais do poder). (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36-37).

<sup>58</sup> No mesmo sentido é a lição proposta por Luis Roberto Barroso, segundo o qual “*Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de majorias parlamentares eventuais*”. In: BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

<sup>59</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29.

<sup>60</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Op. Cit.**, p. 30.

poder constituinte originário e, conseqüentemente, da própria Constituição, adotando um viés eminentemente jusnaturalista. Dentre tais autores, pode-se mencionar J.J. Gomes Canotilho, para quem o povo, na condição de sujeito constituinte, obedece a determinados padrões e modelos indicadores de uma “consciência jurídica geral da comunidade”. Em se adotando tal posicionamento teórico, pelo qual se consideraria o poder constituinte como um poder constituído, posto derivado de determinados preceitos que transcendem a ordem jurídica, permitir-se-ia um controle judicial das próprias normas constitucionais, tomando-se como base tais ideais supraconstitucionais, sendo tal o posicionamento defendido também por Otto Bachof<sup>61</sup>.

A doutrina majoritária, entretanto, incluindo aqui a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, entende pelo caráter ilimitado, original, inicial e incondicionado do poder constituinte, partindo, pois, de um viés mais juspositivista, de modo a não se admitir um controle envolvendo as normas constitucionais originárias, conforme bem perceptível quando do julgamento da ADI-MC 2356/DF, de relatoria do Min. Néri da Silveira, no qual restou consignado que “*a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundamente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo*”<sup>62</sup>.

Observa-se, assim, em possuindo a Constituição um grau hierarquicamente superior às leis em geral, deve-se concordar com a lição de Gilmar Ferreira Mendes que, adotando as teorizações kelsenianas, defende a ideia de que a Constituição que não possibilite meios de anular atos a ela contrários não se faz obrigatória, podendo-se dizer ser uma mera cartilha de recomendação de condutas, transmutando o juízo de inconstitucionalidade em simples crítica ou censura ao ato desconforme ao texto constitucional<sup>63</sup>. O autor afirma, inclusive, em conformidade ao pensamento propugnado por Eduardo García de Enterría, que uma Constituição cuja interpretação não seja submetida a um Tribunal Constitucional (ou a outras formas de controle) está fadada ao fracasso, eis que submissa à vontade dos detentores do

<sup>61</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 45-48.

<sup>62</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 24-31.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1157.

poder à época em que se faz a interpretação, abrindo a possibilidade para alteração desmotivada da interpretação que lhe é dada, a depender do grupo político que detenha o poder<sup>64</sup>.

Assim, conquanto haja consenso sobre a necessidade do exercício de um controle de constitucionalidade, não há uma determinação prévia sobre a quem será concedido tal “poder”, sendo necessário que haja uma construção, por parte da doutrina e jurisprudência de cada país ao analisar a realidade social que lhe é própria, a fim de definir o órgão dotado de competência para verificar a constitucionalidade dos atos normativos. Tem-se, entretanto, ser mais adequado aquele modelo que confere ao Judiciário o poder para o exercício de tal atividade. Em ela sendo conferida ao Legislativo, estar-se-ia diante de um instituto inócuo, posto que o próprio órgão que criou o ato verificaria posteriormente sua constitucionalidade. Ora, caso se entendesse não ser a disposição constitucional, a lei não seria sequer criada, razão pela qual não se faz possível atribuir-lhe a competência para exercer o controle de constitucionalidade.

Quanto ao Executivo, percebe-se já lhe ser conferida certa parcela de poder de controle de constitucionalidade, exercível quando lhes são submetidos os projetos de leis para analisar a possibilidade ou não de sancioná-los, por meio de uma análise, dentre outros critérios, acerca de sua constitucionalidade.

Conforme já explanado, nos Estados Unidos a ideia de controle jurisdicional foi desenvolvida por meio de uma lógica subsuntiva, que preconizava basicamente: ao Judiciário cabia a análise da validade das leis entre si; a Constituição era uma lei dotada de hierarquia superior, logo, caberia ao Judiciário analisar a compatibilidade das demais leis perante ela.

Na ordem jurídica alemã, por sua vez, a atribuição da competência para o exercício do controle de constitucionalidade das leis aos juízes advém de causas diversas, dentre as quais é possível mencionar a desconfiança no mero texto da lei, originada pelo período de governo nacional-socialista em que ele foi usado como instrumento de legitimação de atos arbitrários e injustos por parte do regime nazista. Outra causa foi a alteração da própria concepção sobre o conteúdo da lei, que deixou de ser entendida como um comando abstrato, a própria *ratio* transcrita, um meio pelo qual seriam realizados fins políticos, passando a ser tida como meio de

---

<sup>64</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 15.



fomento e muitas vezes contenção de interesses certas vezes contrapostos. Outro fator importante no aumento da descrença no Legislativo diz respeito ao fato de que, diante do crescimento da “demanda legislativa”, o Parlamento tem cada vez menos tempo para promover o debate acerca de determinada questão, o que acaba por obstar o adequado desenvolvimento do tema, dando origem, assim, a projetos de lei aquém das necessidades sociais<sup>65</sup>.

Desta feita, observa-se que apesar de a noção de controle de constitucionalidade das leis possuir estreita relação com a ideia de supremacia da Constituição, o próprio fato de a ela ser atribuída tal característica faz com que ao órgão a que seja atribuída competência para controlar os atos tomando-a como base atribuam-se maiores poderes, podendo causar um desequilíbrio na balança da separação de poderes. Desta forma, Cibele Knoerr afirma que, enquanto a ideia de controle de constitucionalidade trata da noção de supremacia da Constituição, a ideia de *judicial review* trata da supremacia do Judiciário, que pode levar a uma suposta “juristocracia”. Desta forma, o tema envolvendo o órgão ao qual seria atribuível a função de exercer o controle de constitucionalidade foi amplamente debatido. Carl Schmitt posicionou-se contrário à ideia de criação de uma “justiça constitucional” tal qual formulada por Kelsen, eis que a Corte Constitucional acabaria por sofrer das mesmas mazelas pelas quais o Legislativo padece e que, segundo Cibele Knoerr, “*A Corte carregaria consigo uma equívoca marca de política (substancial) e de jurisdição (formal) da qual a política não tem nada a ganhar e a justiça tudo a perder*”, assim, sugere Schmitt que seja o Chefe de Estado a controlar a constitucionalidade dos atos normativos<sup>66</sup>.

Ainda sobre o tema, destaque-se a posição de Jeremy Waldron, para quem não deveria haver revisão judicial dos atos legislativos, eis que estes foram elaborados por representantes democraticamente eleitos, representando as divergências sócio-ideológicas presentes na sociedade, afirmando, ainda, não haver

---

<sup>65</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p. 47-54. No mesmo sentido são as ideias defendidas por Luis Roberto Barroso, segundo o qual: “*A jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo*”. In: BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

<sup>66</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 193-200.

garantia de que a decisão judicial será mais “justa” que a lei criada pelos representantes do povo. Em um contraponto a tal posicionamento, encontra-se a teorização de Ronald Dworkin, cuja base está na noção de que há lacunas no ordenamento jurídico que não podem ser suprimas por meio de um mero processo subsuntivo, sendo que tal lacuna não seria suprida por um direito criado conforme a consciência do julgador, mas este se utilizaria de um direito previamente estabelecido<sup>67</sup>.

Ainda, defendendo uma posição intermediária está John Hart Ely, para quem, à semelhança de uma política antitruste de um Estado neoliberal segundo a qual só se intervém na economia para corrigir distorções pontuais, o Judiciário apenas interviria quando o governo estivesse funcionando de maneira inadequada, o que ocorreria quando os detentores do poder utilizassem de meios ilegítimos para nele permanecer, criando óbices às vias políticas e excluindo os demais indivíduos, ou ainda quando os representantes da maioria prejudicassem uma minoria por hostilidade ou preconceito, não lhe garantindo a proteção inerente a um sistema representativo. Posiciona-se assim tendo em vista a possibilidade de os juízes atuarem contramajoritariamente, eis que seu cargo não estaria dependente de apoio popular, podendo impor os devidos “freios” à atividade legislativa, a fim de não desvirtuar o exercício do poder<sup>68</sup>.

No que atine à ordem jurídica brasileira, pode-se dizer que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de constitucionalidade das leis emana da própria Constituição. Primeiramente pelo fato de gozarem de uma “legitimidade democrática de segundo grau”, eis que indicados e aprovados pelos representantes do povo, ainda, sua legitimidade emana da atribuição direta e expressa, por parte da Constituição – documento político que corporifica a expressão da vontade popular – de competência para apreciar a conformidade dos atos normativos em relação a ela<sup>69</sup>.

Umbilicalmente ligada à ideia de supremacia da Constituição está a de observância ao dito “Princípio Democrático”, que preconizaria a idealizada separação de poderes originariamente proposta por Montesquieu. A questão se põe

---

<sup>67</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 200-203.

<sup>68</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Op. Cit.**, p. 200-203.

<sup>69</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Op. Cit.**, p. 313-314.

no sentido de se perguntar qual seria a legitimidade do Judiciário, órgão técnico e, pois, sem qualquer legitimação democrática *a priori*, em cassar as decisões tomadas pelos representantes eleitos do povo<sup>70</sup>.

Primeiramente, tal como propugnado por Tomás-Ramón Fernández no prólogo da obra de Otto Bachof, a justiça constitucional faria parte do “coração” da estrutura de um sistema democrático<sup>71</sup>, complementando a ideia ao citar o pensamento de Vicent Blasi, que afirmou:

*“À medida que o governo se torna mais complexo e insensível, os indivíduos presos em seu labirinto podem se dar menos ao luxo de se preocupar pelo bem-estar público: primeiro têm que se ocupar de si próprios. Ademais, conforme o comportamento se torna mais intolerante, as desigualdades na distribuição do poder adquirem maior importância e nasce, na mente dos democratas afetados, um desejo de corrigir tais desigualdades”*<sup>72</sup>

Deve-se ter em mente, entretanto, que com o advento do Estado Social, cujas Constituições positivam direitos fundamentais e sociais, realizando uma institucionalização da moral no direito, a ideia de complementaridade entre direito e moral, tal qual propugnada por Habermas, traria à tona a necessidade de redefinição da relação entre os Poderes do Estado, eis que o Judiciário deixaria de ser órgão meramente técnico, passando a fazer parte da arena política<sup>73</sup>. Essa “fusão” entre direito e moral, porém, dá origem a sérias críticas, posto a Constituição, em tais

<sup>70</sup> Roberto Barroso, ao discorrer acerca da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis, citando Gustavo Binembom, escreve: “A *jurisdição constitucional* é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”, mais adiante, completa o pensamento, mencionando Cláudio Pereira de Souza Neto, “A legitimidade da jurisdição constitucional será, portanto, obtida por duas vias combinadas fundamentais – através da conclusão de que o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente, e através da conclusão de que o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático. Nessa perspectiva, os tribunais constitucionais são considerados como guardiões do processo deliberativo democrático”. In: BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80-81.

<sup>71</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987, p 13.

<sup>72</sup> “A medida que el gobierno se torna más complejo e insensible, los individuos atrapados en el laberinto pueden darse menos el lujo de preocuparse por el bienestar público: primero tienen que ocuparse de si mismos. Además, conforme el comportamiento se hace más intolerante, las desigualdades en la distribución del poder adquieren más importancia y en la mente de los democratas afectados nace el deseo de corregir esas desigualdades”. BACHOF, Otto. **Op. Cit.**, p 14.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 150-151.

casos, mais do que atuar como meio institucionalizador de processos e garantias fundamentais, acabaria por deduzir valores e comportamentos tidos como “corretos”, fazendo com que a atuação das Cortes Constitucionais, ao realizar um controle de constitucionalidade, mais do que atividade político-jurídica, realizasse função semelhante à de um “superego” da sociedade<sup>74</sup>.

Neste sentido, ao contrário do que atualmente se tem defendido, em que o Judiciário atuaria como um garantidor de uma estrutura de valores inerentes à sociedade, Habermas propõe que o Tribunal Constitucional se limite à compreensão procedimental da Constituição, ou seja, sua atuação deveria se restringir à proteção do processo de criação democrática do Direito. Contrapondo-se a tal posição, denominada procedimentalista, encontram-se as teses substancialistas, segundo as quais o papel do Judiciário seria não somente buscar um equilíbrio e uma harmonia entre os Poderes, mas também assumir o papel de um intérprete que coloca em evidência a “vontade geral” implícita ou explicitamente prevista no direito positivo, mormente no texto constitucional e nos princípios dotados de valor permanente, mesmo que tal evidenciação se dê contra uma suposta “maioria eventual”<sup>75</sup>.

Deve-se ter em mente, porém, que nem sempre a mera garantia à criação “democrática” do direito bastaria à persecução dos objetivos defendidos pela Constituição<sup>76</sup>, devendo ser necessário dar azo à materialização dos direitos nela

---

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 120.

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 161-164.

<sup>76</sup> Sobre o tema, Lenio Streck aponta a lição de Luciano de Oliveira e Affonso Pereira (OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso César B. F. *Conflitos Coletivos e acesso à justiça*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1988, p. 148-149): “As escolhas políticas que se informam no desempenho intervencionista do Estado não são – ou raramente o são – escolhas motivadas por um querer genético de toda a sociedade. Antes, elas refletem os interesses dos grupos eventualmente no poder. Historicamente, sabemos todos, o Estado brasileiro não se constitui como um espaço público livremente pactuado ao qual todos os segmentos sociais tenham iguais possibilidades de acesso, desde que participem de um jogo político cujas regras são fixadas em normas gerais, objetivas e estáveis, como quer o modelo liberal clássico, e é o que define a democracia. Ao contrário, historicamente, o Estado brasileiro se caracteriza, antes, como um locus tradicionalmente apropriado por elites econômicas que instrumentalizam o poder para servir aos seus próprios negócios, quase como se tivéssemos uma espécie de apropriação privada dos espaços públicos. E essa visão pouco lisonjeira do Estado brasileiro chega até os nossos dias. Basta ver o que ocorreu com o seu modelo de expansão econômica mais recente, quando o ‘bem comum’ da segurança e desenvolvimento serviu, na verdade, como alibi para a promoção de políticas claramente antipopulares justificadas com a infeliz metáfora de um bolo que precisava crescer. É necessário atentar para o fato de que o modelo de desenvolvimento brasileiro nos últimos anos teve no Estado um dos seus principais atores. Estado que, atuando e intervindo sob a manta protetora da presunção de legitimidade, promoveu um crescimento econômico excludente e concentrador, no dizer praticamente unânime dos nossos economistas. Hoje, quando se passa a euforia desse período, dificilmente alguém consideraria que a performance da Administração foi a favor do bem comum da sociedade brasileira como um todo. E,

garantidos, e não meramente a um processo que se põe como democrático mas que, à luz da realidade institucional brasileira, é dominado por uma elite econômica que nem sempre (podendo-se falar, inclusive, em raramente) busca concretizar tais direitos, sendo necessário, pois, uma atuação do Judiciário em tal sentido<sup>77</sup>. No que atine a essa suposta crise democrática, cumpre mencionar a crítica tecida por Lowenstein, que aponta que a crise da democracia constitucional vivida no fim do século XX é fundada em dois diferentes fatores. Primeiro, a desvalorização da Constituição escrita, eis que ela, mesmo em países de rígida tradição normativa, não é cumprida *ipsis literis* pelos detentores do Poder. O segundo fator diz respeito à “atrofia da consciência constitucional”, estando intrinsecamente interligado ao primeiro, eis que se trata da indiferença do poder perante a Constituição, sendo esta mero reflexo do que os detentores daquele entendem por dela se fazer, retomando-

---

no entanto, não houve desvio de finalidade no sentido jurídico do termo”. STRECK, Lenio Luiz. **Op. Cit.**, p. 167-168.

<sup>77</sup> Sobre o tema, necessária a transcrição da crítica tecida por Lenio Streck acerca da impossibilidade fática de adoção tanto de teses substancialistas como das procedimentalistas no ordenamento jurídico pátrio: “O assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais; parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumprida; o controle concentrado e difuso de normas aponta para um déficit de eficácia, decorrente de uma ‘baixa constitucionalidade’; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afora a ‘crônica de uma morte anunciada’ ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF); no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral; a amplamente denunciada (e não investigada) prática parlamentar de ‘troca de favores’, como se pôde perceber na discussão sobre a emenda de reeleição do Presidente da República e da eleição do Presidente do Congresso Nacional para o biênio 2001-2002, assim como nas sucessivas ‘chantagens’ que o Parlamento faz ao Presidente da República para liberação de emendas parlamentares; do mesmo modo, os mistérios que envolveram o episódio conhecido como ‘Mensalão’; tais fatores - entre tantos outros que poderiam ser aqui assinalados - denotam a dificuldade de restringirmos a jurisdição constitucional às teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, onde a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social (afinal, existem milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988. É este - insisto - o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque, de um lado, o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da supraindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos (pelo menos, há fortes resquícios dela), de cunho hobbesiano (O’Donnell), no interior do qual o Legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos a garantia do acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190-191.

se a ideia, pois, de que a Constituição dependeria em grande parte do meio social e político no qual será aplicada, sendo por ele conformada tanto quanto a ele conforma<sup>78</sup>.

Deve-se consignar, ainda, as teorias dialógicas, das quais são representantes Jorge Munhós de Souza e Conrado Mendes Hübner, as quais defendem que inobstante dever existir um efetivo controle de constitucionalidade, contrapõem-se à necessidade de que esse controle seja atribuído única e exclusivamente ao Judiciário, o que geraria um monopólio acerca do “dizer constitucional”, ou seja, afirmam que a ideia de supremacia da Constituição não necessariamente encontra-se atrelada à soberania do Judiciário<sup>79</sup>.

No que atine à questão democrática envolvendo o controle judicial de constitucionalidade das leis, importante papel teve a obra de Alexander Bickel, para quem o caráter contramajoritário da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada lei seria inevitável<sup>80</sup>, podendo ser meramente atenuada na medida em que a interpretação dada pelos tribunais acerca dos ditames constitucionais se tornasse fonte de expressão da vontade popular. Afirma, ainda, que os tribunais teriam maior capacidade para identificar valores sedimentados na sociedade, possuindo o preparo necessário para compatibilizá-los com os fins públicos<sup>81</sup>.

Impõe-se ter em mente, entretanto, que o mero fato de o Judiciário proferir decisões que contrariem uma suposta “vontade da maioria” não pode ser aprioristicamente rotulado de antidemocrático. Ocorre que muitas vezes o paulatino distanciamento das opções políticas fixadas na Constituição pode ser causado por maiorias ocasionais, que não representam efetivamente um hipotético “espírito da

<sup>78</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 41-42.

<sup>79</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. **Teoria do Diálogo: o Controle Judicial fraco como forma dialógica de complementar direitos sociais e econômicos**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 19-22.

<sup>80</sup> Importante destacar a teorização exposta por Barry Friedman, segundo o qual a questão envolvendo o caráter contramajoritário da decisão tomada em controle de constitucionalidade não é confirmada empiricamente, eis que invariavelmente será submetida à opinião majoritária, seja pelo fato de os representantes do povo (no caso brasileiro) indicarem os membros do Tribunal Superior, seja por eventuais reações populares frente às decisões tomadas, razões pelas quais os tribunais devem ser tidos mais como facilitadores de um amplo debate social acerca dos valores constitucionais. (SOUZA, Jorge Munhós de. **Op. Cit.**, p. 33).

<sup>81</sup> GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 73.

Constituição”, podendo atuar de maneira a cercear direitos de minorias e prejudicar o próprio pluralismo democrático defendido quando se critica a atuação judicial<sup>82</sup>.

Lição importante, ainda, é aquela proposta por Robert Alexy, que a fim de justificar democraticamente a existência do Tribunal Constitucional alemão, afirma que os juízes também atuam representando o povo, eis que conforme a Constituição “todo poder emana do povo”, porém, tal representação se daria de maneira diversa daquela realizada pelo Parlamento. Enquanto este representaria os indivíduos politicamente, os juízes representariam o povo argumentativamente<sup>83</sup>.

Imperiosa, pois, a distinção entre se atribuir às Cortes Constitucionais a natureza de antidemocráticas e a de contramajoritárias. Enquanto que a primeira implica em uma violação aos princípios democráticos de tripartição de poderes e representatividade popular dos legisladores, o caráter contramajoritário diria respeito à noção de que se deve defender um constante diálogo entre os diversos segmentos sociais, evitando que determinada ideia acabe por ser tomada como “vontade da maioria” e imposta coercitivamente a eventual minoria, contrastando com a própria ideia fundante de democracia, qual seja, a de haver um governo de todos, e não de uma seleta maioria eventual. Alguns autores afirmam, por outro lado, ser a justiça constitucional um instituto imanente à República, e não à Democracia, razão pela qual ela acabaria por “limitar” a democracia, sentido segundo o qual propõe Cibele Knoerr que “*A justiça constitucional não faz parte da democracia, mas serve à democracia*”. Ressalte-se que mesmo o caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade encontra respaldo diante da diferenciação entre a “política constitucional” e a “política cotidiana”, de forma que, ao exercer o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal estaria impondo uma restrição à política cotidiana, exercida por uma maioria temporária, em nome da política constitucional, exercida pela maioria de fato<sup>84</sup>.

Gustavo Binenbojm afirma que uma forma importante de se atribuir legitimidade democrática às decisões proferidas em sede de controle de

---

<sup>82</sup> GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 71.

<sup>83</sup> GARCIA, Emerson. *Op. Cit.*, p. 77.

<sup>84</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. *Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição*. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 285-300.

constitucionalidade é por meio de uma “abertura interpretativa”, segundo a qual as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal seriam amplamente analisadas e discutidas pela sociedade. Em sendo assim, o STF deixaria de ser o único intérprete da Constituição, passando a haver uma pluralidade de intérpretes. Neste sentido, afirma o autor que a efetiva legitimação da justiça constitucional dar-se-ia por meio de um “plebiscito diário” ao qual as decisões estariam submetidas, proporcionando maior democratização aos processos de aplicação e interpretação constitucionais, matéria em que colaborou em grande medida a promulgação da Lei nº 9.868/99 por meio, por exemplo, da previsão de seu art. 7º, §2º, que possibilita ao relator admitir a manifestação de órgãos ou entidades como *amicus curiae*<sup>85</sup>.

Em um paradigma estritamente positivista, o problema da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis é facilmente superado. O juiz atuaria de maneira eminentemente neutra ao declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, meramente fazendo prevalecer a vontade do legislador constituinte sobre a vontade do legislador ordinário, por meio de uma função que lhe fora atribuída pela própria Constituição. Essa ideia de juiz completamente neutro, porém, não mais subsiste. Entende-se que o julgador não é mero aplicador do direito, eis que atua a fim de concretizar princípios e regras constitucionalmente consagrados. Neste sentido, afirma Gustavo Binbenbojm:

*“A jurisdição constitucional, assim, embora desempenhando uma tarefa jurídica, e não política, exerce sempre um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional. Por mais fiel que seja aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação, exigíveis de qualquer decisão judicial, a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência de fatores políticos no desempenho de seu mister”*<sup>86</sup>.

Imperioso ter em mente, pois, o fato de não ser possível que um juiz se desvincule completamente de preceitos e ideais próprios ao julgar, tema acerca do qual cumpre consignar a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*“O homem não é um num lugar e outro noutra lugar; ele não se despe. É que nem o juiz, que não deixa a toga e com isso não deixa sua judicatura para ir para casa. E é exatamente porque os papéis se confundem que de*

<sup>85</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 90-93.

<sup>86</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Op. Cit.**, p. 86.



*repente ele vira juiz em casa e marido no fórum. E acontecem, por tais coisas desagradáveis. Enfim, é preciso pensar nos juízes enquanto pessoas, enquanto seres humanos que são conduzidos por alguma coisa que nem eles disso sabem”<sup>87</sup>.*

Deve-se, assim, superar a ideia de cunho positivista de um juiz absolutamente neutro e alheio à realidade social que lhe rodeia, o antigo juiz *bouche de la loi* idealizado por Montesquieu, sendo necessário pensá-lo como ser dotado de conceitos morais, sociais e políticos próprios. Justamente por tal questão se sobressai a inafastável necessidade de fundamentação da decisão, prevista no art. 93, IX, da Constituição da República, por meio da qual o julgador procuraria se abster ao máximo de ideais subjetivos quando do exercício da judicatura, a fim de impor não uma justiça que lhe é própria e individual<sup>88</sup>, mas sim uma suposta “vontade do Estado”. Tal fundamentação possibilitaria, inclusive, maior controle por parte do povo sobre as razões que levaram o Tribunal a decidir<sup>89</sup>, até porque, como bem preceitua Lenio Streck, “*Sem o efetivo controle das decisões, o risco de o Poder Judiciário solapar o sentido da Constituição (de forma omissiva ou comissiva)*

<sup>87</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social**. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 407-423.

<sup>88</sup> Sobre o tema, manifesta-se Lenio Streck: “*Por vezes, parece — e isso me preocupa sobremodo — que pesquisadores do Direito resvalam na aceitação-institucionalização da “vontade” como fundamento da decisão (por exemplo, quando se coloca frente a frente “legalismo e pragmatismo”, já se está, inexoravelmente, no olho do furacão). Algo do tipo “já-que-os-ministros-decidem-como-querem, segundo-e-seguindo-suas-ideologias-e/ou-preferencias-pessoais-ou-as-respectivas-consciências (seja lá o que isso quer dizer)”, temos (nós, a doutrina) que estudar essas suas preferências para argumentarmos estrategicamente... Ou, ainda, “devemos nos limitar a produzir as melhores condições para a livre emanção da vontade do intérprete, ou entender os momentos inoportunos para sua manifestação...”. Assim, se o juiz ou ministro gosta de estrogonofe, devemos fazer de tudo para que a ele seja servido esse prato no dia do julgamento. Se ele torce para o Flamengo, não devemos pedir liminar no dia seguinte à demissão do Mano Menezes... Peço que me incluam fora dessa. Se a aplicação do Direito é um ato de vontade, ele não é mais Direito. É um jogo de poder. E nesse banquete, a choldra fica de fora. Só participam os do andar de cima, os que tem acesso à katchanga (real). Como somos paradoxais no Brasil, pois não? Falamos tanto em democracia e, no entanto, ao fim e ao cabo, jogamos tudo nos braços da moral, da política e da economia. Do Direito, nada resta. Aliás, para quem não entendeu isso ainda: quem sustenta que a interpretação jurídica é um ato de vontade ou coisa do tipo “a decisão está na consciência do intérprete”, está dando um tiro no pé... a não ser que o defensor da ideia tenha o poder de decidir. Se, por exemplo, um advogado pensa assim, a pergunta que deve ser feita ao causídico é: para que você serve, afinal? O mesmo se deve perguntar a quem escreve ou tem pretensões doutrinárias... Afinal, se tudo se resolve na consciência ou na vontade do sujeito-intérprete, tudo o que você fizer será supérfluo. Peço perdão pela minha rudeza. Não quero retirar a ilusão de tanta gente...”. In: STRECK, Lenio Luiz. **O direito está nas ruas, na lei, ou na consciência?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia>. Acesso em: 01/10/2013.*

<sup>89</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 83-86.

*efetivamente é considerável. Ou seja, trata-se de um risco semelhante ao do Poder Executivo em não efetivar os direitos constitucionais”*<sup>90</sup>.

Necessário observar, neste sentido, que a despeito de o Estado Constitucional atribuir grande parcela de poder ao Judiciário, tomando-o como intérprete último das leis (e, conseqüentemente, da Constituição), o fenômeno do ativismo judicial deve ser analisado com cautela. Primeiramente deve-se levar em consideração o fato de não ser o magistrado representante democraticamente eleito, de modo que o controle de constitucionalidade por ele exercido possui um precípua caráter contramajoritário, invalidando norma que é expressão dos representantes do povo. Ademais, considere-se, também, o fato de que o magistrado não possui uma visão macro do sistema do qual faz parte, eis que, tal como preceitua Luis Roberto Barroso, tende a analisar apenas a microjustiça, deixando de lado os efeitos sistêmicos de suas decisões. Exemplo disso é a onda crescente de deferimento de pedidos referentes ao custeio, pelo Estado, de tratamentos de saúde de elevado custo ao Estado, que acabam por impactar no planejamento de saúde estatal, ocasionando, muitas vezes, o “abandono” de inúmeras pessoas cujas necessidades seriam supridas com a verba que acaba destinada ao tratamento de um indivíduo específico<sup>91</sup>.

Imperioso notar, porém, que conquanto o ordenamento jurídico brasileiro confira ao Judiciário posição de grande destaque na organização do Estado, também permite que sobre ele se exerça certo controle por parte da sociedade. Dentre os meios pelos quais se exerce referido controle estaria a publicidade dos julgamentos, que são abertos ao público e, inclusive, como vem realizando o Supremo Tribunal Federal, televisionados<sup>92</sup>, ao contrário do que se verifica em

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

<sup>91</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363-378.

<sup>92</sup> Crítica feita a esta publicidade exacerbada pode ser encontrada em entrevista dada por Luis Virgilio Afonso da Silva à Folha de São Paulo em 22/09/2013, da qual se extrai o seguinte excerto: “**As pesquisas mostram que a população não parece dar muita atenção ao caso do mensalão. Mas há outros casos em que os juízes e ministros precisam lidar com o clamor popular real. Eles estão preparados para isso? Lidam bem? Alguns lidam bem, outros não. Em casos penais de grande repercussão, em geral, não. Digo lidar bem no sentido de não se deixar levar por isso. A impressão que se tem é que, em alguns casos penais, o clamor popular exerce uma pressão enorme que influencia o julgamento. No caso do STF, a coisa é um pouco diferente. É interessante perceber o comportamento da opinião pública, mesmo a mais especializada. Dependendo do caso, o sujeito**

---

diz: "o STF deve julgar de acordo com o direito, ele não pode fazer considerações políticas ou populares". Em outros casos, o do mensalão é o mais claro, o mesmo sujeito diz: "uma mera formalidade não pode se sobrepor a aquilo que a população quer". Então às vezes tem uma certa esquizofrenia nisso. Na reforma da Previdência, muita gente acusou o STF de estar pensando não nos direitos das pessoas, mas na saúde financeira da Previdência. Era a discussão sobre a contribuição dos inativos. Aí diziam: "o STF é um tribunal político, isso não pode, ele deve julgar conforme o direito". Agora falam: "a letra da lei não é o que importa, o que importa é o que a população quer". Tem gente importante dizendo isso. **Alguns afirmam que a transmissão ao vivo de julgamentos altera o comportamento dos magistrados e que, nesse sentido, a TV Justiça faria mal ao Judiciário. O senhor concorda?** O problema não é nem só com a TV Justiça. Para mim, as decisões do STF não deveriam nem ser tomadas em público, ali no plenário. Antes da TV Justiça, as decisões eram públicas como hoje, mas sem a câmera. Você tinha que ir lá, apareciam uns 20 para acompanhar. Hoje está na TV, no YouTube, em todo lugar. Eu acho que essa mudança só potencializou algo que, na minha opinião, já era ruim, que é decidir em público. Já estamos acostumados com isso no Brasil, mas esse não é o padrão em nenhum lugar do mundo. Não faz sentido um tribunal constitucional ficar discutindo em público. O público, qualquer que seja seu tamanho, tem a sua influência. E não é a influência direta. É o seguinte: a deliberação é menos sincera quando é feita em aberto. Qualquer pessoa é assim. Imagine você falar na frente de todo mundo que a interpretação correta de uma lei é de uma forma. Aí a pessoa depois você lembra de um novo argumento. Você pode pensar: "poxa vida, ele talvez tenha razão; mas eu já falei diferente disso na frente de milhares de pessoas, como é que vou dizer agora que eu estava errado?". A TV dificulta a mudança de opinião. Há vários estudos sobre isso mostrando como as decisões feitas reservadamente são mais produtivas. Sem público, dá para chegar a uma boa decisão sem ter vergonha de voltar atrás, de propor coisas que talvez sejam rejeitadas. **A transmissão pela TV dá um sentido de transparência, não?** Transparência não tem nada a ver com o decidir em público. A transparência está na decisão. É uma argumentação transparente na decisão, não o que eu falo para as câmeras ou no plenário. A transparência é a sinceridade de seus argumentos. Eu sei que, no Brasil, quando você fala em decidir com as portas fechadas as pessoas já ligam o alarme. Mas essa é a regra em quase todos os lugares. Você tem países em que não se divulga nem o voto divergente. No Tribunal Constitucional Italiano a decisão é do tribunal. O tribunal fala como uma voz, uma instituição, não com vozes isoladas. Não é um placar, não fica contando cabeças. Você tem tribunais que permitem votos vencidos, mas, no geral, as pessoas que perdem não querem ficar mostrando para todo mundo que elas perderam. O que importa é a decisão institucional. Em alguns casos vem escrito "por maioria", só isso. O nosso STF vai num caminho diferente. Tudo ao vivo, em cores. No Tribunal Constitucional Alemão as deliberações são feitas reservadamente, não tem nem secretário, nem ata. É para [o magistrado] falar o que quiser e, no final, ter a melhor decisão. **Mas mesmo para a cultura jurídica, não é melhor mostrar tudo? Você pode estudar o argumento que perdeu, entender a lógica, discutir nas escolas, advogados podem qualificar melhor suas defesas nas próximas ocasiões.** Não digo que você tem de proibir a divergência. Em alguns casos a divulgação enriquece. Mas em outros, só fragmenta a instituição e não tem nenhuma outra função. Tem gente que fala dos grandes votos divergentes da história que anos depois viraram vencedores, e aí citam dois ou três exemplos clássicos. Mas é só isso mesmo, dois ou três exemplos porque não tem mais que isso. Talvez, em algumas ocasiões, possa ser legítimo o juiz dizer que faz questão de deixar registrado seu voto divergente. Mas deveria ser opcional" (negritos no original). DA SILVA, Luis Virgílio Afonso. Não faz sentido falar em pizza do mensalão, diz constitucionalista da USP. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml>. Acesso em 29/09/2013.

algumas Cortes Constitucionais europeias, cujos julgamentos se dão a portas fechadas<sup>93</sup>. Outro meio de se controlar os atos jurisdicionais diz respeito à já mencionada necessidade de fundamentação das decisões, prevista no art. 93, IX, da Constituição da República. Neste ponto, não obstante se reconheça a presença de certos componentes subjetivos e irracionais inerentes à personalidade do juiz, a exposição das razões pelas quais está julgando o caso se mostra como esforço para a racionalização de sua atividade, tornando-a controlável pela sociedade e pelas Cortes Superiores<sup>94</sup>.

Resta entendido, pois, não ser possível ver o controle de constitucionalidade como um atentado à Democracia, eis que o Judiciário exerce (ou ao menos deveria) importante papel no campo da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e que, voluntariamente ou não, podem acabar sendo tolhidos por maiorias eventuais. Cumpre, por fim, citar novamente as palavras de Lenio Streck que, ao criticar um suposto ativismo exacerbado por parte do Supremo Tribunal Federal, afirma:

*“A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum — sempre pragmati(ci)sta — costuma pensar a Democracia como sendo um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades*

---

<sup>93</sup> Reafirmando o acréscimo democrático que a abertura ao diálogo e as sessões abertas do Supremo Tribunal Federal trazem, posiciona-se Gilmar Ferreira Mendes, para quem a abertura ao diálogo quando do julgamento da inconstitucionalidade em abstrato de determinado ato normativo confere caráter pluralista à ação, possibilitando maior discussão e amadurecimento do tema. Expõe o autor: *“Esse caráter pluralista e aberto das Cortes Constitucionais, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, implica também o reconhecimento pela sociedade, do papel da Corte e de sua força institucional. Ao decidir casos relevantes, com responsabilidade e transparência, o Supremo Tribunal Federal passa a se consolidar como instituição vital à democracia”*. Após, discorrendo sobre a abertura das sessões do Supremo, afirma ser tal elemento importante à consolidação do Supremo Tribunal Federal como Corte democrática, eis que enquanto que em diversos ordenamentos jurídicos as ações de inconstitucionalidade são julgadas em audiências privadas, as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal não só são abertas ao público, como são difundidas por meio televisivo e de radiodifusão, conferindo ampla possibilidade de acesso da população às questões debatidas pelo Tribunal. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 18/09/2013, p. 9-10).

<sup>94</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 40-41.

*ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas”*<sup>95</sup>

### 3.2 O JUDICIÁRIO COMO COCRIADOR DO DIREITO – O DESVELAMENTO DA NORMA PELA DECISÃO JUDICIAL

Um importante pressuposto à discussão envolvendo a ideia de transcendência dos motivos determinantes, com a consequente adoção de uma teoria de observância aos precedentes, diz respeito à função do juiz na análise do caso a ele levado. Teria ele função meramente reprodutiva do conteúdo das leis, tal como proposto por Montesquieu, atuando quase que como um autômato que realiza processos mecânicos de análise da incidência ou não do texto ao caso concreto? Ou possuiria o magistrado função auxiliar na criação e desvelamento do direito, analisando uma hipótese abstratamente prevista pelo legislador, representante democraticamente eleito pelo povo, a fim de compatibilizar referida previsão à realidade concreta?

O caráter exclusivamente positivista da atuação do magistrado já foi há muito superado. Adotando posicionamento similar àquele propugnado por Bachelard, Clèmerson Merlin Clève destaca a face dialética das ciências em geral, dentre as quais se insere o direito, afirmando que diante da possibilidade de retificação de todo conhecimento, ele seria dotado de um caráter provisório, de forma que, sendo sempre limitado e parcial, necessariamente o conhecimento sobre algo seria menos rico e complexo que a realidade a que faz referência. Critica-se, portanto, a utilização de um positivismo que defenda a possibilidade de um conhecimento definitivo, tal qual propugnado por Augusto Comte<sup>96</sup>.

Isso ocorre pela complexidade inerente às relações sociais, que em muito diferem de vetores matemáticos, razão pela qual em um primeiro momento, por meio de pensadores como Comte e Durkheim, entendeu-se ser possível aplicar às ciências humanas (dentre as quais se insere o direito) o método aplicado às ciências

<sup>95</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Acesso em 06/09/2013.

<sup>96</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36.

naturais, pelo que os fatos sociais poderiam ser apreendidos de maneira tão rigorosa e neutra quanto os fatos naturais. Posteriormente tal posicionamento foi superado, autores como Weber e Dilthey defenderam a ideia de que não seria possível dissociar o fato social do contexto histórico-cultural ao qual se submete, eis que inobstante ser a condição humana uma condição biológica ou natural, o é ainda mais destacadamente uma condição histórica ou cultural<sup>97</sup>.

Observa-se, assim, que a pretensão de que as proposições normativas elaboradas pelo legislador pudessem abarcar a totalidade das situações fáticas passíveis de apreensão na realidade é falha. Não apenas o desenvolvimento social pode trazer à baila fatores não previstos pelo legislador à época da criação do texto, fazendo com que seja necessário adaptá-lo à nova realidade, como tais fatores podem ocasionar a necessidade de uma revisão textual, ou mesmo sua supressão. Assim, seria necessário atribuir ao intérprete certo “campo de manobra” para que possa ao menos adaptar o texto à realidade na qual deverá ser aplicado. Kelsen, no que atine à interpretação do direito, divide-a em autêntica, que seria aquela realizada pelo órgão aplicador do direito, e em não-autêntica, realizada pela ciência jurídica e pelos particulares em geral. Acerca da interpretação autêntica, afirma que os atos de aplicação do direito são parcialmente indeterminados, indeterminação esta que pode ser intencional, propositadamente imposta pelo órgão criador do texto, entendendo, assim, não haver como se determinar uma única solução correta para a aplicação da norma, posição que culminou com a ideia de que o texto seria uma moldura dentro da qual se encontrariam as diversas possibilidades de aplicação do direito<sup>98</sup>.

Assim, perfilando-se ao entendimento Fredie Didier Jr., pode-se dizer que o juiz, ao julgar determinado caso, cria duas normas jurídicas, uma de caráter geral, fruto de sua interpretação dos fatos envolvidos na causa, e outra de caráter individual, que constitui sua decisão para a situação específica que lhe foi submetida. A norma geral criada pelo magistrado diria respeito àquela decorrente da interpretação do texto normativo, sendo exposta pelo magistrado ao fundamentar a

---

<sup>97</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 42.

<sup>98</sup> PAULA, Daniel Giotti de. *A Função dos Juízes: Criação ou Desvelamento do Direito em Kelsen e Hart*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 228-230.

sentença, naquilo que se denomina *ratio decidendi* (ou *holding*, para os norte-americanos). Tal norma seria, assim, o núcleo essencial da decisão, que permitiria ser ela posteriormente utilizada como precedente, aplicando-se a mesma conclusão lógica a que chegou o julgador ao interpretar o texto normativo. A segunda norma criada, de caráter individual, é aquela produzida no dispositivo da decisão, que envolve um juízo de procedência ou não do pedido feito pelo autor e tem como objetivo apenas e tão somente reger a situação especificamente analisada no processo em que foi proferida, e que necessariamente decorreria da norma geral anteriormente criada<sup>99</sup>.

Necessário ter em mente, também, as teorizações de Herbert Hart acerca da abertura linguística. Partindo das ideias de Waissman, para quem os conceitos empíricos não apresentariam uma definição exaustiva, dando espaço para questionamentos acerca de seu significado, alguns problemas referentes à interpretação não poderiam ser resolvidos mediante os tradicionais recursos interpretativos, motivo pelo qual Hart afirma que tais recursos não fazem com que as incertezas quanto ao significado sejam eliminadas, meramente diminuindo-as, tendo em vista serem eles próprios regras gerais acerca do uso da linguagem que exigem, também, interpretação<sup>100</sup>.

Assim, a antiga ideia defendida por Montesquieu de estrita separação entre os Poderes, no qual o juiz seria mera *bouche de la loi* não mais vige. Atualmente tem-se em mente não só a possibilidade de um quê de atuação política por parte dos Tribunais, mas reconhece-se a importância de tal atuação, tendo em vista uma tendência do século XX de o Executivo se imiscuir na área de atuação do Legislativo. Assim, o Judiciário atuaria conjuntamente ao Legislativo e ao Executivo, naquilo denominado de *Government* pelos estadunidenses, a fim de tentar manter a própria estrutura democrática da sociedade. Deve-se, entretanto, ter cautela para que o próprio Judiciário não se infiltre na área de atuação dos demais Poderes, sendo necessário que se realize um devido equilíbrio entre ativismo judicial e autocontenção, em uma tentativa de se evitar o sobredito “governo dos juizes”.

---

<sup>99</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 427-429.

<sup>100</sup> PAULA, Daniel Giotti de. **A Função dos Juizes: Criação ou Desvelamento do Direito em Kelsen e Hart**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 230-232.

Sobre isso, escreve Emerson Garcia “*Na identificação do conteúdo da norma constitucional, paradigma de confronto no controle de constitucionalidade, o Tribunal interpretará o texto (programa da norma) a partir dos contornos da realidade (âmbito da norma): quanto maior a aproximação entre texto e realidade, menor será o sentimento de que a decisão usurpou a esfera política alheia*”, razão pela qual a atuação do Tribunal apenas se justificaria enquanto suas manifestações possam ser argumentativamente reconduzidas à esfera de união entre texto e realidade<sup>101</sup>.

Acerca do ponto de contato entre texto e realidade, Daniel Giotti de Paula, fazendo alusão ao pensamento de Wittgenstein, afirma que a linguagem não possui significados *a priori*, sendo mais adequado falar em “jogos de linguagem”, nos quais determinado conjunto social atribui significado às palavras, criando um sistema comunicativo por meio do qual se faça possível a compreensão. Tal é a causa do fato de que conquanto muitas palavras sejam dotadas de certo grau de vagueza, possuem alguns significados precisos que permitem a comunicação entre emissor e receptor das normas jurídicas. Assim, citando Noel Struchner, afirma que “*toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos é encontrada e onde sabemos que ela deve ser aplicada ou não*”, sendo que além deste núcleo de certeza haveria uma área cinzenta na qual o intérprete tornará a regra menos vaga<sup>102</sup>.

Assim, um dos motivos pelo qual se entende não ser possível a adoção de um viés positivista do direito é o fato de ser ele eminentemente “a-histórico”, relegando a um segundo plano (quicá a uma total inobservância) os valores historicamente consagrados pela humanidade. Em uma visão estritamente positivista, tem-se que o texto da norma determinaria a própria norma, ou, nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève “*a aparência determina o ser*”<sup>103</sup>.

Sobre o tema, preciosa a lição de Eneida Desiree Salgado e Emerson Gabardo:

<sup>101</sup> GARCIA, Emerson. ***Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade***. In: NOVELINO, Marcelo (org.). ***Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade***. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 64-69.

<sup>102</sup> PAULA, Daniel Giotti de. ***A Função dos Juízes: Criação ou Desvelamento do Direito em Kelsen e Hart***. In: NOVELINO, Marcelo (org.). ***Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade***. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 232-233.

<sup>103</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. ***O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo***. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 94-97.



*“Fato é que leis exigem uma interpretação, sendo esta, inclusive uma característica fundante dos sistemas abertos. E os juízes são intérpretes fundamentais, devendo, no tocante à sua atividade, ser considerado que: a) não estão obrigados a uma interpretação mecânica de regras (que teriam um sentido pré-determinado apenas a ser ‘descoberto’); b) frequentemente utilizam-se da razoabilidade e da finalidade como critério hermenêutico; c) consideram princípios de moral e justiça na aplicação do direito; d) promovem escolhas entre valores conflitantes. Todavia, nenhuma destas características da atividade judicial permite concluir que o juiz possui alguma espécie de função legislativa. Aliás, ao contrário do legislador, o juiz necessita objetivar algumas ‘virtudes essenciais’, tais como: a) imparcialidade e neutralidade; b) consideração de todos os interesses envolvidos; c) embasamento da decisão em princípios aceitáveis racionalmente (levando-se em conta que sua decisão não é a única correta, ‘mas essa pode tornar-se aceitável com[o] produto racional de escolha esclarecida e imparcial)”*<sup>104</sup>

É imperioso ter em mente, portanto, a função que o Judiciário assume em um Estado Democrático de Direito, atuando quase que como um receptor direto das demandas e anseios populares, quando provocado a dar solução aos litígios, buscando dar ao caso a solução mais “justa”. Clèmerson Merlin Clève, ao discorrer sobre essa relação entre direito e justiça, afirma:

*“Essa ‘justiça’ não é criação hipócrita do imaginário, algo como uma fantasmagoria criada por um artifício qualquer, mas é fundamento da eficácia contraditória do direito. Nasce como uma condensação de relações de poder, traduzindo-se como materialização de compromissos provisórios entre as classes populares e as classes dominantes. Algo que se fixa como ‘conquistas’ das classes subalternas, modificando, de certa maneira, as relações assimétricas de poder, e assegurando um maior equilíbrio para elas. Pois bem, essas ‘conquistas’ são a objetivação de lutas que, deste modo, contribuem, provisoriamente – assim como as individualidades, o monopólio da violência e a vontade geral do povo-nação unificados – para a funcionalidade do sistema jurídico. Em suma, deve-se entender a instância jurídica do Estado contemporâneo como uma ‘condensação material e específica de uma relação de forças’ que se expressa como mediação, por meio de normas jurídicas, princípios e valores, e como espaço de confrontação – lutas: imposição de novos valores e normas jurídicas; novos compromissos – entre classes e frações. O direito contemporâneo é, pois, um espaço de mediação e de luta entre forças antagônicas e conflituosas”*<sup>105</sup>

Deve-se ter cuidado, entretanto, com uma busca implacável pela “Justiça” realizada pelo Judiciário, que poderia ocasionar não apenas em arbitrariedades, mas

<sup>104</sup> SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. **Os Fundamentos Democráticos da Decisão Judicial e a Questão do Direito e da Moral – Uma Visão a partir do Neopositivismo de Hart e a Crítica de Nino**. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 48, 2008, p. 180-181.

<sup>105</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137.

também em violações à própria Constituição. Para isso, não obstante o juiz participe do processo criativo do direito, não é possível que abandone completamente as proposições legislativas elaboradas pelos representantes democraticamente eleitos, razão pela qual não se pode falar em um campo interpretativo irrestrito. Isso faz com que, a despeito de se ter abandonado o pensamento predominantemente positivista, sua base atuaria como instrumento essencial à garantia do Estado Democrático de Direito, evitando o que se poderia denominar de “governo da toga”.

Como bem apontado por Clèmerson Merlin Clève, a despeito de o jurista, ao analisar o direito, fazer menção a valores como ordem, segurança e paz, ou ainda à história, seu campo de estudo acaba sendo delineado pela norma reconhecida pelo Estado. Neste campo, imperiosa a observação de algumas proposições teóricas, dentre os quais o normativismo lógico de Kelsen, o egologismo existencial de Cossio e o tridimensionalismo de Miguel Reale<sup>106</sup>

Kelsen buscou eliminar do estudo jurídico elementos que considerava a ele externos, tal como o aspecto eminentemente ético-valorativo do ideal de justiça que comumente encontra-se associado à noção de direito, relegando-os ao campo da ética, política ou filosofia da justiça. Desta feita, o objeto do saber jurídico para Kelsen seria o direito reduzido à norma, o mero dever-ser. Segundo tal pensamento, não seria necessário um questionamento por parte do jurista acerca do conteúdo da norma e sua relação com o momento socioeconômico no qual está sendo aplicada, eis que tal análise extrapolaria o âmbito de estudo do direito<sup>107</sup>.

As teorias egológicas, por sua vez, defendem que o direito seria um objeto cultural com existência real e que possuiria como elemento básico a vivência humana, auferível por meio da conduta, razão pela qual, citando Luiz Fernando Coelho, Clèmerson M. Clève afirma que o fundamento do direito seria “*a conduta que serve de substrato aos valores jurídicos; não qualquer conduta, mas a conduta bilateral, aquela em que o fazer interfere com o proibir por parte de outrem; a conduta dita social ou em interferência intersubjetiva*”. Tal teoria, entretanto, não consegue superar completamente as ideias positivistas, eis que em o direito sendo a conduta humana, a norma jurídica extraída do texto legal seria o meio pelo qual o direito seria cognoscível. Miguel Reale, por sua vez, contrapõe-se em termos à

<sup>106</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79-82.

<sup>107</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Op. Cit.**, p. 79-82.

teorização kelseniana, eis que a norma não mais assumiria um caráter exclusivamente lógico, mas adentraria no campo ôntico<sup>108</sup>.

Observa-se, assim, conquanto não seja possível presumir que o próprio texto ofereceria a solução para a totalidade dos casos que fossem trazidos a juízo, sem que para isso se necessite da interpretação por parte do julgador, o texto em si mostra-se como importante “limite” às possibilidades interpretativas, a fim de se evitar a dita “ditadura togada”.

A questão da atuação exacerbada do Judiciário, envolvendo eventual invasão ao campo de atuação legislativa que acabaria por torná-lo um órgão de poder hegemônico não é sobremaneira nova. A ideia de “governo de juízes” surgiu como uma crítica à frequente intervenção da Suprema Corte estadunidense nos atos do Legislativo e Executivo, declarando-os inconstitucionais, principalmente durante a implementação do *New Deal*, por meio do qual o então presidente Roosevelt tentava implementar uma política mais intervencionista. O ápice do ativismo judicial norte-americano se deu com a Corte Warren (1953-1969), em que Earl Warren, então presidente da Suprema Corte, defendia uma postura ativista que suprisse eventuais falhas no processo político democrático, destacando-se o caso *Browns v. Board of Education*, no qual se declarou a inconstitucionalidade da segregação racial praticada nas escolas públicas do sul dos Estados Unidos<sup>109</sup>. Diante da constante interferência por parte da Suprema Corte, cogitou-se alterar o número de cadeiras do Tribunal, a fim de se nomear mais ministros pró-governo, oportunidade a partir da qual a Corte adotou postura mais moderada<sup>110</sup>. Tal fenômeno, porém, não se limitou às decisões estadunidenses, sendo notado, também, na denominada “jurisprudência de valores” do *Bundesverfassungsgericht* após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn<sup>111</sup>.

Imperioso, entretanto, observar que nem sempre o Poder Legislativo, que teria a competência legítima para elaborar leis, consegue captar a totalidade das

<sup>108</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79-82.

<sup>109</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 53, 2011, p. 141.

<sup>110</sup> GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 58.

<sup>111</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Op. Cit.*, p. 138.

demandas sociais. Em razão disso, talvez seja o caso de discutir de maneira mais aprofundada o tema da criação do direito pelo Judiciário<sup>112</sup> que, por meio de um contato mais direto com a sociedade, poderia captar suas necessidades<sup>113</sup>. Desta forma, necessário um constante diálogo entre os órgãos estatais, a fim de suprir as demandas sociais, o que, tal como propugna Clèmerson Merlin Clève, atribuiria o efetivo sentido do direito, o de atuar como forma de libertação das classes oprimidas, tema sobre o qual escreve:

*“Na teoria dialética do direito encontra-se algo de historicismo. Se em Pachukanis o historicismo aparece sob uma forma economicista – as relações de troca são o sujeito da história – e, em Vychinsky sob forma voluntarista – a vontade das classes dominantes faz a história -, em Lyra Filho emerge sob uma forma peculiar e quase imperceptível: a história do direito é a história da libertação das classes oprimidas. São estas classes que constroem o direito, já que ele nada mais é do que uma quota alcançada, historicamente, de ‘liberdade conscientizada. (...)”*

*De qualquer modo, importa realçar não o que a teoria dialética deixou de ver no direito contemporâneo e capitalista – a ligação indissolúvel direito-Estado, por exemplo -, mas o que ela de fato resgatou: a problemática do direito justo, do direito extra-estatal e supralegal, da libertação das classes oprimidas, e a dos direitos humanos (embora sempre tomando, a nova escola, por essência da juridicidade, precisamente o que, para as correntes mais expressivas do pensamento crítico, constitui bandeira de luta para a transformação do direito). Ora, a transformação da história opera-se pela própria história, ou seja, no plano concreto, no nível das relações de forças que dinamizam o tecido social, constituindo a própria materialidade do direito. Daí a necessidade de um saber que conheça o direito como ele é, como se apresenta em sua histórica concreção, para modificá-lo historicamente. As reconstruções ontológicas, neste caso, acompanharão as mutações históricas, e não o inverso”*<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Neste sentido, enquanto Hart trabalha com uma perspectiva de que o direito seria incompleto por natureza, diante da impossibilidade de que o legislador preveja aprioristicamente todas as situações fáticas que eventualmente possam ocorrer na realidade, de modo que o juiz atuaria criando o direito para o caso concreto, por meio da aplicação de preceitos morais subjetivos, que deveriam ser “os melhores possíveis”. Dworkin, por sua vez, trata da questão envolvendo um “direito controvertido”, no qual a lei abarcaria todas as situações passíveis de acontecimento no mundo fático, cabendo ao intérprete um “juízo moral objetivo”, decorrente de uma interpretação integrativa da Constituição. (SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. **Os Fundamentos Democráticos da Decisão Judicial e a Questão do Direito e da Moral – Uma Visão a partir do Neopositivismo de Hart e a Crítica de Nino**. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 48, 2008, p. 183-185).

<sup>113</sup> Deve-se ter em mente, porém, que a despeito de o Judiciário permitir uma maior apreensão dos problemas sociais, mesmo estes estariam limitados a certo “estamento” social, eis que invariavelmente os reais problemas sociais, decorrentes da sofrível desigualdade que marca nossa sociedade, dificilmente chegariam aos ouvidos dos Tribunais. Para isso é necessário um trabalho conjunto das instituições que atuam em prol da sociedade, como o Ministério Público e a Defensoria Pública que, por meio de uma atuação em comunidades “ilhadas juridicamente” poderiam trazer os problemas ao campo de discussão doutrinário e jurisprudencial.

<sup>114</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142-144.

Assim, diante da necessidade de um diálogo<sup>115</sup> entre os órgãos estatais para uma efetiva construção do Direito, afirma-se, partindo das ideias defendidas por Christine Bateup, que não apenas o Judiciário não tem, de um ponto de vista empírico, como não deve ter, em se vendo a questão por uma perspectiva normativa, o monopólio da interpretação constitucional, motivo pelo qual os julgamentos que envolvem matérias constitucionais devem ser feitos por meio de um processo de elaboração compartilhado entre o Judiciário e os demais atores constitucionais<sup>116</sup>.

Desta feita, tomando-se a necessidade dialética para a construção do direito e a interpretação constitucional, além do fato de o texto, por si só, não ser autoaplicável, necessitando, invariavelmente, da intermediação do intérprete, pode-se afirmar, nas palavras de Lenio Streck, que “*A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida ‘como’ algo)*”<sup>117</sup>.

### 3.3 EFICÁCIA *ERGA OMNES*, COISA JULGADA E EFEITOS VINCULANTES.

Há grande confusão, tanto doutrinária como jurisprudencialmente, acerca dos efetivos conceitos sobre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante das decisões. A distinção entre tais conceitos é assaz importante para uma devida análise sobre a possibilidade (e a necessidade) da adoção de uma teoria de respeito

<sup>115</sup> Acerca da necessidade de um diálogo para uma efetiva construção jurídica, em especial acerca da interpretação da Constituição, Jorge Munhós de Souza, citando a defesa da tese de doutorado de Conrado Mendes Hübner perante a Universidade de São Paulo, expôs: “*Não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas*” (HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 9). (SOUZA, Jorge Munhós de. ***Teoria do Diálogo: o Controle Judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos***. In: NOVELINO, Marcelo (org.). ***Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade***. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 19.

<sup>116</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. ***Op. Cit.***, p. 17.

<sup>117</sup> STRECK, Lenio Luiz. ***Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica***. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 171.

aos precedentes, tal como propugnado pela ideia de transcendência dos motivos determinantes.

Partindo da diferenciação feita por Fredie Didier Jr., segundo a qual o juiz ao decidir um caso criaria duas normas, uma de caráter geral (que poderia ser utilizada a título de precedente) e outra de caráter individual (que daria fim à causa trazida a ele), pode-se conceituar coisa julgada, segundo o professor, como sendo “a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”<sup>118</sup>. Ainda, segundo Luis Roberto Barroso, a coisa julgada teria como objetivo assegurar a estabilidade do ato estatal que põe fim a um litígio, ou seja, a sentença, imunizando seus efeitos tanto no âmbito do processo, por meio da dita “coisa julgada formal”, como também aqueles que se projetam para fora do âmbito do processo, atingindo as partes em suas relações, por meio da coisa julgada material<sup>119</sup>.

Segundo Fredie Didier Jr., há, na doutrina, basicamente três acepções acerca da natureza da coisa julgada. A primeira, que possui como adeptos, dentre outros, Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Araken de Assis, considera-a como sendo um efeito da decisão; há quem entenda ser ela uma qualidade dos efeitos da decisão, citando-se, por exemplo, Enrico Liebman, Candido Dinamarco<sup>120</sup> e José Miguel Garcia, para os quais a coisa julgada seria a imutabilidade que acobertaria os efeitos da decisão judicial; por fim, parcela dos doutrinadores defende ser a coisa

<sup>118</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 468.

<sup>119</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252. Acerca da questão, ainda, cumpre-se menção à ideia proposta por Luiz Guilherme Marinoni: “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 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”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

<sup>120</sup> Sobre o tema, importante transcrever a lição de Candido Dinamarco: “A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica. (...) Conforme lição da mais viva atualidade na doutrina, nem a coisa julgada formal, nem a material, são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, uma e outros tornados imutáveis. A eficácia natural da sentença vale erga omnes, enquanto a autoridade da coisa julgada somente existe entre as partes. Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 333.

julgada uma situação jurídica do conteúdo da decisão, posição adotada, dentre outros, por Barbosa Moreira. Os adeptos da primeira corrente defendem que a coisa julgada se restringiria ao elemento declaratório da decisão, ou seja, a imutabilidade da decisão causada pela autoridade da coisa julgada limitar-se-ia à pura declaração de existência ou não do direito pleiteado<sup>121</sup>.

Adotando os pressupostos teóricos defendidos por Fredie Didier Jr., apenas seria submetida à coisa julgada a norma concreta, exposta no dispositivo da decisão, que dá solução ao caso concreto. Ressalte-se, também, que apenas produz coisa julgada a questão principal ou aquelas assim equiparadas já na petição inicial ou por meio de ação declaratória incidental, de modo que questões julgadas incidentalmente (tal como a constitucionalidade de leis, por exemplo), não possuem o condão de produzir coisa julgada<sup>122</sup>. Neste sentido, leciona Fredie Didier Jr., “*este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida*”<sup>123</sup>, sendo tal entendimento o adotado pelo legislador, conforme a previsão do art. 469, do Código de Processo Civil<sup>124</sup>.

Apesar de a regra geral ser a coisa julgada produzir efeitos apenas em relação às partes do processo no qual a decisão em questão foi proferida, conforme preceitua o art. 472, do Código de Processo Civil<sup>125</sup>, há casos em que ela atinge

<sup>121</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 472-476.

<sup>122</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. **Op. Cit.**, p. 477-479.

<sup>123</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. **Op. Cit.**, p. 476.

<sup>124</sup> Art. 469, CPC: “*Não fazem coisa julgada: I- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II- a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo*”. Sobre o tema, leciona Candido Dinamarco: “*Resulta do texto que apenas o dispositivo da sentença, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Excluem-se os motivos, ou seja, a solução dada às questões lógicas ou prejudiciais necessariamente enfrentadas para chegar à definição do resultado da causa*” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.**, p. 335).

<sup>125</sup> Art. 472, CPC: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros*”. Sobre o assunto, mais uma vez deve-se citar a preciosa lição de Candido Dinamarco: “*Aqui também a resposta é dada expressamente pelo art. 472, do Código de Processo Civil, de aplicação integrativa a todas as disciplinas processuais: a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. O dogma da limitação subjetiva da coisa julgada vem sendo repensado, ou redimensionado, no moderno processo civil brasileiro, em relação às ações coletivas ajuizadas em defesa de direitos metaindividuais (ambiente consumidor, etc.). Tivemos em primeiro lugar a coisa julgada erga omnes da Lei da Ação Popular (lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 18); depois, análoga disposição na Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985) e, por último, no Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078, de*

terceiros que não tiveram participação no processo, produzindo efeitos *ultra partes*. Por fim, também há a coisa julgada *erga omnes*, que atinge todos os jurisdicionados, independentemente da participação no processo<sup>126</sup>.

Entende-se por efeitos *erga omnes* o fato de a norma concreta produzida no dispositivo da sentença atingir não apenas as partes envolvidas no processo, mas sim a totalidade dos jurisdicionados, que ficarão sujeitos à coisa julgada de referida decisão. Diante disso, não se faz possível confundir os institutos da coisa julgada e dos efeitos *erga omnes*, enquanto o primeiro garantiria a imutabilidade do dispositivo da decisão, por meio do qual se julgou o caso concreto apresentado ao Judiciário, o segundo seria o efeito por meio do qual tal dispositivo produziria eficácia para além das partes do processo em que a decisão foi proferida, de modo que os efeitos concretos da decisão afetariam terceiros<sup>127</sup>.

---

11 de setembro de 1990, art. 102, aplicável à ação civil pública – LACP, art. 21). Essas disposições, partindo do pressuposto de que os autores legitimados para as ações coletivas são substitutos processuais dos reais interessados (titulares dos direitos metaindividuais), vieram explicitar a inclusão destes entre os sujeitos atingidos pela *auctoritas rei judicatae*. Por outro lado, reestruturaram aqueles limites de acordo com o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis* (CDC, art. 102). Assim, conforme o caso, a autoridade da sentença poderá alcançar a todos, para beneficiá-los ou prejudicá-los – salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas – ou ser utilizada apenas em favor dos membros da classe, sem possibilidade de prejudicar suas pretensões individuais. Entende-se, pois, que o terceiro, quando prejudicado pela eficácia da sentença, poderá insurgir-se contra esta, inclusive em outro processo, porquanto não é atingido pela coisa julgada material. (...) A limitação da coisa julgada às partes, bastante difusa no processo moderno, obedece a razões técnicas ligadas à própria estrutura do ordenamento jurídico, em que a coisa julgada tem o mero escopo de evitar a incompatibilidade prática entre os comandos e não o de evitar decisões inconciliáveis no plano lógico. Por outro lado, os sistemas jurídicos que não contemplam a obrigatoriedade dos precedentes jurisprudenciais (o *stare decisis* dos ordenamentos da *common law*) não podem obrigar o juiz futuro a adequar os seus julgados a um anterior, estendendo a sentença a outras pessoas que litiguem a respeito do mesmo bem jurídico. Mas o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de índole política: quem não foi sujeito do contraditório, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*. (...) Finalmente, uma observação quanto aos processos que visam a tutelar bens de índole coletiva ou difusa, por iniciativa de formações sociais ou entes públicos, legitimamente investidos da condição de guardiães dos direitos e interesses supra-individuais: por sua própria natureza, nesses casos a coisa julgada há de operar *ultra partes* ou *erga omnes*, atingindo todos os membros da classe. Tende-se porém, nesses casos, a estruturar a coisa julgada *secundum eventum litis* (ou seja, segundo o resultado do processo), para beneficiar, mas não para prejudicar, individualmente, a cada qual dos interessados. A solução, além de prudente, não infringe as regras do contraditório, pois o réu terá participado plenamente deste – o mesmo não ocorrendo com cada componente da categoria. É essa a solução do Código de Defesa do Consumidor nos arts. 103-104” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 337-339).

<sup>126</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 479-482.

<sup>127</sup> Importante lição acerca da ideia de efeito vinculante é a defendida pelo Min. Moreira Alves ao julgar a questão de ordem na ADC nº 1 em que, a despeito de esposar alguns entendimentos que serão devidamente questionados neste trabalho, tece a base para a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria da transcendência dos motivos determinantes: “Para enfrentar esse



Não se confunde, portanto, coisa julgada com eficácia *erga omnes*, posto não ser consequência da eficácia *erga omnes* que os sujeitos processuais ou o tribunal estariam impossibilitados de reavivar a discussão de questões já analisadas, mas sim em decorrência do rol de preclusões processuais, dentre as quais se insere a coisa julgada.

No que atine às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade (as quais, diversamente da maioria das tomadas em sede de controle difuso, são dotadas de eficácia *erga omnes*), pode-se dizer que tal eficácia

---

*problema, a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento suficiente em virtude de duas circunstâncias: a de que – como ficou assentado no julgamento da representação de inconstitucionalidade n 1.349 (RTJ 129/41 e segs.) – não é ela cabível quando o autor a propõe sustentando a constitucionalidade do ato normativo, e pretendendo, portanto, obter a declaração de sua constitucionalidade pela via indireta da decisão de improcedência dessa ação; e a de que a eficácia da decisão dessa ação, quer de procedência, quer de improcedência, apenas se estende a todos (eficácia erga omnes) no sentido de que, em face de todos, sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido), o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poderem continuar a julgar em contrário, hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto; e mais: essa eficácia erga omnes da ação direta de inconstitucionalidade não impede que o Poder ou órgão de que emanou o ato normativo julgado inconstitucional volte a reincidir na inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior, hipótese em que será necessária a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade, pois a declaração anterior não alcança esse segundo ato. O mesmo não ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade como foi instituída pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993. Com efeito, sendo uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em causa. Por outro lado, estabelecendo a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que ‘as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo’, essas decisões, sejam de procedência (constitucionalidade) ou de improcedência (inconstitucionalidade), não apenas terão eficácia erga omnes, mas também força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. É um plus com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema – como salientado anteriormente – que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia erga omnes que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e – note-se – é em virtude dessa eficácia erga omnes que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta: a) – se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e b) – essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que foi seu objeto, para o fim de independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo” (STF – ADC 1 QO/DF – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – Julgamento: 27/10/1993 – DJ 16/06/1995).*

advém como maneira de conciliar a fiscalização *in tesis* da constitucionalidade do ato impugnado com a dimensão subjetiva daqueles sujeitos cujas esferas de direito seriam atingidas pelo julgamento, ou seja, tais decisões possuem efeitos gerais para permitir que a generalidade dos destinatários do ato questionado fique automaticamente abrangida pelos efeitos materiais da decisão, podendo-se dizer que a eficácia *erga omnes* teria como fim a extensão dos limites subjetivos do julgado àqueles que não tiveram parte na relação processual de controle abstrato de constitucionalidade das normas, razão pela qual entende Juliano Taveira Bernardes, adotando um viés teórico kelseniano, ser possível comparar uma Corte Constitucional a um “legislador negativo”<sup>128</sup>.

O efeito vinculante, por sua vez, diria respeito ao fundamento da decisão, no sentido de que, diante de determinado conjunto fático levado ao conhecimento do tribunal, em as circunstâncias sendo as mesmas (ou ao menos semelhantes), a resposta dada ao caso deve ser a mesma. Ou seja, a decisão proferida, ao expor as razões pelas quais chegou à conclusão, determina o modo pelo qual o texto deve ser interpretado a fim de se criar (ou desvelar) a norma, razão pela qual em julgamentos futuros, dados os mesmos fatos, a conclusão deve ser a mesma.

Entende-se, assim, que o efeito vinculante diria mais respeito ao *iter* decisório do que à decisão em si, eis que atingiria os fundamentos da decisão, e não sua parte dispositiva, de forma que demonstraria como o julgador interpretou determinado fato da vida que lhe foi levado a conhecimento, atribuindo-lhe, posteriormente, uma consequência jurídica. Imperioso ter em mente, portanto, ser um contrassenso falar em efeito vinculante do dispositivo, eis que, tal como trata Fredie Didier Jr., o dispositivo da decisão diz respeito à norma individualizada, que deu solução a um específico caso concreto levado ao Judiciário<sup>129</sup>. Não há qualquer possibilidade fática, sequer lógica, em se atribuir efeito vinculante ao dispositivo, eis que nele inexistente qualquer possibilidade interpretativa a ser discutida posteriormente, tratando-se, pois, de mera resposta objetiva à questão proposta.

---

<sup>128</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. ***Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?***. In: NOVELINO, Marcelo (org.) ***Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional***. 2ª ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 360.

<sup>129</sup> Cite-se, por exemplo, um caso penal em que a um indivíduo foi imputada a conduta de furto. Na parte dispositiva da decisão constará meramente (em caso de condenação, e.g.) que “a pretensão punitiva foi julgada procedente, pelo que Fulano de Tal é condenado como incurso nas sanções do art. 155, do Código Penal, à pena de ...”.

O que eventualmente pode ocorrer é o dispositivo ser dotado de eficácia *erga omnes*, o qual fará com que ele acabe por afetar indivíduos estranhos à relação processual originária. Possível, também, falar da posterior indiscutibilidade das questões tratadas na ação, fator este que advém da coisa julgada. Os efeitos vinculantes, entretanto, dizem respeito ao raciocínio elaborado que deu origem à conclusão do caso<sup>130</sup>.

Uma crítica ao controle difuso em sistemas que adotam o *civil law* é o fato de inexistir em tais ordenamentos, em geral, instituto similar ao *stare decisis*<sup>131</sup>, de maneira que seria possível decisões que julguem um mesmo ato normativo ora inconstitucional, ora constitucional. Isso comumente ocorre em se tratando de diferentes graus de jurisdição em que os juízes de primeira instância, geralmente de idade inferior àqueles que ocupam cargos nos Tribunais, tendem a possuir uma linha de raciocínio diferente, notando-se certa divergência de entendimento. Assim sendo, seria possível que um sujeito obtivesse, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, fazendo com que ela não seja aplicada (tendo a decisão aqui, efeitos *inter partes*), mas, em um caso envolvendo as mesmas circunstâncias fáticas, posto sob análise de outro julgador por outra pessoa, esta obter uma decisão reafirmando a constitucionalidade da lei, em decorrência da

---

<sup>130</sup> Sobre o tema, importante a lição exposta por Fredie Didier Jr.: “*Como visto acima, não se pode confundir o efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada. Assim, por exemplo, as decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF; art. 28, p. único, Lei Federal n. 9.868/99; art. 10, §3º, Lei Federal n. 9882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser erga omnes por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (ratio decidendi), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. Observe-se este exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte ratio decidendi: ‘lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal’. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, que certamente será baseada no precedente anterior” (grifou-se). In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 443-444.*

<sup>131</sup> Majoritariamente a ideia de *stare decisis* é entendida no sentido de possuir eficácia tanto horizontal, no sentido de que um órgão jurisdicional deveria respeitar as decisões previamente prolatadas por ele, como no sentido vertical, como a necessidade de um órgão respeitar as decisões emanadas de um ente jurisdicional superior, ao qual é vinculado. Há, porém, alguns autores que entendem por bem diferenciar o *stare decisis*, que seria apenas a vinculação horizontal das decisões, do dito *precedent*, que, além de incluir a ideia de *stare decisis*, também traria a necessidade de respeito às decisões de órgãos jurisdicionais superiores. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27).

inexistência de vinculação do segundo julgador à decisão tomada anteriormente (lembrando-se, aqui, que a regra do *stare decisis* aplica-se no que diz respeito às decisões dos juízes singulares ou Tribunais inferiores em relação àquelas dos Tribunais Superiores, de maneira que, no exemplo citado, presumir-se-ia ter havido impugnações às decisões e o caso chegado aos Tribunais)<sup>132</sup>.

Pode-se dizer que no Brasil a ideia de atribuir efeitos vinculantes às decisões de mérito tomadas em controle abstrato surgiu com a Emenda Constitucional nº 3/95, ao prescrever o §2º, do art. 102, da Constituição da República<sup>133</sup>, atribuindo efeito vinculante à ADC, sendo tal efeito posteriormente estendido à ADI e à ADPF, por meio das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente, sendo que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a alteração foi levada ao campo constitucional<sup>134</sup>.

Visão equivocada acerca da matéria, porém, é aquela segundo a qual o efeito vinculante não atingiria os particulares nem o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>135</sup>. Primeiramente, no que atine aos particulares, deve-se entender que, partindo de uma visão do Judiciário como cocriador do direito, ou, adotando uma postura dworkiniana, em que seria o Judiciário o desvelador da norma, o papel do juiz seria de extrema importância, permitindo ao cidadão pautar suas condutas tomando como base a forma pela qual o direito é criado/visto. Assim sendo, tomando-se como base a ideia de que os efeitos vinculantes da decisão diriam respeito ao raciocínio elaborado pelo julgador, o qual deveria ser aplicado para os casos idênticos que posteriormente forem levados à análise do Judiciário, aliado à ideia de ambivalência entre a norma e a realidade social, no sentido de que ambas

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 76-78.

<sup>133</sup> Art. 102, §2º, CR (texto anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004): “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Texto posterior à emenda nº 45/2004: “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”.

<sup>134</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?**. In: NOVELINO, Marcelo (org.) **Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2ª ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 356-357.

<sup>135</sup> “Todavia, a amplitude subjetiva do efeito vinculante é menor que a da eficácia erga omnes, pois não atinge particulares nem o próprio STF, tampouco o Legislativo de quaisquer das esferas federativas” (BERNARDES, Juliano Taveira. **Op. Cit.**, p. 364).

se conformam e se constroem mutuamente, mostra-se um contrassenso falar que a decisão não atingiria os particulares. Estes, inobstante não serem efetivamente “vinculados” à decisão, sempre que em circunstâncias iguais àquelas de cujo caso foi submetido a julgamento tomar atitude que se mostre incompatível com a conclusão atingida pelo Judiciário, não apenas desvirtuarão a ordem jurídica em si, como também sofrerão as consequências por tal ato, eis que, invariavelmente, em sendo o caso levado a juízo (e partindo de um pensamento de respeito aos precedentes causado pela ideia de efeito vinculante) ele será julgado tal qual o primeiro, que teria firmado o entendimento acerca da questão<sup>136</sup>.

Acerca da ideia de não-vinculação da decisão em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, tal fato mostra-se sobremaneira perigoso, eis que permitiria que a própria Corte decidisse arbitrariamente, como bem lhe conviesse em cada situação<sup>137</sup>. Apesar de se entender haver certa limitação no que atine aos

<sup>136</sup> Ressalte-se que os conceitos de *distinguishing* e *overruling*, essenciais à devida aplicação dos efeitos vinculantes, serão abordadas oportunamente, no próximo capítulo.

<sup>137</sup> O próprio autor, posteriormente, afirma que o Supremo deveria observar suas decisões pretéritas, adotando um posicionamento contraditório, eis que essa “observância” às decisões prévias advém justamente do efeito vinculante destas. Defende o ilustre professor goiano: “*Se o efeito vinculante não atinge o próprio STF, tampouco desonera a Corte do dever institucional de coerência a seus posicionamentos anteriores, nem abre exceção ao descabimento da ação rescisória contra decisões do controle abstrato. Certo, essa exigência de coerência deve combinar-se com a possibilidade a interpretação da Constituição progredir e avançar, em conformidade com a própria evolução da sociedade. Para tanto, à semelhança dos sistemas que adotam o sistema stare decisis, o STF pode até se desviar de sua anterior jurisprudência, como forma de adaptar a interpretação constitucional às novas correntes de pensamento e às necessidades contemporâneas. Contudo, o princípio da segurança jurídica recomenda que o abandono do precedente seja devidamente acompanhado de justificações adicionais*”. In: BERNARDES, Juliano Taveira. **Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?**. In: NOVELINO, Marcelo (org.) **Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2ª ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 365. Sobre a alternância decisória que ocorre em decorrência tanto da ausência de uma bem desenvolvida teoria da decisão, como de uma carência de respeito aos precedentes (ou, como seria equivalente dizer, de aplicação de efeito vinculante às decisões), cite-se o exposto por Lenio Streck: “*Leio em O Globo artigo de Eduardo Jordão e Diego Werneck Arguelles, intitulado O STF observado. O artigo é interessante, porque critica o modo como as votações são conduzidas, como, por exemplo, ocorre a incidência da pressão da opinião pública. Os articulistas mostram a instabilidade dos compromissos dos membros do STF, verbis: “Legalistas convictos buscam soluções muito além do texto da lei. Históricos pragmáticos, orgulhosos de sua flexibilidade e bom senso, tratam as palavras da lei como se delas não pudessem se desvencilhar”. Tenho “batido” nessa tecla de há muito. Tenho denunciado essas “idas e vindas” nas posições dos ministros (e não só deles). Por vezes, a letra da lei... em outras, os limites semânticos são implodidos... Em todos os meus livros denuncio essa problemática. Mas não se trata apenas de opor, como de certo modo fizeram os dois articulistas, “legalismo versus pragmatismo”, até porque não há dados consistentes acerca de quem são os “legalistas” e quem seriam os “pragmatistas”. Isso seria simplificar a discussão. Seguramente, há munção para os dois lados, afinal, o decisionismo é um animal camaleônico e imprevisível. Ele usa o Anel de Giges (quando quer, desaparece sem deixar rastros). É o predador implacável da integridade e coerência do Direito. E sem integridade e coerência dos intérpretes, de nada serve a Constituição. Talvez fosse isso que os articulistas quisessem dizer. O que deve ser frisado é que há algo mais*

limites subjetivos do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a vinculação da própria Corte, deve-se ter em mente que tal fato não implicaria em uma “renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição”. A necessidade de o próprio Tribunal observar seus precedentes é caráter elementar para que se garanta um mínimo de segurança jurídica e isonomia. Não havendo a vinculação por parte do STF, nada impediria que se decidisse de maneira diametralmente oposta à posição anteriormente tomada.

Assim, inobstante autores como Gilmar Mendes reconhecerem não haver incidência dos efeitos vinculantes em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, defendem a ideia de que este deverá respeitar a orientação anteriormente fixada. Ora, tal respeito ao precedente é justamente a base da ideia de vinculação, razão pela qual é necessário reconhecer a incidência dos efeitos vinculantes não apenas aos “demais órgãos do Poder Judiciário”, mas incluir em tal rol o próprio Tribunal. Inexiste, com isso, risco de “engessamento” da Constituição, tendo em vista a possibilidade de que a Corte aplique a ideia de *overruling*, originária do *common law*, segundo a qual, diante de alterações na realidade social, o Tribunal não só pode, como deve, levá-las em consideração para, caso impliquem na mudança da própria norma advinda do texto constitucional, rever o posicionamento anteriormente tomado<sup>138</sup>.

Conforme vem decidido o *Bundesverfassungsgericht*, inobstante a coisa julgada e a força de lei se restrinjam à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante seria estendido também aos fundamentos determinantes<sup>139</sup>, eis que, tal

---

*profundo e que esconde essas falsas “ditricotomias” “consciência versus voz das ruas versus lei”.* In: STRECK, Lenio Luiz. **O direito está nas ruas, na lei, ou na consciência?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia>. Acesso em 01/10/2013.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1464-1465.

<sup>139</sup> Deve-se falar que o efeito vinculante atingiria **também** os fundamentos da decisão pelo fato de que o raciocínio elaborado pelo magistrado ao analisar o caso é concluído com o dispositivo da decisão, que, nos dizeres de Fredie Didier Jr., criaria a norma concreta e individualizada aplicável ao caso. Neste sentido, é de suma importância a lição propugnada por Lenio Streck, acerca da necessária correlação entre fundamentos e dispositivos, eis que de nada vale uma cadeia lógica argumentativa se, ao final dela, obtiver-se um resultado que lhe contrarie, razão pela qual o efeito vinculante deverá ser aplicado tomando o julgado como um todo. “*Numa palavra, fundamentos determinantes (motivos etc.) e o dispositivo fazem parte de um círculo (hermenêutico): somente se compreende a parte dispositiva em toda a sua dimensão quando se tem antecipadamente a (pré)compreensão dos fundamentos determinantes. Do mesmo modo, somente é possível transcender os fundamentos (tragenden Gründe) porque eles precisam estar densificados no dispositivo. Um não pode viver sem o outro. Com isso, evita-se que ‘ementários’ tenham vida própria. Para ser mais explícito: evita-se, assim, a construção de conceitos sem coisas*” (grifou-se). In:

como defende Gilmar Ferreira Mendes<sup>140</sup>, limitar os efeitos vinculantes apenas à parte dispositiva do *decisium* tornaria o instituto inócuo, pouco acrescentando aos institutos da coisa julgada e da força de lei, encontrando tal entendimento supedâneo no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. A despeito de não ter se chegado ainda a um consenso sobre a questão, já há julgados em que se reconhece a transcendência dos motivos determinantes, como bem é possível observar no voto do Min. Maurício Corrêa quando do julgamento da Reclamação 1.987<sup>141</sup>.

Observe-se que o Tribunal Constitucional Alemão entende, no que atine à coisa julgada e à força da lei, que tais critérios limitar-se-ão à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante, por sua vez, é estendido igualmente aos seus fundamentos determinantes. Neste tema, Lenio Streck aponta as lições de Klaus Vogel, para quem os motivos determinantes (ou *tragenden Gründe*) seriam a “norma decisória concreta”, adotando, pois, nítido viés hermenêutico, vinculando não apenas a parte dispositiva, mas também o que lhe foi condição de possibilidade, a fim de que se proceda um efetivo estudo do precedente para que possa ser corretamente aplicado<sup>142</sup>.

Necessário retomar, por fim, a decisão prolatada pelo ilustre Min. Moreira Alves quando do julgamento da questão de ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1. Em referida decisão, afirma o douto magistrado:

“[E]ssa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que foi seu objeto, para o fim de independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos

---

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 734-735.

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1458-1464.

<sup>141</sup> “A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1.662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me à recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2.126, DJ 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segunda a qual a ‘eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros’, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional” (STF – Rcl 1.987/DF – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – Tribunal Pleno – DJ 21.05.2004).

<sup>142</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Op. Cit.**, p. 732-733.

*normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo”*<sup>143</sup>

Ora, não se mostra possível que o dispositivo da decisão, por si só, evite o questionamento de atos diversos daquele julgado, eis que, invariavelmente prescreverá que a ação foi julgada procedente/improcedente (a depender se tratar de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade), declarando o art. X, ou a Lei nº Y inconstitucional. Desta feita, mesmo que um art. Z, ou uma Lei nº W prescrevam idêntico conteúdo àquele do ato declarado inconstitucional, não é possível realizar uma interpretação extensiva do dispositivo da decisão, para que dele se extraia que “a ação foi julgada procedente, a fim de declarar a Lei nº Y, e *todas cujo conteúdo a ela se igualem*, inconstitucional”<sup>144</sup>.

Desta feita, somente se chega à conclusão atingida pelo Ministro, de que em havendo a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo todos aqueles que a ele se assemelhem serão tidos por inconstitucionais, em se adotando a ideia de que o efeito vinculante de uma decisão atinge (também) seus fundamentos, o caminho hermenêutico-argumentativo trilhado pelo magistrado para, diante das circunstâncias fáticas dadas, chegar à conclusão a que chegou.

Está, assim, introduzida a ideia da “transcendência dos motivos determinantes”, questão que diz respeito simplesmente à própria ideia de efeito vinculante, mas que, diante de uma confusão com outros institutos processuais, acaba por gerar uma polêmica passível de causar sérios danos à ordem jurídica, eis que, caso efetivamente afastada pelo Supremo Tribunal Federal (a questão encontra-se relativamente pacificada no que diz respeito à decisão proferida em sede de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, porém ainda encontra-se pendente de julgamento a Reclamação nº 4.335/AC, em que se questiona a aplicabilidade da teoria diante de uma decisão proferida em sede de

<sup>143</sup> STF – ADC 1/DF – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – Julgamento: 01/12/1993 – DJ 16/06/1995.

<sup>144</sup> Sobre a questão, propõe Luiz Guilherme Marinoni: “*Tratando-se de controle concentrado, os casos julgados são exatamente as normas já declaradas inconstitucionais, motivo simples pelo qual a ideia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não faz ver outra coisa que não a própria coisa julgada material. Para se ter precedente ou se pensar em ratio decidendi, assim, é necessário extrair as razões de decidir da fundamentação da decisão de inconstitucionalidade. É a única forma de se dar verdadeira eficácia à decisão de inconstitucionalidade, ao menos enquanto se tem como importante que elas tutelem a ordem constitucional e garantam a segurança jurídica e a igualdade*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 260.



controle difuso-incidental de constitucionalidade) daria ensejo a uma grande insegurança jurídica, além de permitir a perpetuação de um sistema eminentemente desigual, no qual àqueles que possuem recursos para recorrer às Cortes Superiores seria aplicado um direito, enquanto que à grande parcela da população, destituída de meios para percorrer a extensa “via crucis” recursal, seria aplicado “outro” direito.

## 4 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A ideia de transcendência dos motivos determinantes nada mais é que a atribuição de efeitos vinculantes à decisão. Observa-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal encontra-se quase pacificado no que diz respeito à adoção de tal teoria envolvendo casos em que se analisa a constitucionalidade das normas em abstrato. No que atine ao controle difuso-incidental, porém, a questão ainda se encontra pendente de julgamento.

Deve-se ter em mente que apesar de a teoria dizer respeito aos *motivos determinantes*, estes não podem ser tomados completamente à parte do dispositivo da decisão, eis que, tal como defendido por Lenio Streck, ambos são elementos indissociáveis e codependentes da decisão, não sendo possível tomar um ignorando completamente o outro.

O que se defende com a transcendência dos motivos determinantes, pois, seria a necessidade de observância, por parte do Judiciário como um todo (não se excluindo, portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal), não apenas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas às próprias decisões proferidas pelos magistrados, eis que muitas vezes se observa que o próprio julgador, ao analisar dois casos cujas circunstâncias fáticas se identificam, chega a duas conclusões diversas, resultado este que, em um ordenamento jurídico que apregoa a segurança jurídica e um mínimo de igualdade material, é abominável, razão pela qual é de máxima importância que se discuta seriamente a questão da adoção de uma teoria da transcendência dos motivos determinantes.

### 4.1 A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A NECESSIDADE DE OBSERVAÇÃO DOS PRECEDENTES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O primeiro, e talvez um dos principais argumentos em defesa da adoção de uma teoria de transcendência dos motivos determinantes diz respeito à observância do princípio da segurança jurídica, o qual, segundo leciona Paulo de Barros

Carvalho, teria como fim a coordenar o fluxo das relações inter-humanas, difundindo socialmente uma ideia de previsibilidade acerca dos efeitos jurídicos de determinada conduta, o que acabaria por tranquilizar os cidadãos e permitiria o planejamento de ações futuras, eis que se estaria confiante do modo pelo qual as normas jurídicas seriam aplicadas <sup>145</sup>.

Ainda, tal como expôs o Ministro Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1-1/DF, “*Como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual*” <sup>146</sup>. Neste sentido passa-se a ter uma necessidade de que o Judiciário atue de maneira consciente, eis que, diante do papel de cocriador do direito (seja adotando a postura hartiana de criação da norma, seja a dworkiniana de mero desvelamento da norma), faz-se necessário que se aperceba do seu papel na sociedade, como garantidor de um processo evolutivo do direito, tal como preceitua Clèmerson Merlin Clève ao afirmar que “*Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz*” <sup>147</sup>.

Sobre o tema, importante o posicionamento esposado pelo Min. Dias Toffoli ao apreciar medida cautelar no Mandado de Segurança nº 30.323/DF:

*“É certo, contudo, que as variações na jurisprudência, inclusive do próprio Tribunal de Contas da União, podem gerar efeitos negativos sobre o procedimento dos cidadãos em face das normas e de sua interpretação. Essa mutação jurisprudencial é, muitas vezes, perversa, na medida em que pune os indivíduos que se comportaram por determinado tempo em acordo com pressupostos que se alteraram com o passar do tempo. Exigir-lhes o cumprimento desses ditames é o mesmo que lhes dar o dom da presciência, o que não é demandado dos homens. A esse propósito, tive a oportunidade de enaltecer que: “A jurisprudência não pode ser estática, mas também não pode ser traiçoeira. (...) A segurança jurídica não impõe uma jurisprudência petrificada, mas a mudança não pode atingir as pessoas que agiram da forma que ela própria indicou. Minhas convicções ou minha visão de mundo não podem ser colocadas acima da segurança jurídica. É uma questão de lealdade para com o jurisdicionado. Numa caricatura da divisão dos poderes, o Executivo cuida do presente, o Legislativo do futuro e o*

<sup>145</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199-200. Aliando a ideia de segurança jurídica à de supremacia da Constituição, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “*A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 461.

<sup>146</sup> STF – ADC 1-1/DF – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – Julgamento: 01/12/1993 – DJ: 16/06/1995.

<sup>147</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 272.

*Judiciário do passado. Judiciário que quer cuidar do futuro ou do presente acaba tornando o passado instável.” (DIAS TOFFOLI, José Antonio. Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável. Entrevista. Consultor Jurídico. Disponível em . Acesso em 2 de março de 2011)”<sup>148</sup>.*

Deve-se ter em mente que, seguindo o pensamento adotado no *common law*, a sentença judicial não importa apenas às partes, tendo em vista que seu fundamento, as razões pelas quais o magistrado decidiu, demonstram a interpretação dada à norma jurídica, interessando, também, aos jurisdicionados, que poderão orientar seu comportamento a partir da interpretação judicial demonstrada, como bem aos julgadores, que deverão orientar suas decisões com base em tal interpretação, tendo em vista a noção de precedentes obrigatórios<sup>149</sup>.

A experiência vivenciada no *common law* demonstra não haver uma incompatibilidade *a priori* entre a ideia de respeito aos precedentes e a existência de um conjunto abrangente de leis escritas, eis que, a par do que comumente se afirma, é plenamente possível que um sistema que adote o *common law* possua um rol extenso de leis escritas<sup>150</sup>, como é o caso de alguns estados norte-americanos, sendo a autoridade legal superior àquela proveniente das decisões judiciais. Tal fator, porém, não exclui a importância dada por tais sistemas aos precedentes, considerando-os como fonte do direito<sup>151</sup>. Deve-se observar, contudo, que no que atine à suposta característica intrínseca do *common law*, a *law making authority* dos juízes, pode-se afirmar ser esta mais presente, atualmente, no judiciário brasileiro do que no dos sistemas que adotam o *common law*, tendo em vista o fato de o juiz brasileiro não dever respeito aos precedentes, podendo julgar “conforme a

<sup>148</sup> STF – MS 30323 MC/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Julgamento: 02/03/2011 – Dje 16/03/2011.

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221-222.

<sup>150</sup> Não é correto dizer que em sistemas de *common law* haveria uma completa inexistência de leis escritas. Não obstante em tais sistemas se dar primazia ao direito criado pelos juízes, nota-se cada vez mais a influência de institutos do *civil law* em tais sistemas, eis que há cada vez mais atividade legislativa nos países que adotam o *common Law*. Conforme aponta Gustavo Nogueira, em 1951 o Parlamento Inglês aprovou 66 *acts*, totalizando 675 páginas, em 1991, apesar de terem sido aprovados 69 *acts* (número quase idêntico ao anterior), a extensão de tais documentos em muito foi acrescida, eis que totalizam 2.222 páginas. Pode-se perceber, assim, que apesar das diferenças originárias entre ambos os modelos (*civil* e *common Law*), atualmente ambos estão se valendo de institutos alheios a sua própria “natureza” com o fim de aprimorar-se, não havendo razões, portanto, em se defender acriticamente a adoção de elementos do outro sistema simplesmente pelo fato de o ordenamento em questão adotar o *civil Law* ou *common Law*. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 47).

<sup>151</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, p. 35-38.

consciência”, relegando ao jurisdicionado uma necessidade de contar com a sorte e o bom senso do julgador<sup>152</sup>.

Deve-se ter em mente que a inobservância aos precedentes, tanto do próprio órgão, quanto do órgão superior, mostra-se ser um atentado ao próprio sistema jurisdicional, tendo em vista que retira qualquer possibilidade de segurança jurídica e isonomia necessárias a uma ordem jurídica democrática. Não se pode falar, ademais, em violação à liberdade do juiz pelo fato de dever observar os precedentes, posto não atuar ele em nome próprio, mas sim em nome do Estado, que deve fornecer a seus jurisdicionados a segurança necessária para que não haja interpretações divergentes envolvendo situações idênticas. Assim, apesar de não se ter pretensões de desconsiderar os ideais e princípios da pessoa-juiz, não se pode olvidar que tais fatores não podem sobrepujar o fato de estar ele atuando como representante do Estado e, portanto, defendendo interesses de cunho coletivo que superam as opiniões individuais<sup>153</sup>.

Ressalte-se, entretanto, que a necessidade de observância dos precedentes não elimina por completo a possibilidade de que o magistrado, fundamentando adequadamente sua decisão, julgue o caso de maneira diversa daquela anteriormente decidida, por entender não haver similitude fática, ou por ter alterado seu entendimento sobre determinada situação. Não poderia, porém, julgar de maneira diversa ao tribunal superior, em havendo as mesmas circunstâncias fáticas e sem que tenha havido alteração da percepção social sobre a norma, diante da própria natureza do sistema jurídico, a fim de evitar, também, desnecessário tramite recursal que ocasionará na inevitável adequação da decisão ao entendimento do tribunal<sup>154</sup>.

Observa-se, assim, que o fato de o ordenamento jurídico brasileiro admitir, além do controle de constitucionalidade via ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, o controle incidental exercível por todo e qualquer juiz, aproxima nosso ordenamento mais do modelo estadunidense do que do europeu-continental. Destaque-se, porém, não haver qualquer argumento lógico que se preste a embasar a possibilidade de o juiz ordinário não observar os precedentes, divergindo do entendimento esposado pelo Supremo, primeiro porque cumpre a esta Corte a

---

<sup>152</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40-41.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 58-67.

<sup>154</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 66.

unificação da interpretação jurisprudencial envolvendo a Constituição, além de a ela caber, em sede recursal, a análise da questão anteriormente decidida pelo juiz ordinário e, se for o caso, reformá-la adaptando-a ao entendimento firmado pelo Tribunal. Assim, tanto no que se refere à própria lógica do sistema, como no que se refere à noção de economia processual, observa-se uma necessidade premente de se institucionalizar a observância aos precedentes no direito brasileiro<sup>155</sup>.

Gustavo Nogueira aponta alguns pontos positivos em relação à adoção de uma teoria de precedentes vinculantes, dentre os quais menciona a segurança jurídica, a igualdade e a previsibilidade. Ressalta que não se mostra adequado a uma sociedade que prega a igualdade substancial entre seus cidadãos o fato de que a depender do juiz para o qual for distribuída determinada ação, ser-lhe-á dado um provimento diverso. Entende-se, assim, que esses três pontos mencionados pelo autor estariam umbilicalmente ligados, eis que a segurança jurídica advém da previsibilidade, por parte dos cidadãos, de que o Judiciário dará uma mesma resposta ao tratar de casos que apresentem iguais circunstâncias, ou ao menos que muito se assemelhem. O autor afirma ser extremamente prejudicial à confiabilidade na “Justiça” essa “loteria jurídica”, em que é possível esperar diversos resultados acerca de uma mesma situação. Sobre isso, o autor utiliza como exemplo a interpretação envolvendo possibilidade de as *astreintes* resultarem em um valor superior ao objeto da causa. Quando do julgamento do Recurso Especial nº 947.466/PR, julgado em 17.09.2009, de relatoria do Min. Aldir Passarinho, entendeu-se não ser possível que a multa pelo descumprimento da decisão superasse o próprio valor do objeto da causa, diante de fatores como o “princípio” da razoabilidade e a vedação ao enriquecimento sem causa. Posteriormente, em 03.11.2009, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.026.191/RS, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, consignou-se o entendimento de que diante da própria natureza da *astreinte* não seria possível restringi-la ao valor da causa, eis que trataria também da função de respeito à decisão judicial, pelo que permitiu que a multa restasse fixada em patamar bem superior ao valor do objeto da causa. Sem adentrar no mérito da questão, observa-se que tal situação ocasiona premente insegurança jurídica, não havendo qualquer possibilidade de que os credores de

---

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-75.

determinada prestação possam ter certeza quanto à situação. Diante dessa situação, Gustavo Nogueira finaliza o raciocínio afirmando:

*“Segundo as precisas palavras de Javier Adrián Coripuna: ‘Um cidadão deve ter a plena convicção de que se se apresenta um determinado pressuposto de fato, este será merecedor de uma consequência jurídica estabelecida com anterioridade, a mesma que será igual para todos aqueles que se encontrarem na mesma situação e que não poderá variar arbitrariamente segundo a mera vontade do julgador’<sup>156</sup>.*

Reafirmando, ainda, a necessidade de que ao jurisdicionado seja garantida certa segurança jurídica, auferível por meio de uma ideia de respeito aos precedentes, o autor afirma:

*“Assim podemos concluir que um sistema que julga casos semelhantes de formas diferentes, submetendo o jurisdicionado a um verdadeiro jogo de azar, onde ganha quem tem sorte, e não quem tem o direito, prestigiando a vaidade pessoal do juiz que quer impor o seu entendimento pessoal sobre aquele fixado pelo Tribunal que tem a função constitucional de dar a última palavra sobre o que é a lei e a Constituição, transforma o cidadão em objeto de julgamento, e não em destinatário de uma justiça igual para todos. Isso sim viola a dignidade da pessoa humana. A ‘autodeterminação’ do juiz não pode transformar o cidadão de sujeito de direitos a objeto do ‘sorteio’ da decisão do caso concreto. Para o cidadão seria como se a sentença dele estivesse em um bolo de cartas, e quando jogadas para o alto o juiz escolheria aleatoriamente qual a ‘sentença’ que aquela pessoa vai receber. Judiciário comparado a jogo de azar, repita-se, faz do cidadão um objeto, e isso fere a dignidade da pessoa humana”<sup>157</sup>*

Em nosso ordenamento jurídico é possível notar certa adoção da ideia de respeito aos precedentes com a inclusão do art. 103-A<sup>158</sup> à Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 45.

<sup>156</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 53-72.

<sup>157</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Op. Cit.**, p. 119.

<sup>158</sup> Art. 103-A, CR: “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 pode propor a ação direta de inconstitucionalidade. §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contraria a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”

A previsão do instituto da Súmula Vinculante mostra que o ordenamento jurídico brasileiro encaminha-se ao reconhecimento da necessidade de respeito aos precedentes, porém, tal previsão pode se mostrar desnecessária, ou mesmo contrária à própria ideia que lhe deu causa. A necessidade de haver recorrentes decisões sobre um mesmo tema evidencia a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal não observar suas próprias decisões, eis que, tendo em vista a ideia dos precedentes, toda e qualquer decisão do Tribunal acabaria por vinculá-lo. Desta forma, dar-se-ia o entendimento de que seria possível relevar as decisões que ainda não foram objeto de súmula, o que seria um dissenso em qualquer ordenamento jurídico, eis que ocasionaria total falta de segurança jurídica, tendo em vista que em o próprio Tribunal Superior não devendo seguir uma linha de julgamento definida, nada garante que este não julgue de maneira diversa duas situações idênticas, ferindo um dos fundamentos basilares da ordem democrática, o princípio da igualdade. Assim, deve-se analisar com cautela o instituto da súmula vinculante, sendo que, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, este seria útil apenas e tão somente para expor claramente os casos em que a *ratio decidendi* de determinado conjunto de decisões envolvendo a mesma situação não tivesse ficado clara, de modo que, em não havendo dúvidas quanto às razões pelas quais o tribunal decidiu, a decisão deve ser respeitada como precedente, independentemente de seu teor ser sumulado ou não<sup>159</sup>.

Importante, portanto, estabelecer a diferença entre precedente e súmula, enquanto aquele foi elaborado para a regulação de um caso concreto, sendo apenas subsidiariamente aplicado a outros casos diante de seus efeitos vinculantes, a súmula possui como fim precípua a regulação *pro futuro* de determinada questão, atuando tal qual dispositivo legal fosse<sup>160</sup>. Desta feita, observa-se apresentar muito maior risco ao princípio democrático a possibilidade de o Judiciário atuar quase que como legislador positivo, por meio da edição de súmulas vinculantes, que atuarão como base de análise para casos futuros.

A súmula pode ser definida como um enunciado normativo, um texto, que contém a *ratio decidendi* (norma geral produzida em uma decisão) de uma jurisprudência dominante, que seria a aplicação reiterada de determinado

---

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75-85.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 665.



precedente, razão pela qual se permite afirmar ser a súmula o texto que cristaliza a norma geral extraída de outro texto (a lei). Deve-se ter em vista, entretanto, que em sendo a própria súmula um texto, está ela sujeita à interpretação, o que pode dar azo ao desvirtuamento do próprio entendimento nela fixado, caso não se faça uma análise detida da *ratio decidendi* que lhe deu origem. Assim, diante do que se encontra na práxis, onde se percebe a aplicação sumular quase como se lei fosse, sem qualquer análise hermenêutica acerca de sua compatibilidade com o caso no qual é aplicada, não apenas há o risco de se realizar uma interpretação insuficiente da súmula, como também seu próprio desvirtuamento, aplicando-a em casos nos quais não seria aplicável se se fizesse um estudo da própria *ratio decidendi* da decisão que a originou<sup>161</sup>.

Ressalte-se, ainda, que a própria súmula pode ser alvo de divergências interpretativas, eis que tal como leciona Lenio Streck, “*A interpretação acerca de um texto, cujo produto será a norma (sentido do texto) a ser aplicada, implica toda uma carga de pré-compreensões, que estão forjadas na faticidade, o que significa dizer que um exame acerca da validade de uma lei será sempre uma análise fenomenológica*”<sup>162</sup>. Não sendo possível, pois, a elaboração de um texto que se exima de qualquer carga interpretativa, chegar-se-ia à situação em que seria necessária a criação de uma “súmula para a interpretação da súmula”. Ainda sobre o tema, mister citar, novamente, a lição do Procurador gaúcho:

*“Isso exige dizer: assim como qualquer enunciado não possui ‘vida própria’, o ‘precedente’ não cabe na súmula. Como resolveríamos o caso de aplicação de uma súmula que estabelecesse, hipoteticamente, a exemplo de um julgado recente do TRF da 4ª Região (Proc. 2003.72.05.000103-2/TRF)<sup>163</sup>, que ‘o colarinho faz parte do conteúdo do chope’? Qual é o tamanho do colarinho? Quantos centímetros de espuma são possíveis? E mesmo que se fizesse um adendo à (essa hipotética) súmula, especificando que o colarinho somente poderá ser de um centímetro (ou dois...), ainda assim teríamos problemas, como o tamanho e a largura do copo. E quanto tempo o chope deverá ficar em repouso? De que modo, a dogmática*

<sup>161</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 450-453.

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 671.

<sup>163</sup> Na decisão proferida na Apelação Cível nº 2003.72.05.000103-2/SC, de relatoria da Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria consta a seguinte ementa: “**EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO INMETRO. COMERCIALIZAÇÃO DO ‘CHOPP’. INCLUSÃO DO COLARINHO NA SUA MEDIÇÃO.** A medição realizada na bebida comercializada, denominada de ‘chopp’, deve considerar o colarinho, pois este integra a própria bebida e é o próprio produto no estado ‘espuma’ em função do processo de pressão a que é submetida a referida bebida” (TRF4 – AC 2003.72.05.000103-2/SC – Rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA – 3ª Turma – Julgamento: 23/09/2008 – Dje: 08/10/2008).

*jurídica resolveria tais impasses interpretativos? Mas haveria impasses? Quais? Afinal, enunciados como ‘o colarinho faz parte do chope’ ou, contrario sensu, ‘o chope sem colarinho não é chope’, não são claros, precisos? Não é isso que a doutrina – que acredita em isomorfia entre texto e realidade – deseja para o direito? Não querem clareza e precisão”*<sup>164</sup>

Desta feita, em não sendo possível extrair precisão conceitual e finalista a partir de um enunciado sumular de conteúdo “trivial” quanto o que determinaria a pertença do colarinho ao chopp, não há qualquer perspectiva de sucesso em se querer fazer o mesmo a enunciados que possuam campo de atuação muito mais impreciso e de efetivo impacto às relações sociais, como, por exemplo, a Súmula Vinculante nº 11<sup>165</sup>, que trata de conceitos relativamente abstratos como “fundado receio de fuga” e “perigo à integridade física própria ou alheia”. Isso demonstra a necessidade de se rever não apenas o próprio instituto das súmulas vinculantes, que não poderiam ser utilizadas de maneira desconexas aos casos que lhe deram origem, mas também a utilização “cega” de meras ementas como se precedentes fossem, tendo em vista não representarem elas a totalidade de circunstâncias fáticas e jurídicas envolvendo a situação concreta. Assim, diante do notório direito sumular que atualmente se vem construindo, faz-se necessário que o intérprete, ao fazer uso da súmula, necessariamente analise o caso paradigma, ou conjunto de casos, para que não se desvirtue os fins para os quais a súmula foi criada.

No que atine aos efeitos vinculantes, por sua vez, pode-se dizer que em referência às decisões tomadas em sede de controle incidental de constitucionalidade já há tímida previsão no ordenamento jurídico brasileiro decorrente da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 97, da Constituição da República, que posteriormente deu ensejo à previsão legal do parágrafo único do art. 481, do Código de Processo Civil<sup>166</sup>, pelo que se entende não ser necessário que o órgão fracionário de um Tribunal realize a remessa da questão acerca da constitucionalidade de determinada norma para análise do

<sup>164</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 728-730.

<sup>165</sup> Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”

<sup>166</sup> Art. 481, parágrafo único, CPC: “Os órgãos fracionários, dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Plenário ou Órgão Especial quando já houver posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, ou ainda do próprio Plenário ou Órgão Especial do Tribunal em questão<sup>167</sup>.

Importante questão envolvendo a ideia de precedente diz respeito à diferenciação entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*. O primeiro seria composto por manifestações acerca de questões alheias ao objeto da causa que foram hipoteticamente consideradas pelo juiz ou ainda menção a referenciais normativos que não se aplicariam ao caso, sendo possível, também, que se considere como *obiter dictum* as razões expostas no voto vencido de uma decisão colegiada. Inobstante não possuir, em tese, força vinculante, a depender do órgão que pronunciou a decisão, pode ser levado em consideração quando de julgamentos futuros. A *ratio decidendi*, por sua vez, seria composta pelos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, dela se extraindo uma regra geral passível de aplicação a outros casos semelhantes. Ressalta Didier que apenas pode ser tomado como *ratio decidendi* aquelas opções hermenêuticas que, inobstante serem feitas tendo em vista um caso concreto, sejam passíveis de universalização. A *ratio* não pode ser confundida com nenhuma das “partes” da decisão, devendo-se, para determinar seu efetivo conteúdo, analisar a decisão como um todo, ou seja, relatório, fundamentação e dispositivo<sup>168</sup>.

Durante o desenvolvimento da teoria dos precedentes, foram elaboradas algumas técnicas para se precisar qual seria a *ratio decidendi* de um caso. Eugene Wambaugh propunha uma técnica de inversão, pela qual se determina se um enunciado seria *ratio decidendi* quando, invertido, implicasse em uma alteração do julgamento, afirmando, pois, que a *ratio decidendi* seria a razão jurídica sem a qual a decisão do caso seria diversa. Tal técnica é criticada, dentre outras razões, pelo fato de não permitir determinar com precisão a *ratio decidendi* nos casos em que o juiz utiliza mais de uma razão jurídica que seria suficiente por si só para conduzir à mesma decisão. Arthur Goodhart, por sua vez, embasa-se na separação entre fatos materiais (ou fundamentais) da decisão neles embasada, entendendo encontrar-se a *ratio decidendi* não nas razões do julgador, mas nos fatos destacados e tidos como importantes na causa e na decisão que neles se funda, de forma que teria como

<sup>167</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 107-108.

<sup>168</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 432-433.

ideia basilar a de que o precedente vincularia casos nos quais as situações fáticas fossem similares. Fredie Didier Jr. afirma que o melhor método seria aquele adotado por Rupert Cross e Luiz Guilherme Marinoni, por meio do qual a *ratio decidendi* deve ser buscada na identificação dos fatos nos quais a causa se embasa, e nos motivos jurídicos que conduziram à conclusão, eis que a consideração de tais fatores separadamente não seria suficiente<sup>169</sup>.

Deve-se levar em conta o fato de o legislador, atualmente, fazer uso do modelo das “cláusulas gerais”, dando maior liberdade interpretativa ao juiz, e permitindo que se adapte o texto da lei às peculiaridades do caso concreto, possibilitando, assim, a abrangência de um maior número de situações fáticas. Ocorre, em tais casos, que quem efetivamente cria a norma jurídica aplicável (segundo o pensamento de Hart, ou desvela a norma, tal qual defende Dworkin), é o magistrado, a partir de uma base firmada pelo legislador. Diante da ampla e indiscutível utilização das ditas “cláusulas gerais”, novamente se destaca a necessidade de observância dos precedentes, tendo em vista que, em sendo o juiz a criar a norma ao caso concreto, não é admissível que haja mais de uma norma que regule a mesma situação, posto tal fato gerar insegurança jurídica e desigualdade, devendo ser aplicada, pois, a máxima há tempos usada no *common law*, “*treat like cases alike*”<sup>170</sup>.

Cumpra observância, ainda, o fato de que a ideia de respeito aos precedentes, além de conferir maior segurança jurídica, princípio essencial à ordem social, acabaria por reduzir o inchaço de trabalho judicial advindo da propositura de inúmeras ações<sup>171</sup>, pelo fato de que, em o magistrado devendo seguir os

<sup>169</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 434-436.

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149-154.

<sup>171</sup> Sobre o tema, deve-se transcrever decisão proferida pelo Min. Humberto Gomes de Barros quando do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228432/RS: “Vejo, com imensa preocupação, que contribuí para a desestabilização [d]e nossa jurisprudência. Afirmando, desde logo, que o fiz por engano. Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. O engano em que incidi é

precedentes fixados por ele próprio e pelos tribunais superiores, não lhe seria possível decidir de maneira diversa sobre casos similares, o que evitaria, ou ao menos desencorajaria, que advogados propusessem ações desnecessariamente, posto já poderem prever como o caso será julgado<sup>172</sup>.

Angela Cristina Pelicioli afirma que diante da aceitação da ideia de transcendência dos motivos determinantes pelo ordenamento jurídico nacional estar-se-ia atribuindo ao Supremo Tribunal Federal função equivalente à de um legislador positivo, função para a qual a Corte teria legitimidade, que adviria da defesa dos direitos fundamentais, posto possuir a Constituição não apenas forma, mas também conteúdo. Aduz, ainda, que a legitimidade do STF para atuar como legislador positivo decorreria de lhe ser atribuído um “segundo poder constituinte originário”, que teria como função precípua manter a Constituição “atualizada”<sup>173</sup>.

Há que se discordar de tal posicionamento, eis que, tal como mencionado anteriormente, a transcendência dos motivos determinantes não cria comandos gerais e abstratos que vinculariam a tudo e a todos. A precípua ideia de transcendência diz respeito à necessária observância das razões pelas quais o Judiciário chegou a determinada conclusão, ou seja, um raciocínio lógico-argumentativo pelo que, partindo-se do texto, chega-se à norma aplicável ao caso concreto. Assim sendo, trata-se mais de um norte hermenêutico segundo o qual em o magistrado estando diante das mesmas circunstâncias fáticas do precedente deverá aplicar o entendimento anteriormente fixado<sup>174</sup>, do que efetivamente uma “função legiferante”.

---

*resultado da irracional carga de trabalho a que se encontram submetidos os Ministros integrantes da Primeira Seção. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões. Delas, o Estado brasileiro faz absoluta tabula rasa: simplesmente as desconhece. Veja-se, como exemplo, o que ocorre em relação ao índice de reajuste do FGTS: embora tal índice seja necessariamente um só, somos obrigados a defini-lo para cada uma das milhões de cotas que o compõem”* (STJ – AgRg no EREsp 226432/RS- Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – Corte Especial – Julgamento: 01/02/2002 – DJ 18/03/2002).

<sup>172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 124-125.

<sup>173</sup> PELICOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 35-47, abr./jun. 2007, 04/2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140965/R174-28b.pdf?sequence=1>. Acesso em 18/09/2013.

<sup>174</sup> Desde que, por óbvio, não seja caso de superação do precedente em decorrência de alteração da percepção social acerca da norma, devendo tal superação ser minuciosamente exposta e desenvolvida pelo magistrado, evitando ocasionais arbitrariedades em que o juiz decida simplesmente conforme suas próprias convicções, ignorando por completo o ordenamento jurídico em si.

Em imprescindível obra acerca do tema, Luiz Guilherme Marinoni aponta algumas possíveis críticas que seriam feitas à necessidade de observância dos precedentes, contrapondo a elas soluções conferidas pelo próprio sistema. Primeiramente, no que atine a uma suposta estagnação do direito em que o precedente obrigatório acabaria sendo um óbice ao surgimento de decisões que melhor se adequassem à realidade social, aponta Marinoni que tal fator é facilmente contornado diante da possibilidade de revogação do precedente, por meio do instituto do *overruling*, em que caso o julgador perceba uma alteração na realidade social em relação àquela na qual a decisão tomada como precedente fora proferida, é plenamente possível, desde que devidamente apontada na decisão tal alteração da realidade fática, que se supere o anterior precedente, criando um novo, adaptado às circunstâncias atuais. Outra possível crítica à noção de precedente obrigatório seria o seu empecilho à realização da isonomia substancial. Tal crítica não possui razão de ser, posto ser inerente à própria ideia de precedente a noção de *distinguishing*, pela qual caso haja distinções das circunstâncias fáticas entre um caso e um precedente, este não poderá ser meramente aplicado àquele sem que o juiz aponte as razões pelas quais entende que as circunstâncias do caso que se encontra perante julgamento devem receber o mesmo tratamento jurídico que aquelas do caso que deu origem ao precedente. Uma terceira crítica aos precedentes obrigatórios, apontada por Luiz Guilherme Marinoni, seria uma eventual violação à ideia clássica de separação de poderes. Tal fato não ocorre, eis que o Judiciário não se imiscui na área de atuação do Legislativo. O precedente não tem pretensão de regulação *pro futuro* e de caráter abstrato tal qual as leis emanadas do Legislativo<sup>175</sup>. Além disso, a necessária observância dos precedentes, segundo Marinoni, atingiria apenas o Judiciário, diversamente das leis, que produziriam efeitos diante de todos os indivíduos integrantes de um determinado ordenamento jurídico. Por fim, aponta o autor a crítica no sentido de os precedentes obrigatórios violarem uma suposta independência dos juízes. Tal crítica mostra-se não apenas infundada, como perigosa, posto não haver que se falar em efetiva “independência dos juízes”. Por mais que seja necessária a atribuição de certas garantias à magistratura, a fim de possibilitar que o juiz decida imparcialmente casos que lhe são submetidos, sua atuação se dá enquanto “parte” do Estado. Não se deve olvidar

---

<sup>175</sup> Características essas inerentes à ideia de súmula vinculante, tal como já abordado.

a anterior afirmação de que o magistrado não se liberta das convicções pessoais quando do exercício do poder de julgar, porém, daí para se afirmar que o mesmo possui plena liberdade para decidir conforme sua própria convicção abre o caminho para a arbitrariedade, fator este incompatível com um Estado Democrático de Direito<sup>176</sup>.

Resta demonstrado, assim, a necessidade de adoção de uma teoria de observância aos precedentes, que se não se identifica, em muito se assemelha à teoria da transcendência dos motivos determinantes propugnada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes.

A atual inexistência de qualquer vinculação às decisões causa premente violação à ordem jurídica constitucional, não apenas no que diz respeito à segurança jurídica, mas também, ao princípio da isonomia. É de conhecimento geral o grande dispêndio financeiro necessário para que se dê prosseguimento a um processo, fazendo uso de todos os meios recursais disponíveis, até que o mesmo seja levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, instância última no que diz respeito à análise de matérias constitucionais, razão pela qual aqueles que não dispõem de meios financeiros para arcar com tais custas acabam por ter seu acesso à justiça limitado às instâncias ordinárias. Em não havendo um respeito às decisões proferidas pelas Cortes Superiores, que seriam dotadas de efeitos vinculantes, acabar-se-ia criando duas esferas de “direitos”, uma destinada àqueles dotados de recursos financeiros que possibilitassem a remessa cognitiva da causa aos Tribunais Superiores, e outra voltada à grande massa, destituída de meios hábeis para recorrer de decisões que muitas vezes se mostram flagrantemente incompatíveis com o entendimento fixado tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça, os quais teriam a função constitucional de, em tese, unificar o entendimento acerca de temas constitucionais e de matérias envolvendo leis federais, respectivamente.

Imperioso, portanto, o estudo e desenvolvimento de uma teoria acerca da atribuição, e conseqüente respeito, de efeitos vinculantes às decisões, para que seja possível caminhar no sentido de se construir um direito mais equânime.

---

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 190-212.

#### 4.2 A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES EM SEDE DE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – A QUESTÃO DA SUSPENSÃO DO ATO NORMATIVO INCONSTITUCIONAL PELO SENADO FEDERAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conquanto já seja admissível a ideia da transcendência dos motivos determinantes em sede de controle abstrato de constitucionalidade das normas, sua aplicação ao controle difuso ainda é controvertido. A fim de possibilitar um melhor estudo acerca da discussão existente, cumpre-se diferenciar alguns aspectos que tocam às decisões proferidas em sede de controle difuso-incidental e concentrado-concreto, em especial aqueles que envolvem seus efeitos temporais.

Primeiramente, deve-se discorrer brevemente sobre a diferença dos efeitos das decisões envolvendo questões constitucionais nos modelos americano e austríaco, que deram origem aos sistemas difuso-incidental e concentrado-abstrato, respectivamente. A *Supreme Court* estadunidense fixou o entendimento de que, em havendo declaração de inconstitucionalidade haveria o reconhecimento da nulidade da norma, de uma violação *ab initio* da Constituição, de maneira que o ato contrário a ela nunca teria sido válido, possuindo a decisão efeitos *ex tunc*, e, portanto, caráter meramente declaratório, afirmando a invalidade originária do ato. Além disso, por ser exercido de maneira difusa, não produziria efeitos *erga omnes*, vinculando apenas as partes que tiveram participação no processo em que houve a arguição de inconstitucionalidade.

No modelo austríaco, por outro lado, adotava-se a teoria de que a decisão acerca da inconstitucionalidade era constitutiva (entendendo-se, assim, ser a norma inconstitucional meramente anulável), e de que os atos tidos por inconstitucionais pela Corte Constitucional eram válidos até o momento da prolação da decisão que decretou sua inconstitucionalidade, produzindo, pois, efeitos *ex nunc*. Levando em consideração, por outro lado, o fato de que no sistema austríaco o controle era exercido de maneira concentrada, pela Corte Constitucional, a decisão produzia efeitos *erga omnes*, atingindo o ordenamento como um todo, e não apenas as partes envolvidas no processo.



Com o transcorrer do tempo, todavia, circunstâncias fáticas fizeram com que os modelos originais fossem relativizados, de maneira que o sistema austríaco permitiu que a decisão produzisse alguns efeitos retroativos e o modelo estadunidense admitiu que, em alguns casos, não era medida de justiça a produção de efeitos *ex tunc*, admitindo a relativização dos efeitos em detrimento de alguns atos jurídicos pré-constituídos<sup>177</sup>.

Segundo leciona Luis Roberto Barroso, a norma que viola os ditames constitucionais não é inexistente, eis que perpassaria pelo primeiro dos três planos do fato jurídico<sup>178</sup>. Ela seria, sim, inválida, tendo em vista desatender os requisitos a ela impostos pela regra constitucional. Em assim sendo, porém, haveria consequências no plano seguinte, o da eficácia, de maneira que a norma declarada inconstitucional não seria aplicada, não produzindo seus efeitos típicos<sup>179</sup>, razão pela qual afirma que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não seria passível de confusão, tanto em relação às causas quanto aos efeitos, com a revogação de respectiva norma. Enquanto esta consistiria na retirada de uma norma do ordenamento jurídico, operando, assim, no plano da própria existência, ocorrendo por meio de uma nova manifestação de vontade do próprio órgão que a havia anteriormente editado e produzindo apenas efeitos *ex nunc*, eis que até o momento de sua revogação fora tida como válida e eficaz, a declaração de inconstitucionalidade, por sua vez, seria de competência judicial e produziria efeitos retroativos<sup>180</sup>. Assim, Roberto Barroso, citando Alfredo Buzaid, afirma que “*Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc*”<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 115-124.

<sup>178</sup> Sobre o tema v. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>179</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-36.

<sup>180</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Op. Cit.**, p. 37.

<sup>181</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Op. Cit.**, p. 40.

Os teóricos que adotam uma posição kelseniana, por sua vez, discordam de tal entendimento. Segundo o autor austríaco, o controle de constitucionalidade estaria mais próximo a uma função constitucional, quase que uma atividade legislativa negativa, do que a uma atividade judicial propriamente dita, considerando, assim, a lei inconstitucional válida até que a Corte Constitucional pronunciasse o contrário, sendo a norma, portanto, meramente anulável, e não nula. Pretendia-se, com isso, evitar um crescimento descontrolado do poder dos juízes que culminaria em uma forma de “ditadura togada”. Tal ideia, entretanto, ficou minoritária em terras brasileiras, sendo majoritariamente aceita a tese da nulidade da norma inconstitucional<sup>182</sup>.

Dito isto, imperioso estabelecer diferenças acerca das duas modalidades de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema, destaca-se a preciosa lição proferida pelo Min. Leitão de Abreu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 79343/BA:

*“Justificável é a resistência manifestada, no parecer supratranscrito, com a costumeira agudeza, pelo Procurador Walter José de Medeiros, em admitir que, pela declaração de inconstitucionalidade, se apaguem, ao menos irrestritamente, os efeitos produzidos, na ordem jurídica, por lei que havia entrado no mundo do direito em meio às solenidades requeridas para a edição de ato estatal dessa natureza e cercado, por isso mesmo, da presunção de validade inerente às manifestações de vontade emitidas, com selo formal, pelos agentes do poder público, mormente quando situados no ápice da hierarquia, onde reside a suma sedes potestatis.”*

*Notórias são as circunstâncias que levaram, na época contemporânea – tomada a expressão em sentido largo –, os países chamados de constituição rígida ao estabelecimento da competência judiciária para decretar, primeiro, incider tantum, e, agora, também em tese, a nulidade da lei contrária à Constituição. A questão primordial, que a jurisprudência teve de resolver, questão de caráter mais político do que jurídico, consistiu em conciliar o princípio da separação de poderes com a declaração pelo poder judiciário da invalidade de ato para cuja criação a ordem constitucional outorgava competência exclusiva, e por assim dizer, soberana a outro poder, isto é, ao legislativo.*

*A técnica jurídica contornou a dificuldade com o argumento de que o judiciário não anula ou revoga a lei, quando esta se ache em conflito com a Constituição, porém se limita a declarar, em concreto, o direito das partes tal como se a lei dita inconstitucional não se aplicasse. Essa inteligência logrou acolhimento, convertendo-se em dogma do direito constitucional, não obstante conflitar, ao menos parcialmente, com a realidade, pois é sabido que uma lei, na ordem prática, se torna letra morta, se adquirida, pelos destinatários de suas normas, a certeza de que os tribunais, chamados a pronunciar-se sobre a sua validade, se recusam a aplicá-las. Embora prestando reverência a essa regra hermenêutica, a Constituição de 1934, seguida pela de 1946 e Cartas Políticas subsequentes, incumbiu,*

<sup>182</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

realisticamente, ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Esse princípio, de inteira pertinência, à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, esvazia-se de sentido naquilo que entende com a declaração da inconstitucionalidade da lei em tese, lei que, pelo próprio caráter da declaração de sua invalidade, se torna inaplicável *erga omnes*.

Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade *incidenter tantum* ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, de sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e de parte da doutrina. O 'Corpus Juris Secundum', reportando-se ao direito norte-americano, assim compendia a diretriz aí dominante: 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando de modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional'. Exposta, assim, a orientação dominante, acrescenta, todavia, o mesmo repositório, explicitando os termos em que as coloca a opinião divergente: 'Por outro lado' – prossegue – 'tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso, que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que é inexecutável, em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta' (...).

Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua 'General Theory of Law and State', inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei constitucional. Consigna ele, em nota que figura à pg. 160, desse livro: 'The void *ab initio* theory is not generally accepted. Cf. for instance Chief Justice Hughes in *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308, U.S. 371 (1940). The best formulation of the problem is to be found in *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834) at 96: 'Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void; it seems more consistent with the nature of the subject, and the principles applicable to analogous cases, to treat it as voidable'. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: 'A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos de nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado como 'nulo'. Donde não se tratar de decisão 'declaratória', não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver algo legalmente existente a

que a decisão se refira. Logo, o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma norma anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*' (Ob. Cit., pg. 161).

2. Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, um princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo plano, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o 'Corpus Juris Secundum', de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é ilícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedente sob o amparo do direito objetivo"<sup>183</sup>.

No que atine aos efeitos temporais produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, deve-se ter em mente que, diante da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a regra geral é a de produção de efeitos retrospectivos, *ex tunc*, tal qual o modelo norte-americano preconizou. A ideia original de tal sistema, porém, foi mitigada, admitindo-se a possibilidade de produção de efeitos *ex nunc* ou meros efeitos prospectivos. Acerca da decisão prospectiva, é possível distinguir três diferentes tipos: a) a *pure prospective*, em que a eficácia retroativa é completamente excluída, sendo o novo entendimento aplicado apenas a eventos ocorridos após a "virada jurisprudencial"; b) *limited prospective*, que determina que a despeito de a nova orientação possuir eficácia prospectiva quanto às hipóteses semelhantes, é aplicável retroativamente a casos cujo julgamento encontre-se pendente quando da virada. Caso paradigmático cuja decisão produziu efeitos prospectivos limitados é o do regime inicial de pena para crimes hediondos, em que não obstante a decisão não produzisse efeitos em relação àqueles condenados cujas penas já tivessem sido extintas, a decisão aplicar-se-ia aos casos ainda pendentes de decisão e aqueles condenados que ainda estivessem cumprindo sua reprimenda (*Habeas Corpus*

<sup>183</sup> STF – RE 79343/BA – Rel. Min. LEITÃO DE ABREU – 2ª Turma – Julgamento: 31/05/1977 – DJ 02/09/1977.

82.959/SP); c) *selective prospectivity*, que preconiza a aplicação retroativa da nova interpretação apenas no caso paradigma que deu ensejo à virada jurisprudencial, podendo ser exemplificada pelo julgamento da questão de ordem no *Habeas Corpus* 86.009/DF, em que se anulou o julgamento do *writ* para aplicar o novo entendimento jurisprudencial que determinava ser o STF incompetente para conhecer de *Habeas Corpus* impetrado contra decisão de turma recursal de juizados especiais<sup>184</sup>.

Sobre o tema, deve-se observar o disposto no art. 27, da Lei nº 9.868/99. Inobstante tal dispositivo diga respeito apenas às ações abstratas, mostra-se plenamente possível que o juiz, quando do exercício do controle incidental de constitucionalidade, module os efeitos temporais da decisão. Tal é o entendimento adotado em alguns ordenamentos jurídicos, como o estadunidense e o português, já havendo algumas decisões pátrias que modularam os efeitos produzidos pela decisão, das quais cumpre citar o “Caso Mira-Estrela”, em que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, que fixava o número de vereadores acima do limite constitucionalmente previsto no art. 29, IV, da Constituição da República. Limitou-se, porém, a incidência dos efeitos de referida decisão à próxima legislatura. Outro caso paradigmático é aquele no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados por crimes hediondos, no *Habeas Corpus* nº 82.959, decidindo que tal decisão não geraria efeitos àqueles réus cujas penas já tenham sido extintas na data do julgamento<sup>185</sup>.

Acerca de tais efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, observa-se acertada a decisão do constituinte português, ao prever no próprio texto constitucional a possibilidade limitar a amplitude dos efeitos temporais, resguardando a segurança jurídica, a equidade ou excepcional interesse público, sendo que tal dispositivo serviu como inspiração à elaboração do art. 27, da Lei nº 9.868/99, que prevê a possibilidade de modulação temporal dos efeitos por meio do

<sup>184</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. “**Viradas**” de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 185-198.

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1258-1263.

voto de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, admitindo-se efeitos *ex nunc* ou mesmo efeitos meramente prospectivos<sup>186</sup>.

Luis Roberto Barroso, no que diz respeito aos efeitos temporais da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, defende que se deve ter em mente possuir ela caráter meramente declaratório, reconhecendo uma situação preexistente, lhe dando certeza jurídica sobre sua interpretação, adotando, pois, a dita “teoria da nulidade”, segundo a qual a norma declarada inconstitucional é nula *ab initio*, de modo que a decisão possuiria efeitos retroativos à data da promulgação do ato em questão. A jurisprudência do Supremo, entretanto, há muito vem relativizando essa teoria, admitindo que em alguns casos a declaração de inconstitucionalidade não afete a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, por exemplo<sup>187</sup>. Posteriormente tal questão obteve regulamentação legal, por meio do

<sup>186</sup> VELOSO, Zeno. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 157-158.

<sup>187</sup> No que atine ao tema, observe-se o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes quando do julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento nº 582.280: “*Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio*”. Observe-se, ainda, a ementa que restou elaborada para o mesmo feito: “**RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA “EX TUNC” OU COM EFICÁCIA “EX NUNC”)? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia “ex tunc” (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede**

art. 27, da Lei nº 9.868/99. Tal artigo, todavia, possui sua constitucionalidade questionada, arguindo-se que a matéria deveria ser regulada por emenda constitucional, e não lei ordinária, estando em trâmite perante o STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.154-2 e 2.258-0, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli<sup>188</sup>.

Segundo Lucio Bittencourt a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode produzir três efeitos distintos, quais sejam, sua revogação, sua inexistência, ou sua ineficácia. A revogação ocorreria quando a lei declarada inconstitucional já estava em vigor quando do advento da Constituição, não se tratando, porém, de mera aplicação da ideia de conflito intertemporal de normas, que se daria quando se tratasse de duas normas de igual hierarquia. O que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade que revoga lei anterior é que o *estado* de inconstitucionalidade gera um efeito, sua *revogação*, diferindo, pois, da mera aplicação do critério *lex posteriori derogat lex anteriori*. A inexistência da lei declarada inconstitucional, segundo o autor, decorre da inobservância das formalidades constitucionais referentes ao processo legislativo. A ineficácia de lei inconstitucional, por sua vez, ocorre nas hipóteses em que a despeito de ter o ato normativo sido elaborado conforme os ditames constitucionais, seu conteúdo material viola os preceitos estabelecidos na Carta Magna, casos nos quais a lei permanece vigente no ordenamento jurídico, porém, os Tribunais deixam de aplicá-la aos casos concretos<sup>189</sup>.

Importante efeito advindo da decisão que declara a nulidade de norma inconstitucional, tendo em vista os já mencionados efeitos *ex tunc* da decisão, é o fato de ser possível que ato normativo revogado pelo ato declarado inconstitucional

---

*de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional". (STF – AI 582280 AgR/RJ – Rel. Min. CELSO DE MELLO – 2ª Turma – Julgamento: 12/09/2006 – DJ 06/11/2006).*

<sup>188</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236-238.

<sup>189</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 131-134.

retome vigência, por meio do dito “efeito repristinatório”. Necessário, aqui, distinguir efeito repristinatório de repristinação propriamente dita, esta seria a retomada de vigência da lei que foi expressamente revogada por lei que, posteriormente, venha a ser revogada. Os efeitos repristinatórios, por sua vez, são aqueles que fazem com que haja a reentrada em vigor da norma que fora aparentemente revogada por ato normativo eventualmente anulado ou revogado. Conquanto a repristinação em si seja vedada em nosso ordenamento jurídico, os efeitos repristinatórios são possíveis. A fim de se evitar tal ocorrência, diante da possibilidade de que o ato que retomará vigência seja mais prejudicial à ordem constitucional que aquele revogado, necessário que o proponente da ação de inconstitucionalidade faça expresse requerimento neste sentido, eis que, não obstante o Supremo Tribunal Federal não se vincule às causas de pedir, ocorre a vinculação em relação ao pedido, de modo que não poderia declarar, *ex officio*, a inconstitucionalidade da norma que teria sua vigência reestabelecida<sup>190</sup>.

Alguns autores como Ives Gandra Martins, Ingo Wolfgang Sarlet e Sepúlveda Pertence entendem por inconstitucional a modulação de efeitos temporais da decisão de declaração abstrata de inconstitucionalidade sob o argumento de que a matéria deveria ser tratada em sede de Emenda Constitucional, e não por lei ordinária. Por outro lado, André Ramos Tavares, bem como o Ministro Néri da Silveira, afirmam que a modulação temporal dos efeitos da decisão seria inerente às prerrogativas do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, sendo desnecessário, pois, expressa previsão constitucional acerca da questão. Tecem-se algumas críticas, também, quanto à inconstitucionalidade material, alegando-se violação à supremacia da Constituição e a sua força normativa<sup>191</sup>. A questão, entretanto, encontra-se relativamente pacificada no Supremo Tribunal Federal, que entende por sua constitucionalidade.

Dito isto, necessário estabelecer, então, a diferença entre as decisões tomadas em sede de controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Conforme propugna Lenio Streck, o que diferenciaria as decisões, inobstante serem ambas

<sup>190</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 249-251.

<sup>191</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: casos julgados e proposta de alguns limites**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 244-246.



tomadas em *full bench* e necessitando do mesmo quórum, seria a necessidade de aquela proferida em sede de controle difuso necessitar de um “*plus*” legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*<sup>192</sup>, fim de dar cumprimento ao princípio democrático e do devido processo legal. Tal “complementação” feita pelo Legislativo atuaria no plano da vigência da lei, enquanto que a decisão tomada em sede de controle concentrado produzirá efeitos envolvendo o plano da eficácia<sup>193</sup>. Neste sentido, afirma o autor:

*“Na verdade, quando uma lei é declarada inconstitucional em sede de controle concentrado, esta perde sua validade, ou seja, não poderá jamais ser aplicada novamente. É nula, írrita, nenhuma, pois. Já em sede de controle difuso, a lei somente perde sua validade para as partes envolvidas, podendo ser aplicada para os não envolvidos na demanda. No exemplo em tela [caso Mira-Estrela], mesmo com a especificidade dos efeitos da ação civil pública, em que a lei não poderá ser aplicada a outros casos por ausência destes, porque abarcados em sua totalidade no interior dos efeitos da própria decisão que retirou a validade da lei, tal circunstância não significa que a referida lei não possa ser aplicada novamente, desde que o suporte fático a que se destina a lei venha a sofrer modificações. Na hipótese sob exame, no caso de o referido município, no ano seguinte, alcançar o número de eleitores suficientes para o enquadramento do número de vinte e um vereadores, nada obsta que a lei volte a ter efeitos. A questão fica mais clara, ainda, quando se tratar, por exemplo, de uma lei tributária, que viole o princípio da anterioridade. Declarada inconstitucional a lei em sede de controle difuso, no bojo de uma ação civil pública, nada obsta que, no seguinte, a lei venha a ser (novamente) aplicada”*<sup>194</sup>

Primorosa questão envolvendo os efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade seria a atuação do Senado no controle incidental de constitucionalidade, prevista no art. 52, X, da Constituição da República<sup>195</sup>. Acerca do tema, afirma Lenio Streck que eventual adesão aos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC ocasionaria a equiparação do controle difuso ao controle concentrado, causando premente lesão a direitos fundamentais como o de ampla defesa e contraditório. Explica a afirmação pelo fato de que, em sede de controle concentrado, haveria ampla abertura democrática do processo, permitindo que todos os interessados exponham os

<sup>192</sup> Conquanto o autor faça referência a uma força “vinculante” *erga omnes*, impõe reconhecer fazer alusão à eficácia *erga omnes*, e não aos efeitos vinculantes, posto estes não necessitem de qualquer complementação legislativa à decisão para que sejam produzidos.

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. ***Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica***. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 557-558.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. ***Op. Cit.***, p. 572.

<sup>195</sup> Art. 52, X, CR: “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”.

motivos pelos quais entendem que determinado ato normativo é constitucional ou não. Em controle difuso, por sua vez, a discussão é limitada às partes do processo, razão pela qual, em se atribuindo efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão, estar-se-ia violando os direitos de todos aqueles aos quais não foi oportunizada a defesa e que acabariam afetados pela decisão<sup>196</sup>. Neste sentido, afirma Lenio Streck que a retirada de eficácia da suspensão do ato normativo pelo Senado Federal retiraria a legitimação democrática do controle difuso de constitucionalidade. Tal legitimidade é auferida, no controle concentrado, por meio do amplo rol de sujeitos aptos para a propositura de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, incluindo, dentre eles, representantes eleitos e sociedades civis. No controle difuso, contudo, não há previsão de participação de representantes democraticamente eleitos, o que dá ensejo ao questionamento acerca da possibilidade de se atribuir eficácia vinculante a uma decisão tomada em tal modalidade de controle<sup>197</sup>.

A previsão da competência do Senado Federal de suspender o ato normativo declarado inconstitucional encontrou previsão, primeiramente, na Constituição de 1934, cuja regra estabelecia ser competência do Procurador Geral da República comunicar o Senado acerca da decisão. Atualmente, entretanto, não há a necessidade de que o Procurador Geral comunique o Senado, eis que, conforme o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a comunicação ao Senado é feita pelo próprio Tribunal, após o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma<sup>198</sup>. Deve-se ressaltar, ainda, que a ideia de “lei” veiculada pelo art. 52, X, da Constituição da República, é tomada *lato sensu*, de forma a se considerar todo e qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, abrangendo, inclusive, atos normativos estaduais e municipais. Ainda, deve-se esclarecer que conquanto seja a suspensão um ato discricionário do Senado, não sendo ele vinculado à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo suspensa a execução do ato não é possível reverter a

---

<sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 550-557.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em 20.08.2013, p. 7.

<sup>198</sup> Art. 178, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição”. Consigne-se apenas haver, no Regimento Interno, nota referenciando o disposto ao atual dispositivo do art. 52, X, da Constituição.

decisão. No que atine aos efeitos da suspensão do ato normativo, por fim, cumpre consignar que, a despeito de respeitável posicionamento no sentido de que a decisão do Senado possuirá apenas efeitos prospectivos, *ex nunc*, a doutrina majoritária, bem como o Supremo Tribunal Federal e o próprio Senado Federal, por meio de parecer elaborado pelo então Senador Accioly Filho, entendeu que a suspensão do ato normativo possui eficácia *ex tunc*, atingindo o ato desde seu nascimento.

Ainda no que se refere às decisões tomadas nos diferentes modelos de controle de constitucionalidade, deve-se ter em mente que ao analisar a constitucionalidade de determinada norma em sede incidental, o Supremo Tribunal Federal não julga uma tese da qual resultaria uma teoria, está tratando de mera preliminar ao mérito da causa, cuja análise lhe foi atribuída diante da natureza devolutiva do recurso, razão pela qual não poderia deixar de apreciar a questão constitucional diante da ideia de inafastabilidade da jurisdição preceituada no art. 5º, XXXV e LV, da Constituição da República<sup>199</sup>. Neste sentido, afirma Lenio Streck:

*“Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”<sup>200</sup>.*

Percebe-se, assim, certa divergência doutrinária acerca da natureza da função atribuída ao Senado Federal pelo art. 52, X, da Constituição da República. Autores como Alfredo Buzaid e Celso Ribeiro de Bastos entendem que haveria uma vinculação do Senado à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que em tendo determinado ato normativo sido declarado inconstitucional, necessariamente o Senado deveria suspender sua execução. Há posições, como a

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. ***A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional***. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em 20.08.2013., p. 3.

<sup>200</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. ***Op. Cit.***, p. 6.

adotada por Lucio Bitencourt<sup>201</sup>, que entendem ser o Senado mero “órgão de publicidade” do Supremo Tribunal Federal, pelo que sua função, conforme o art. 52, X, da Carta Magna, seria meramente dar maior publicidade à decisão tomada pela Corte<sup>202</sup>. Há, ainda, autores como Aliomar Baleeiro, Victor Nunes Leal e Clèmerson Clève, que defendem haver autonomia do Senado acerca da suspensão ou não do ato declarado inconstitucional, tendo em vista a possibilidade de haver oscilação no entendimento do próprio Supremo acerca da matéria, sendo este o entendimento do próprio Senado Federal. Deve-se ter em mente, entretanto, que a despeito caber ao Senado Federal um juízo de oportunidade quanto ao momento em que suspenderá a eficácia da lei declarada inconstitucional, deverá fazê-lo nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>203</sup>. Diante disto, afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

*“Enquanto não suspensa pelo Senado, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como já tivemos oportunidade de ver, não constitui precedente obrigatório, já que, embora sujeitos à revisão por aquele Tribunal, podem os juízes e tribunais considerar de forma diferente da propugnada e até o próprio Supremo Tribunal Federal pode modificar o seu modo de decidir, considerando como constitucional aquilo que já havia decidido como inconstitucional. Todavia, depois da suspensão efetuada pelo Senado, perde a lei ou ato normativo sua eficácia; perde sua executoriedade, vale dizer, a sua revogação, e, a partir daí, não mais pode ser considerada em vigor”*<sup>204</sup>

Quanto ao entendimento exposto pela autora, deve-se ressaltar apenas que mesmo sem a suspensão do ato normativo pelo Senado Federal a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal constitui precedente que deve ser observado, posto dotada de efeitos vinculantes.

Há respeitáveis posicionamentos, entretanto, segundo os quais haveria certa equiparação das decisões proferidas em sede de controle difuso àquelas proferidas quando da realização do controle abstrato de constitucionalidade das normas. Afirma Gilmar Ferreira Mendes<sup>205</sup> que quando do julgamento do RE 191.898, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal teria

<sup>201</sup> Fazendo alusão a dispositivo de semelhante teor da Constituição de 1967.

<sup>202</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145-146.

<sup>203</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 201-205.

<sup>204</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Op. Cit.**, p. 204-205.

<sup>205</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1231.

demonstrado a intenção de se perfilar a tal corrente. Em referido recurso entendeu o Supremo Tribunal que, havendo decisão por parte do Plenário da Suprema Corte, mesmo em sede de controle incidental, tornar-se-ia desnecessário que os Tribunais submetam eventuais questões de inconstitucionalidade a seus próprios Plenários, podendo os órgãos fracionários aplicar, desde logo, o entendimento proferido pela Corte Máxima. Tal posicionamento foi posteriormente positivado quando da redação do parágrafo único do art. 481, do Código de Processo Civil<sup>206</sup>.

Outro possível argumento afirmando a aproximação entre os processos de controle incidental e abstrato de constitucionalidade diz respeito à participação do Ministério Público ou outras entidades interessadas como *amicus curiae*. Tal previsão encontra respaldo nos parágrafos do art. 482, do Código de Processo Civil<sup>207</sup>, inseridos a partir da publicação da Lei nº 9.868/99, fator que contribuiria com uma maior democratização no processo de controle incidental<sup>208</sup>.

Paulo Brossard, por sua vez, entende que a suspensão pelo Senado Federal do ato normativo julgado inconstitucional *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal tem como intento a generalização da decisão, que a princípio apenas produz efeito ao caso concreto no qual a constitucionalidade foi apreciada.

Gilmar Mendes, por sua vez, afirma que o Senado Federal entendeu que seu ato outorgaria eficácia genérica à decisão definitiva tomada pelo Supremo Tribunal Federal, dando a ela caráter normativo. Tal autor critica a permanência do instituto no atual ordenamento jurídico diante do crescimento dos processos abstratos de controle de constitucionalidade, nos quais é possível a suspensão liminar da execução do ato normativo impugnado. Desta feita, em sendo permitido à Corte Máxima suspender liminarmente o ato em sede de ação abstrata, não haveria

---

<sup>206</sup> Art. 481, parágrafo único, Código de Processo Civil: “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”.

<sup>207</sup> Art. 482, CPC: “Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. §1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. §2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. §3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

<sup>208</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1233-1234.

motivos para a declaração em sede de ação incidental produzir efeitos apenas entre as partes, de modo que a permanência do instituto ocorre mais por razões históricas. Questão relacionada diz respeito à cláusula de exclusividade de plenário, prevista no art. 97, da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades <sup>209</sup>, manifestou-se no sentido de que, em havendo pronunciamento pelo Plenário do Supremo Tribunal acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo, mesmo que tal pronunciamento se dê em sede de controle incidental de constitucionalidade, não se aplica o disposto no art. 97, da Carta Magna, sendo possível que as Turmas ou Câmaras decidam com base no pronunciamento do Pretório Excelso<sup>210</sup>.

Outro indicativo apontado por Gilmar Mendes de que o instituto previsto no art. 52, X, da Constituição está em desacordo com a realidade jurídico-social é a adoção das súmulas vinculantes. Conforme determina o art. 103-A, da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, será editada súmula vinculante em caso de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, sendo o entendimento sumulado vinculante não apenas aos órgãos do Judiciário, mas também à Administração Pública direta e indireta. Ora, em se entendendo que a súmula vinculante impõe a necessária observância do posicionamento do Supremo Tribunal, mesmo que advindo de decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, sem que haja necessidade de suspensão da eficácia do texto por parte do Senado Federal, demonstrar-se-ia o enfraquecimento do sentido originariamente atribuído a referido instituto<sup>211</sup>.

No mesmo sentido posicionam-se Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, que criticam o fato de não haver grande diferença quanto às

---

<sup>209</sup> Por todos, v. o agravo regimental no agravo de instrumento nº 168.149, de relatoria do Min. Marco Aurélio: “*INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo*” (STF – AI 168149 AgR/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – 2ª Turma – Julgamento: 26/06/1995 – DJ 04/08/1995).

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1241-1247.

<sup>211</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Op. Cit.**, p. 1251-1252.

decisões proferidas em sede de controle concentrado e difuso pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o fato de requererem o mesmo quórum, e o serem feitas pela mesma Corte. Assim, não haveria lógica na possibilidade de as instâncias inferiores poderem continuar aplicando livremente a norma tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, fazendo com que seja interposto recurso de referida decisão (do juízo *a quo*), para que o STF manifeste-se novamente sobre a mesma matéria, causando um inchaço na quantidade de processos encaminhados à Corte Suprema, o que pode resultar em um *déficit* na efetiva prestação jurisdicional. Os autores citam como exemplo a previsão do art. 132, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o prazo para sustentação oral, em caso de litisconsortes representados por advogados diferentes será de 30 minutos, divididos igualmente entre todos os causídicos, de modo que em se tratando de dois, ou mesmo três advogados, a despeito de haver certo prejuízo à defesa das teses propugnadas, tem-se ainda assim seria possível defendê-las com certa parcimônia, ocorre, entretanto, que em fevereiro de 2007 o STF julgou no mesmo dia, em conjunto, 4.845 recursos extraordinários, sendo aplicada a tal situação a previsão do art. 132, §2º, do RISTF, fato que gera incontestável impossibilidade de sustentação por parte dos advogados, ocasionando clara violação à ampla defesa e ao contraditório. Tendo em vista tal problemática, propõem os autores duas possíveis soluções, ou o Tribunal admitiria a diferença entre as modalidades de controle de constitucionalidade, eventualmente externalizando seu desconforto em relação à morosidade e indefinição de seu papel no sistema, formulando um apelo ao legislador para que adote medidas cabíveis; ou o STF tomaria a iniciativa de decidir contrariamente a dispositivos constitucionais, criando regras de competência e redefinindo os efeitos de suas decisões e criando um mecanismo próximo ao sistema de precedentes vinculantes, por meio do exercício de um poder autocríativo atípico<sup>212</sup>.

Os autores tomam como “autocriação” o fenômeno pelo qual, diante da inexistência de normas referentes ao processo legal do controle concentrado de

---

<sup>212</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. ***Efeito Transcendente e Concentração do Controle Difuso na Jurisprudência (autocríativa) do Supremo Tribunal Federal***. In: NOVELINO, Marcelo (org.). ***Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade***. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 298-300.

constitucionalidade, o próprio Supremo Tribunal Federal elaborou e aplicou normas e padrões que, a seu ver, corresponderiam às exigências do processo objetivo, sendo que tais determinações, com o decurso temporal, acabariam por formar um costume ao qual o próprio Tribunal reconhece como juridicamente vinculante. Tal seria a ideia de “autocriação típica”, que visa à concretizar o exercício de certas competências. A “autocriação atípica”, por sua vez, consiste no afastamento de determinados dispositivos entendidos pelo Tribunal como inoportunos, procedendo-se, pois, a uma modificação no sistema conforme considerações de oportunidades que lhe são alheias<sup>213</sup>, tal seria o caso do art. 52, X, da Constituição da República.

Dirley da Cunha Junior também adota posicionamento similar, no sentido de que, tendo em vista a semelhança entre as decisões tomadas em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, não haveria motivo para uma produzir eficácia *erga omnes*, mesmo quando liminarmente concedida, enquanto a outra produziria meros efeitos *inter partes*, necessitando de suspensão do ato normativo pelo Senado Federal, nos moldes do art. 52, X, da Constituição da República, para que produzisse efeitos perante todos. Afirma o autor que tal necessidade não se justifica, dentre outros motivos, pelo fato de que no controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal, levando-se em conta o mesmo ser realizado em sede recursal, a questão já teria sido objeto de argumentação perante as esferas inferiores de jurisdição, possibilitando maior amadurecimento sobre o tema<sup>214</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento perfilado por Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual “*Alega-se que o papel do Senado Federal, em face do art. 52, X, da CF, não é mais o de suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, mas o de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle difuso*”<sup>215</sup>.

Parte dos autores que entendem que a função do Senado Federal seria a de meramente dar publicidade à decisão do Supremo atribuem essa possível

---

<sup>213</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Efeito Transcendente e Concentração do Controle Difuso na Jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 297-298.

<sup>214</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. *O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 403-444.

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 462.



“interpretação” do art. 52, X, da Constituição, à noção de mutação constitucional. Conquanto se tenha em mente a respeitabilidade dos defensores de tal ideia, não se entende possível aderir a esta corrente teórica.

A ideia de mutação constitucional foi inicialmente desenvolvida por Laband, para diferir tal fenômeno da reforma constitucional. No ordenamento jurídico brasileiro o instituto foi primeiramente estudado por Anna Cândida da Cunha Ferraz, que o tomou como a alteração informal da Constituição que atingiria seu significado, sentido ou alcance. A mutação constitucional está ligada, pois, à ideia de que a Constituição, por ser ela própria conformada pela realidade social, deve acompanhar as alterações sofridas por esta realidade, não podendo pretender permanecer alheia às evoluções sociais<sup>216</sup>. Desta forma, partindo da distinção entre texto e norma elaborada por Müller, em que esta seria o resultado da compreensão daquele pelo intérprete, pode-se afirmar que caso haja alteração dos valores de uma sociedade a compreensão das normas que lhe rege também quedará alterada, mesmo que o texto permaneça incólume, sendo este o fenômeno denominado de mutação constitucional<sup>217</sup>.

Acerca da natureza da mutação constitucional, muitos autores defendem a ideia de que haveria uma separação entre a realidade normativa e a realidade fática, tal posicionamento, porém, ocasiona problemas quanto à adoção do ideal de supremacia da Constituição, eis que esta poderia ser livremente alterada pela situação político-social vigente na sociedade. Quando, porém, Konrad Hesse adota a ideia de que a própria norma, ao regular determinada situação, contém em seu âmago a realidade fática à qual está submetida (e concomitantemente submete), torna-se possível impor certos limites à mutação constitucional, os quais, para Cibele Knoerr, residiriam no fato de a mutação constitucional ser admissível desde que não viole a literalidade constitucional ou entre em contradição direta com o sentido e a finalidade do texto normativo<sup>218</sup>. Há, ainda, autores que entendem não haver espaço independente para a mutação constitucional, estando ela inserida no âmbito da

---

<sup>216</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 68-70.

<sup>217</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Op. Cit.**, p. 11-13.

<sup>218</sup> Deve-se destacar, entretanto, que não se abandona a necessária carga hermenêutica do intérprete quando da análise textual, de modo que a referência aqui feita a uma suposta literalidade da norma deve ser tomada como uma vedação à livre atribuição de sentidos, que evidentemente se oporiam àquele do texto.

hermenêutica, eis que se trataria de mera interpretação do texto normativo constitucional, tal é o posicionamento de Peter Häberle. Tal autor entende ser mais adequado adotar a ideia de “desenvolvimento constitucional”. Deve-se observar, porém, que tais estudos foram desenvolvidos na Alemanha entre guerras, período no qual a noção de força normativa da Constituição não possuía grande difusão. Desta feita, necessário ter em mente que há algumas mutações constitucionais que acabam por conferir sentido inconstitucional à norma, no fenômeno denominado “mutação constitucional inconstitucional”<sup>219</sup>.

Em se tomando a mutação constitucional como um fenômeno interno à própria norma, devem-se reconhecer alguns limites a ela, para que não se torne um meio de fraude à Constituição. Neste sentido, a primeira limitação seria o próprio texto da norma, eis que, conforme Müller, a literalidade do texto demarcaria os limites extremos da variação de sentido pelo qual a norma pode passar. Um segundo limite à mutação seria a obediência às cláusulas pétreas, sendo necessário ressaltar, contudo, serem estas mesmas passíveis de alteração por meio de mutação, desde que se respeite seu núcleo essencial, conforme entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 833-1/DF, em voto proferido pelo Min. Paulo Brossard<sup>220</sup>, o qual diante da importância dos argumentos, merece transcrição:

*“Falou-se muito em cláusulas pétreas. A História mostra que não deixa de ser pretensão muito humana, mas pretensão muitas vezes vã a de prescrever que determinados temas passam a ser intocáveis, determinados preceitos sejam irremovíveis e, à semelhança da lei natural, sobrevivam às gerações. A experiência histórica tem revelado ter sido inócua a pretensão humana de tornar intocáveis determinados princípios, por mais respeitáveis que sejam.*

*Falando no Senado, certa ocasião, RUI BARBOSA aflorou o tema dizendo: ‘Opiniões há muito respeitáveis para as quais o Poder Constituinte não pode limitar a sua liberdade futura como a disposição que a nossa Constituição estabeleceu’. E, discutindo cláusula constitucional da Lei Maior do Estado do Amazonas, segundo a qual, durante certo número de anos, a Constituição não seria reformável, assim se exprimiu o juriconsulto: ‘O certo é que, no Brasil, desde o começo desse regime, em face do exemplo dado pela Constituição Nacional, se entendeu sempre que o Poder Constituinte podia estabelecer certas garantias ao seu arbítrio, e não é só entre nós. Se tempo me sobrasse, e eu aqui dispusesse de meios e documentos, poderia mostrar, em relação à constituição de Estados de outros países, que se tem usado igualmente dessa cautela para evitar a*

<sup>219</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 68-114.

<sup>220</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Op. Cit.**, p. 117-123.

*versatilidade funesta de reformas constitucionais.’ Por isto, acrescentava, ‘ainda admitindo que, metafisicamente considerado em abstrato, o princípio da autoridade do Poder Constituinte seja em absoluto ilimitável, era admissível que a política, a qual é a arte prática de conciliar as exigências lógicas com as necessidades dos governos dos homens, transigisse em relação a esse princípio, procurando limitá-lo para evitar os sucessivos inconvenientes que, desta soberania exercida sem limites, podem originar-se e se tem originado aqui e em outros países. Nas repúblicas americanas e nos Estados brasileiros muda-se de Constituição como se muda de chinelos. O princípio do estabelecimento de um prazo de estabilidade para as Constituições, ainda quando em teoria abstrata, ainda quando na doutrina geral do Direito, não seja rigorosamente sustentável, é um princípio honesto, judicioso, útil e acautelador. Porque muito mais se lucra com uma Constituição que seja obrigada a durar algum tempo do que com uma Constituição que se pode mudar todos os dias, ‘Comentários à Constituição, 1934, v. VI, p. 489 a 491.*

*Creio que, nestas reflexões, está colocado o problema em sua real objetividade. BURDEAU, chega mesmo a dizer que esses preceitos têm um sentido apenas político e não jurídico. Não chego a tanto, Senhor Presidente, mas creio que nesta matéria é preciso haver um pouco de modéstia para não pretender transformar um legislador, o constituinte do ano tal, como dotado de poderes mais ou menos sobre-humanos, porque capaz de imobilizar o poder da sociedade, o poder da Nação, que, no curso dos anos e na sucessão das gerações, pode ter concepções e interesses profundamente distintos daqueles que eram dominantes quando a lei tal ou qual tivesse sido elaborada. Afinal de contas, são leis humanas e se trata de instituições humanas.*

*E a despeito da invocação de Deus, que vem aparecendo no preâmbulo das nossas Constituições desde 1934, creio que Deus não foi consultado nenhuma vez para o seu nome ser utilizado nelas, e nem sempre tem dado a assistência que dele se poderia esperar, se os cuidados divinos chegassem até os humanos textos constitucionais.*

*De modo, Senhor Presidente, que não desprezo o que se dispõe na Constituição, no art. 60, §4º, mas também não o recebo como artigo de fé, como dogma. Vejo como medida de caráter político, de utilidade social, de conveniência nacional, mas cuja durabilidade e cuja resistência – agora se diz ‘pétreo’ – é relativa. Tem sua utilidade, concorre para que a Constituição tenha certa estabilidade e que a sua alteração seja mais meditada, e melhor estudada, mas acho que não se pode, por mais sábia que tenha sido esta ou aquela assembleia constituinte, não se pode, em termos absolutos, reconhecer-lhe o poder de dizer que, para sempre, tais ou quais assuntos sejam intocáveis, até porque as condições do mundo mudam, e mudam profundamente.*

*Com a vênua devida, curvo-me diante das preocupações do legislador constituinte, mas confesso que guardo, do fundo do meu pensamento, um laivo de cepticismo quanto a sua real eficácia, ao efetivo caráter vinculativo que tenham ou possam ter esses preceitos.*

*Por outro lado, gostaria de observar que com sabedoria o constituinte usou de um verbo que vem sendo empregado desde 1891: ‘Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir...’.*

*‘Abolir’, quer dizer: extinguir, apagar, desfazer, suprimir, eliminar. A Constituição de 91, no art. 90, §4º, dispunha: ‘Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.’. Entre as cláusulas limitativas do poder de emenda, a Constituição arrola a forma federativa de Estado.*

*Note-se, desde logo, que não existe um paradigma universal de federação. Existem experiências federativas na América, na Europa, na Ásia, na África, na Oceania, e não são iguais; elas são semelhantes, por isso são formas federativas, mas não são iguais.*

O Brasil é vizinho da Argentina, e o Canadá é vizinho dos Estados Unidos. Os quatro países adotam a forma federativa de Estado, que, no entanto, não são iguais, a despeito da proximidade geográfica, a despeito da vizinhança.

A propósito, quando se discutia a Constituição de 34, JOÃO MANGABEIRA teve ocasião de dizer – para alguns que viam o abandono da forma federativa porque não repetia o modelo consagrado em 91 – uma frase que nunca mais dela esqueci. Disse ele: ‘A federação não é o metro de irídio conservado em Paris, como padrão da décima milionésima parte do quarto do meridiano terrestre. A federação é uma forma de Estado; um sistema de composição de forças, interesses e objetivos, variável no tempo e no espaço, e inerente e peculiar a cada povo. Plasma-se, por isso mesmo, de acordo com as necessidades e os sentimentos de cada Nação. O regime federativo dos Estados Unidos não é o do Canadá; nem este o da Austrália. O do Brasil não é nenhum desses, nem o Argentino ou o Mexicano. O da Alemanha não é o da Áustria, nem o da Suíça ou o da Rússia.’ Em torno da Constituição, 1934, p. 21.

De modo que mesmo essa cláusula pétrea, que veda abolir a forma federativa do Estado, abolir não quer dizer que ela não suporte mil e uma mutações, mil e uma variações ditadas, obviamente, pela experiência nacional, pelas necessidades nacionais ou pelas transformações nacionais que venham impor novas experiências.

(...)

A separação de Poderes é outra regra indicada pela Constituição com[o] irrevogável.

O que JOÃO MANGABEIRA disse a respeito da federação pode-se aplicar, mutatis mutandis, à separação de poderes.

Não há um padrão universal de separação de Poderes.

A nossa Constituição, aliás, usa a locução ‘separação de Poderes’, melhor do que a de 46, que falava em ‘independência e harmonia dos Poderes’, tanto ao mencionar os Poderes da União, que dizia serem independentes e harmônicos, como ao estabelecer, como princípio constitucional, que os Estados estavam obrigados a observar, a independência e a harmonia dos Poderes; até porque, a rigor, a independência briga com a harmonia, e a harmonia não se compadece com a independência. Separação é o que está mais correto, e o fenômeno é muito mais de colaboração, co-participação dos Poderes do Estado, do que de independência dos Poderes. Mas essas são expressões que, uma vez adotadas, são eufônicas, casam bem e entram na linguagem popular. Ninguém vai, nesta altura do século, insistir em demonstrar que independência e harmonia não convivem na mesma casa. A Constituição fala em separação dos Poderes, mas há mil e uma modalidades de separação dos Poderes. Quer dizer, não existe um padrão universal. Aliás a Constituição falar em ‘... tendente a abolir ... a separação dos Poderes’. É outra coisa. A fusão dos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário em um só Poder seria sinônimo de tirania, caso em que não se poderia falar em separação dos Poderes ou em independência dos Poderes.

De modo que, Senhor Presidente, a cláusula consagrada tradicionalmente no nosso Direito e, ainda hoje, constante do §4º do art. 60, deve ser entendida segundo a experiência humana, a experiência nacional e a experiência universal; ela não estabelece nenhum preceito de direito divino, ela não está nos Dez Mandamentos. Ao que me parece, o fato de se dizer que não será admitida emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais não significa que a declaração dos direitos e o elenco de garantias não sejam suscetíveis de emendas, desde que não venham a ser abolidas as garantias e os direitos.

As nossas Constituições estabeleciam o sigilo de correspondência. A de 67 ampliou esta garantia às ligações telefônicas, e desde então esta ampliação foi mantida. Mas a atual Constituição de 88 já abriu exceção à escuta solicitada pela autoridade policial, e autorizada pelo juiz, nas

*hipóteses e na forma da lei, desde que para instrução criminal e processo criminal. A Constituição assimilou, incorporou, por quê? Porque o legislador não poderia ser um vidente, e essas coisas não aconteciam e hoje acontecem, até com certa frequência e eficiência. Senhor Presidente, isso mostra que esses preceitos são importantes, mas não têm caráter de direito divino”*<sup>221</sup>

Quanto à mutação constitucional, Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi defendem a ideia de que ela apresenta dois elementos básicos. O primeiro diria respeito a uma dimensão temporal, eis que a modificação na atribuição de sentido ocorreria em um dado momento histórico pelo qual está passando o ordenamento jurídico. O segundo elemento seria de cunho social e diria respeito à atribuição de relevância interpretativa àqueles elementos exteriores aos enunciados em si, tendo em vista que o fenômeno da mutação constitucional ocorreria sem modificação do texto normativo, razão pela qual a mudança por ela realizada necessariamente haveria de estar relacionada à alteração de fatores sociais<sup>222</sup>.

A Constituição, assim, não pode ser tida como fixa no tempo, no sentido de que seria originada pela Assembleia Constituinte e, após isso, permaneceria inalterada a despeito das mudanças no cenário político-social que a envolvem. Desta maneira, torna-se imprescindível entender que o processo de elaboração de uma Constituição não tem início e fim na Constituinte, esta meramente inicia os trabalhos para sua elaboração. A Constituição, porém, é possível ousar dizer, nunca estará completa, estando em um constante processo evolutivo, observando a própria natureza evolutiva da humanidade. Assim sendo, pode-se dizer que os objetivos da Assembleia Constituinte são transferidos para as disputas envolvendo questões constitucionais<sup>223</sup>, razão pela qual Clèmerson Merlin Clève, citando Miguel Reale, afirma que *“a dogmática jurídica deve, em suma, ser compreendida como o momento culminante da jurisprudência, ou seja, da ciência do Direito na plenitude da existência, como horizonte de sua objetividade, e o horizonte não se põe jamais*

<sup>221</sup> STF – ADI 833/DF – Rel. Min. MOREIRA ALVES – Tribunal Pleno – Julgamento 14/04/1993 – DJ 16/09/1994.

<sup>222</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. ***Efeito Transcendente e Concentração do Controle Difuso na Jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal.*** NOVELINO, Marcelo (org.). ***Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade.*** 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 306.

<sup>223</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. ***A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.*** 2ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23.

*como limite definitivo, mas é linha móvel a projetar-se sempre à frente do observador em marcha*"<sup>224</sup>.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni ressalta a importância da lição propugnada pelo *Judge Wheeler*, para quem:

*"A corte que melhor serve ao direito é aquela que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem se mostrar, após longo tempo, 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"*<sup>225</sup>.

Conquanto a ideia de mutação constitucional seja imperiosa à natural evolução social, que deve ser acompanhada pelo direito, sua própria essência diz respeito ao fato de que não se faz uma alteração textual no preceito que dá origem à norma, mas sim uma variação interpretativa, razão pela qual, tal como propugnado por Cibele Knoerr, a noção de mutação constitucional encontraria limites no próprio texto constitucional. Em sendo assim, caso houvesse um comando constitucional que determinasse *"O prédio do Senado Federal será pintado inteira e exclusivamente de azul"* diante de uma hipotética identificação social com tal coloração, não se mostra possível que, por meio uma alteração da situação fática em que se observasse que a preferência social passara da cor azul à amarela, o Judiciário desse uma interpretação de que a Constituição com "azul" quisesse preceituar "amarelo".

O mesmo raciocínio se aplica à ideia da suspensão do ato cuja inconstitucionalidade fora declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Preceitua a Constituição, em seu art. 52, X, que *"Compete privativamente ao Senado Federal (...) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal"*. Ora, por mais elaborada

<sup>224</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 61-62.

<sup>225</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 301-302.

argumentação linguística que se faça, não se mostra possível tomar por equivalentes as expressões “suspender<sup>226</sup> a execução” com “dar publicidade”<sup>227</sup>.

Deve-se ter em mente assim, ser necessário que haja esta limitação ao poder conferido ao Judiciário, sob risco de permitir que se imiscua na área de atuação do Poder Legislativo, em especial deste enquanto titular do poder constituinte derivado, mantendo-se, assim, incólume ao menos um núcleo essencial da ideia de separação de poderes.

Fredie Didier Jr. aponta haver um processo de “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade<sup>228</sup>, fenômeno este perceptível por alguns fatores, dentre os quais destaca o posicionamento recentemente esposto pelo Supremo

<sup>226</sup> Conforme o dicionário online Michaelis de português, o verbete “Suspender” possui a seguinte significação: “sus.pen.der. (*lat suspendere*) **vtd 1** Deixar pendente; pendurar; pender de cima; suster no ar: **Suspender um lampião.** **vtd 2** Manter em posição alta; erguer: **Suspendeu-a nos braços.** **vtd 3 Náut** Lçar, para o navio poder marchar: **Suspender a âncora.** **vpr 4** Ficar suspenso; pendurar-se ou equilibrar-se no ar: “Judas suspendeu-se de uma figueira” (Când. de Figueiredo). **vpr 5** Estar em lugar muito alto; estar situado numa encosta: **Linda moradia se suspende do outeiro.** **vtd 6** Impedir de executar ou de fazer: **Estranho sentimento o reteve, suspendeu-lhe a decisão.** **vtd 7** Interromper temporariamente: **Suspender a sessão, suspender os trabalhos.** **vtd 8** Fazer cessar, impedir: **Suspender a propaganda. Suspender uma colaboração, suspender uma publicação.** **vtd 9** Fazer parar, interromper a ação de; por cobro a; conter, reter: **Suspender a carreira, suspender o curso das águas.** **vpr 10** Interromper: **Suspender-se a competição, o torneio.** **vpr 11** Quedar-se: **Recuou, suspendeu-se, mas prosseguiu.** **vtd 12** Adiar ou impedir, momentânea ou definitivamente: **Suspender o despacho. Suspender a partida, a viagem. Suspender a execução do sentenciado.** **vtd 13** Privar momentaneamente do exercício das funções, do cargo ou dos vencimentos respectivos: **Suspender um funcionário.** **vpr 14** Ficar perplexo: **Suspender-se de espanto.** **vpr 15** Enlevar-se: **Suspendeu-se a jovem mãe ante a primeira palavra do filhinho. Suspender as armas:** dar tréguas, interromper por algum tempo a luta ou a peleja. **Suspender os pagamentos:** deixar de pagar aos credores. **Suspender-se dos lábios de alguém:** escutá-lo com atenção ávida” (grifos no original). Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=suspender>. Acesso em: 04/10/2013.

<sup>227</sup> Publicidade, por sua vez, também em conceituação atribuída pelo dicionário online Michaelis de português: “pu.bli.ci.da.de. **sf (público+i+dade) 1** Estado ou qualidade do que é público. **2** Divulgação de fatos ou informações a respeito de pessoas, ideias, serviços, produtos ou instituições, utilizando-se os veículos normais de comunicação. **3 Com** Toda forma de divulgação de mensagens, por meio de anúncios, com o fim de influenciar o público como consumidor. **4** Atividade de publicitário. **P. estática, Propag:** formas de publicidade que apresentam uma imagem estática: cartazes, faixas, **outdoors**” (grifos no original). Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=publicidade>. Acesso em 04/10/2013.

<sup>228</sup> Entendendo em sentido oposto, Leonardo Martins afirma que inobstante a posição majoritária da doutrina que defenda uma “objetivização” do controle de constitucionalidade brasileiro, não apenas não se nota tal processo, mas sim de há uma “subjetivização” do controle abstrato de normas, tendo em vista, dentre outras causas, a necessidade de pertinência temática para conferir legitimidade aos órgãos representativos de classe, por exemplo, por meio do que se infere que, ao invés de se defender suposta invalidade da norma, defender-se-ia eventual interesse da entidade associativa. (MARTINS, Leonardo. *A Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil: Breves considerações de constitutione ferenda*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 127-146.

Tribunal Federal<sup>229</sup>, no qual se admitiu a objetivização do recurso extraordinário, ainda o Recurso Extraordinário 298.694/SP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, em que se admitiu a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso do enfrentado pelo tribunal *a quo*<sup>230</sup>.

Percebe-se, porém, que há uma distinção básica existente entre o controle de constitucionalidade exercido em sede abstrata daquele realizado na modalidade concreta, que diria respeito ao fato de haver no primeiro uma análise do ato normativo impugnado em relação à totalidade dos casos que eventualmente se possa regular, enquanto que, quando o magistrado realiza o controle de constitucionalidade em sede concreta, faz um estudo da constitucionalidade de um ato normativo tomando como base as específicas circunstâncias do caso concreto que lhe fora apresentado.

Sobre o tema, importante a lição de Klaus Günther, que principia sua teorização discorrendo acerca da necessária diferenciação entre o âmbito de validade da norma e o de sua aplicação adequada. Para tanto, afirma que primeiramente, por meio de um discurso de justificação, far-se-ia uma análise atinente à validade da norma, que seria aplicável, *a priori*, à generalidade dos casos. Após, por meio de um discurso de aplicação, analisam-se o conjunto de normas válidas para encontrar aquela que seja adequada ao caso concreto em questão<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> “Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal. Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas. (...) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional. Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o plenário desta Casa, a par de alterar a antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*”. (AgRg no AI 375011/RS – Rel. Min. ELLEN GRACIE – 2ª Turma – DJ 28.10.2004).

<sup>230</sup> DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 452-458.

<sup>231</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. **A Contribuição e os Limites da Teoria de Klaus Günther: a Distinção entre Discursos de Justificação e Discursos de Aplicação como Fundamento para a**



Pode-se dizer, assim, que enquanto no controle abstrato de normas haveria apenas um discurso de justificação, em que se analisa a própria validade da norma, o controle concreto não analisa apenas a validade do ato normativo impugnado, fazendo um estudo, também, da possibilidade de sua aplicação àquele específico caso que está sendo julgado.

Assim sendo, sobre a modalidade concreta do controle de constitucionalidade, pode-se mencionar a proposição feita por Flavio Quinaud Pedron: *“Logo, em um discurso de aplicação, o operador do direito deve pressupor que as normas legisladas são válidas – haja vista elas terem sido positivadas a partir de um discurso de justificação, procedimento este capaz de garantir, à primeira vista, sua validade. A discussão, portanto, estaria restrita à busca pela norma adequada ao caso concreto”*<sup>232</sup>.

Posto isso, tal como leciona José Afonso da Silva, a decisão tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade suprimiria a eficácia e a aplicabilidade da lei declarada inconstitucional, diversamente da decisão tomada em controle incidental, na qual a lei permaneceria existente, válida e eficaz até que o Senado Federal suspendesse sua executoriedade<sup>233</sup>. No mesmo sentido é a lição proposta por Luiz Guilherme Marinoni, para quem *“A declaração de inconstitucionalidade, proferida em recurso extraordinário, embora possa ter eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente”*<sup>234</sup>.

---

**Reconstrução de uma Função Jurisdicional.** In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 48, 2008, p. 187-192.

<sup>232</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>233</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-54.

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434. No mesmo sentido posiciona-se o autor em obra escrita em coautoria com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero: *“Registre-se que a eficácia vinculante, derivada das decisões em controle incidental funda-se unicamente na força peculiar dessas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Assim, a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com comunicação ao Senado, certamente ilógica e desnecessária para tal fim. A comunicação é feita apenas para permitir ao Senado, em concordando com o STF, suspender a execução do ato normativo. A não concordância daquele em nada interfere sobre a eficácia vinculante da decisão deste. Trata-se de planos distintos. Depois do controle incidental e da produção de efeito vinculante, a lei declarada inconstitucional pode continuar a existir, ainda que em estado latente. Lembre-se de que, nos Estados Unidos, existem casos em que a Suprema Corte ‘ressuscita’ a lei que estava apenas on the books, ou que, mais precisamente, era vista como dead law, exatamente por já ter sido declarada inconstitucional. (...) Isto não quer dizer, como é óbvio, que uma vez afirmada, em precedente, a inconstitucionalidade da norma, jamais será possível questionar a constitucionalidade da mesma norma. Tem-se aqui, uma decorrência da circunstância hermenêutica de que nenhuma norma é capaz de esclarecer por si*

Adotado posicionamento similar, leciona Lenio Streck que é necessário ter em mente que, diante da previsão do art. 97, da Constituição da República, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo é reservada a órgãos colegiados (mais especificamente, ao Plenário dos Tribunais), razão pela qual não se mostra possível outro entendimento que não o de que os juízes singulares, ao exercerem o controle difuso, não declaram a inconstitucionalidade do ato, apenas deixam de aplicá-lo (por ser inconstitucional). Não haveria como se reconhecer a possibilidade de o juiz singular de primeira instância poder declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, mas o juiz de segunda instância, via de regra magistrado com maior tempo de carreira e, pois, maior experiência, não o poder fazer, devendo submeter a questão ao Plenário do Tribunal. Assim sendo, tem-se que a não aplicação do ato normativo pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade seria um “meio” para levar a questão aos Tribunais e, aí sim, declarar o ato inconstitucional, com todos os efeitos disso decorrentes<sup>235</sup>.

Teori Albino Zavascki afirma que, diante da inexistência em nosso ordenamento jurídico de instituto similar ao *stare decisis*, comum em ordenamentos que adotam o modelo *common law*, passou-se a buscar meios pelos quais se poderia ampliar a eficácia das decisões tomadas em sede de controle incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista preservar a segurança jurídica e a isonomia, evitando, também, a repetição desnecessária de julgamentos envolvendo a mesma questão. Dentre tais meios, denominados por Teori Zavascki como “eficácias reflexas” da decisão, aponta o autor para a suspensão, pelo Senado, da norma declarada inconstitucional; a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo em matéria constitucional; e o destaque à força de

---

*mesma todas as possibilidades de sua aplicação (‘a hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a ideia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação’ – HABERMAS, Jürgen, Direito e democracia, p. 247). Daí derivam duas consequências. A primeira é a de que todo juízo interpretativo de uma norma se dá à luz de uma situação concreta – a literatura jurídica costuma enfatizar este ponto com a afirmação de que todo ato de interpretação é também um ato de aplicação da norma. Outra é que nenhum juízo interpretativo pode ser estendido, sem maiores considerações, para além das circunstâncias concretas por ele consideradas. Em razão disso, todo julgamento que declara a constitucionalidade de uma lei cobre apenas as hipóteses de aplicação da lei levantadas nesse julgamento. Sempre haverá, por conseguinte, a possibilidade do surgimento de uma nova hipótese de aplicação da norma, e, nesse caso, será preciso um novo julgamento acerca da sua constitucionalidade”.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 850-852.

<sup>235</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 526-527.

precedente das decisões do STF. No que atine à suspensão do ato pelo Senado Federal, entende o autor que tal instituto atribui eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso, cujos efeitos são, a princípio, *inter partes*, criando algo que como um meio termo entre o sistema norte-americano e o sistema europeu. Deve-se ressaltar, ainda, que segundo o autor a suspensão do ato normativo é diversa do instituto da revogação, enquanto esta produz efeitos *ex nunc*, tomando como aprioristicamente válidos os atos praticados no intervalo temporal de vigência do ato, a suspensão oblitera o ato normativo declarado inconstitucional, admitindo-se nunca ter ele incidido, não sendo apto, pois, a regulamentar situações praticadas durante sua vigência<sup>236</sup>.

Corroborando tal posição, Jorge Munhós de Souza expõe que, com a Carta de Direitos Humanos de 1998 surge na Inglaterra modalidade inédita (àquele ordenamento jurídico) de controle de constitucionalidade, denominada, tal qual proposição de Mark Tushnet, de “mandato interpretativo e argumentativo”, que impunha aos Tribunais ingleses a interpretação dos atos legais em conformidade com os direitos fundamentais, atribuindo-lhes o poder de proferir uma declaração de incompatibilidade. O que se destaca em tal modelo é o fato de a legislação permanecer completamente vigente e perfeitamente aplicável a um caso posterior, somente sendo expurgada do ordenamento jurídico quando o Parlamento decidisse por alterá-la, eliminando a incompatibilidade<sup>237</sup>.

Assim sendo, ousa-se afirmar que, quando da atuação do Judiciário no controle difuso de constitucionalidade das leis, não há efetiva declaração de inconstitucionalidade, há mera não aplicação da lei tida por inconstitucional ao caso concreto<sup>238</sup>, mesmo quando tal decisão é tomada pelo Órgão Especial (ou Plenário) de um Tribunal.

Em função desta “não aplicação” da lei tida por inconstitucional ao caso concreto, por meio da adoção de uma teoria de atribuição de efeitos vinculantes às

---

<sup>236</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-33.

<sup>237</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. *Teoria do Diálogo: o Controle Judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25.

<sup>238</sup> PELICIONI, Angela Cristina. *A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 35-47, abr./jun. 2007, 04/2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140965/R174-28b.pdf?sequence=1>. Acesso em 18/09/2013.

decisões que faça com que os motivos pelos quais se chegou a certa conclusão jurídica transcendam ao caso no qual foi proferida, far-se-ia com que se decidisse de maneira idêntica aqueles casos que apresentassem circunstâncias fáticas similares. Todavia, em o julgador notando aspectos que diferenciem o caso que está sendo apreciado daquele cuja decisão declarou *in concreto* a inconstitucionalidade de um ato normativo e que seria tida como precedente, deixa de aplicá-lo ao caso concreto, podendo decidir de maneira diversa e entender por constitucional o dispositivo que, dadas outras circunstâncias fáticas, foi entendido como inconstitucional.

Por sua vez, em sendo declarada a inconstitucionalidade abstrata de certo preceito normativo, torna-se ele inaplicável à totalidade dos casos que eventualmente serão submetidos ao juízo do Judiciário, posto a declaração de inconstitucionalidade feita em ação direta fazer com que o dispositivo seja extirpado da ordem jurídica. Em tal situação poder-se-ia falar, portanto, em efetivo efeito *erga omnes*, por meio do qual a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Constitucional, em sede de controle abstrato, atingiria a totalidade dos indivíduos submetidos a sua jurisdição.

Diante disso, pela própria natureza da decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade, não se faz possível atribuir-lhe, *a priori*, eficácia *erga omnes*, necessitando, para tal fim, que o Supremo Tribunal remeta a questão ao Senado Federal para que, nos moldes do art. 52, X, da Constituição da República, sua execução seja suspensa e, então, produza efeitos para além do processo no qual sua inconstitucionalidade foi declarada.

## 5 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho buscou-se apontar a necessidade de se desenvolver uma teoria de observância aos precedentes no direito brasileiro, tal como se propõe com a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Observou-se que, diante do modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade também vigente no ordenamento pátrio, por meio do qual não se expurga uma norma declarada inconstitucional do mundo jurídico, mas meramente, reconhecendo sua inconstitucionalidade, deixa-se de aplicá-la específica e exclusivamente ao caso em que houve tal declaração, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões mostra-se imperiosa. Tal atribuição é devida ao fato de que, enquanto às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade é conferida eficácia *erga omnes*, decorrente do fato de expulsarem o ato normativo inconstitucional do ordenamento, o mesmo não ocorre em relação às decisões proferidas quando do exercício do controle difuso-incidental, que apenas são dotadas de eficácia *inter partes*. Diante disso, atribuir efeitos vinculantes a estas decisões mostra-se como meio adequado para se garantir a defesa de uma ordem jurídica mais isonômica e segura, evitando a ambivalência de direitos em que àqueles jurisdicionados dotados de meios para levar sua questão às Cortes Superiores seja aplicado “um direito”, enquanto que àqueles destituídos de tais meios, seja aplicado “outro direito”.

Deve-se ter em mente, entretanto, que conquanto a atribuição de efeitos vinculantes às decisões seja importante, tal fato não pode ocasionar uma estagnação na evolução do direito, eis que tal como propugna Clèmerson Merlin Clève, “a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”<sup>239</sup>, não sendo possível que se tenha pretensões, portanto, de criar uma teoria perfeita. Para isto, não se pode olvidar a solução dada pelos ordenamentos que seguem o sistema de *common law*, em que, por meio de institutos como o *overruling*, permite-se a superação de um raciocínio tido como precedente e que se mostra em descompasso com a realidade social na qual era aplicado. Tal questão mostra-se de suma importância pois, conforme exposto, a sociedade tanto modula como é modulada pelo direito, razão pela qual, em estando ela em um constante processo evolutivo, é

---

<sup>239</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255.

função do direito acompanhá-la, a fim de evitar a perpetuação de uma linha de pensamento que já foi ultrapassada pela sociedade e que, caso mantida, possa ocasionar em um retrocesso social.

Observou-se, também, que contrariamente ao que é defendido por alguns autores, no sentido de que a adoção de uma teoria tal qual a da transcendência dos motivos determinantes ocasionaria um supercrescimento dos poderes atribuídos ao Judiciário, que eventualmente acabaria por se imiscuir na esfera de atuação do Legislativo, pois as decisões seriam tomadas dando regulação *pro futuro* às questões, tal pensamento não se coaduna com a realidade. A adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pelo contrário, acabaria por limitar os poderes atribuídos ao Judiciário, eis que demandaria que o julgador necessariamente observasse o raciocínio lógico-argumentativo que fora anteriormente construído sobre determinado tema, de modo que, em o caso que está sob análise se identificando àquele no qual foi elaborado referido raciocínio, necessariamente deverá chegar a uma conclusão equivalente àquela anteriormente proferida. Por outro lado, não se corre risco de se concretizar injustiças pois conjuntamente à adoção de uma teoria da transcendência dos motivos determinantes far-se-á necessária a institucionalização de procedimentos como o *distinguishing*, por meio do qual em um caso sendo lastreado em circunstâncias fáticas diversas daquele anteriormente julgado, a aplicação de idêntico resultado poderá se mostrar inadequada, devendo o julgador amoldar o raciocínio às específicas circunstâncias que lhe forem apresentadas.

Por fim, deve-se ter em mente que, conquanto se mostre imprescindível a atribuição de efeitos vinculantes às decisões, a distinção de tal instituto da atribuição de eficácia *erga omnes* mostra-se de igual importância, a fim de evitar que o Judiciário surrupie a competência constitucionalmente atribuída ao Legislativo, o que acarreta em um abalo à ordem jurídica tão grande quanto, se não maior, do que a inobservância dos precedentes. Tal é a importância do julgamento final da Reclamação nº 4335/AC, em que se discute a função do Senado Federal no que diz respeito ao art. 52, X, da Constituição da República.

O entendimento esposado pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes quanto ao tema, tornando o Senado Federal mero “órgão publicador” das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, não se mostra o mais adequado pelos seguintes

motivos: I) confunde a necessidade de atribuição de efeitos vinculantes às decisões com a atribuição de eficácia *erga omnes*, eis que enquanto a decisão proferida em sede de controle incidental de constitucionalidade é dotada do primeiro, a eficácia *erga omnes* não lhe é inerente; II) tal confusão ocasiona a desconsideração da distinção entre os efeitos advindos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei *in abstracto* daquela que o fez em sede de controle concreto; III) a união de ambas as confusões faz com que haja uma evidente violação constitucional, eis que o Supremo Tribunal Federal estaria dando uma interpretação ao texto constitucional que atuaria como se fosse uma Emenda Constitucional, posto evidentemente propor, a despeito de não diretamente, uma alteração no texto do art. 52, X, da Constituição da República.

Observa-se, assim, que a interpretação dada pelo Min. Gilmar Mendes poderia dar azo a uma atribuição de poderes ao Judiciário não preconizada na Constituição, possibilitando que o Judiciário seja dotado de poderes demasiadamente grandes e incompatíveis com a ideia defendida em um sistema de “pesos e contrapesos”, permitindo assim que se incorresse na mencionada “ditadura da toga”.

Conclui-se, assim, que a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes não apenas é possível, como também necessária, em nosso ordenamento jurídico. Não pode, entretanto, ser adotada desvinculada de uma teoria da decisão que permita estudar limites efetivos à atuação do Judiciário que, conquanto permitam que este exerça sua função de garantidor de direitos e meio à própria evolução social, evite que o mesmo acabe se autoproclamando como “garantidor da democracia” e, com isso, oblitere a própria ideia de democracia por ele defendida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1987.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?**. In: NOVELINO, Marcelo (org.) **Leituras complementares de direito constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2ª ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. **“Viradas” de jurisprudência do STF e suas repercussões em casos similares**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [2000?].

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.



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

\_\_\_\_\_. **O Direito e os Direitos – Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social**. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

DA SILVA, Luis Virgílio Afonso. *Não faz sentido falar em pizza do mensalão, diz constitucionalista da USP*. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/09/1345666-nao-faz-sentido-em-falar-em-pizza-do-mensalao-diz-constitucionalista-da-usp.shtml>. Acesso em 29/09/2013.

DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Efeito Transcendente e Concentração do Controle Difuso na Jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

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

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROMEU, Luciana Campanelli. **A aplicação da modulação temporal pelo Supremo Tribunal Federal: casos julgados e proposta de alguns limites**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo

(org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HEMHOLZ, R. H. **Bonham's Case, Judicial Review and the Law of Nature**, disponível em <<http://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em 22.05.2012.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **O Princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como mutação da Constituição**. São Paulo, 2011, 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: CL Edijur, 2012.

LIMONGI, Fernando Papaterra. **“O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos**. In: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Leonardo. **A Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil: Breves considerações de constitutione ferenda**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia, 1ª Parte**. 3ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 4,

2010/2011. Disponível em:  
<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/551/363>.  
Acesso em 18/09/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 [1748].

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

PAULA, Daniel Giotti de. **A Função dos Juízes: Criação ou Desvelamento do Direito em Kelsen e Hart**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A Contribuição e os Limites da Teoria de Klaus Günther: a Distinção entre Discursos de Justificação e Discursos de Aplicação como Fundamento para a Reconstrução de uma Função Jurisdicional**. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 48, 2008.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**. In: Revista de informação legislativa, v. 44, n. 174, p. 35-47, abr./jun. 2007, 04/2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140965/R174-28b.pdf?sequence=1>. Acesso em 18/09/2013.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. **Os Fundamentos Democráticos da Decisão Judicial e a Questão do Direito e da Moral – Uma Visão a partir do Neopositivismo de Hart e a Crítica de Nino**. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 48, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Teoria do Diálogo: o Controle Judicial fraco como forma dialógica de implementar direitos sociais e econômicos**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em 20.08.2013

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O direito está nas ruas, na lei, ou na consciência?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia>. Acesso em: 01/10/2013.

\_\_\_\_\_. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Acesso em 06/09/2013.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. In: Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 53, 2011.

VELOSO, Zeno. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.