



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

JOÃO MÁRCIO RÊGO REIS

**A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

**SALVADOR – BA
2014**

JOÃO MÁRCIO RÊGO REIS

**A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

**SALVADOR – BA
2014**

R375

Reis, João Márcio Rêgo,

A transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade / por João Márcio Rêgo Reis. – 2015.

122 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Súmula vinculante. 3. Precedentes judiciais. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.023

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO MÁRCIO RÊGO REIS

A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na área de concentração de Direito Público.

Aprovada em: ___/___/2015

Banca examinadora:

Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior (Orientador)
UFBA

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares
UFBA

Dedico este trabalho à minha família, em especial à minha querida esposa e aos meus amados pais. Sem o apoio de vocês não conseguiria chegar até aqui.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| ADC | Ação Declaratória de Constitucionalidade |
| ADCT | Atos e Disposições Constitucionais Transitórias |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ADO | Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão |
| Ag | Agravo |
| AgR | Agravo regimental |
| Art. | artigo |
| CF | Constituição Federal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| DJU | Diário da Justiça da União |
| DJe | Diário da Justiça eletrônico |
| EC | Emenda Constitucional |
| ED | Embargos de Declaração |
| HC | Habeas Corpus |
| HD | Habeas data |
| MS | Mandado de Segurança |
| MC | Medida Cautelar |
| Min. | Ministro |
| PL | Projeto de Lei |
| Rcl. | Reclamação |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RISTF | Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal |
| RT | Revista dos Tribunais |
| Rel. | Relator |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TCE | Tribunal de Contas do Estado |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Osório, Márcia e Jayldes (sim, tenho sorte de ter duas mães) por sempre lutarem para proporcionar para mim e para meus irmãos a melhor educação possível. Sou muito grato!

A meus irmãos, Neto, Júnior e Michelle, pela confiança sempre depositada em mim.

A minha esposa Ludmila, pois graças ela e todo o seu apoio estou realizando este sonho. Obrigado por sempre me apoiar em tudo e acreditar no meu potencial.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia, em especial àqueles que foram meus mestres nas disciplinas cursadas: Saulo Casali, Paulo Bezerra, Nelson Cerqueira, Rodolfo Pamplona Filho, Dirley da Cunha Junior, e Wilson Alves de Souza.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo apoio, infraestrutura e qualidade, bem como aos prestativos servidores Jovino e Luíza.

Ao meu orientador Dirley da Cunha Júnior, pela paciência, presteza e grande ajuda prestada para o meu trabalho. Muito obrigado!

Ao professor Ricardo Maurício Freire Soares por ter aceitado participar da minha banca examinadora e pela colaboração prestada na qualificação.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. A teoria da transcendência dos motivos determinantes busca fundamentar a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão. Essa teoria tenta atribuir efeito vinculante à *ratio decidendi* ou *holding* da decisão de controle concentrado de constitucionalidade. Em caso de adoção da teoria, a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo faz com que outras leis e atos normativos, pertencentes a qualquer ente federativo e com conteúdo semelhante, tenham igual tratamento, ainda que não tenham sido objeto direto do controle de constitucionalidade. O tema desperta grande polêmica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência brasileira. Interessante também é o estudo da importância que a Reclamação Constitucional passará a ter em caso de adoção do efeito transcendente das decisões, de modo a se tornar um importante meio de acesso ao controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade. Efeito vinculante. Transcendência dos motivos determinantes. *Ratio decidendi*. *Holding*. Reclamação Constitucional.

ABSTRACT

The present essay aims to analyze the transcendence theory of determinants reasons for the decisions of the supreme court to control concentrate constitutionality. The transcendence theory of determinants reasons aims to justify the extension of the binding effect to determinants reasons of the decision. This theory attempts to assign the binding effect to the ratio decidendi or holding of control decision of the constitutionality concentrate. In case of adoption the theory, the decision that declares the constitutionality or unconstitutionality of the law or regulatory act makes that other laws and normative acts, appurtenant to any federal entity and similar content, to have equal processing even if they have not been direct object of constitutionality control. The theme arouses great polemic both in doctrine and in Brazilian jurisprudence. It is also interesting the study of the importance the constitutional complaint will have in case of adoption of the transcendent effect of decisions, to become an important means of constitutionality control.

Key Words: Constitutionality of concentrated control. Binding effect. Transcendence of the determining reasons. Ratio decidendi. Holding. Constitutional complaint.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 2. ABORDAGEM PROPEDEÚDICA ENVOLVENDO O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 15 |
| 2.1. NOÇÕES INICIAIS..... | 15 |
| 2.2. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O CONTROLE..... | 18 |
| 2.2.1. Supremacia e rigidez da norma constitucional..... | 18 |
| 2.2.2. Constituição formal..... | 20 |
| 2.2.3. Existência de órgão competente para realização do controle..... | 20 |
| 2.3. PARÂMETRO E OBJETO GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 21 |
| 2.4. LEGITIMADOS PARA PROPOSITURA DAS AÇÕES..... | 23 |
| 2.5. COMPETÊNCIA..... | 24 |
| 2.6. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 26 |
| 2.6.1. Efeito ex tunc..... | 26 |
| 2.6.2. Efeito repristinatório..... | 29 |
| 2.6.3. Eficácia erga omnes..... | 30 |
| 2.6.4. Efeito vinculante..... | 32 |
| 2.6.4.1. <i>Breve histórico do efeito vinculante no direito brasileiro.....</i> | <i>33</i> |
| 2.6.4.2. <i>Conceito.....</i> | <i>34</i> |
| 2.6.4.3. <i>Limites subjetivos do efeito vinculante.....</i> | <i>35</i> |
| 2.6.4.4. <i>A problemática envolvendo os limites objetivos.....</i> | <i>37</i> |
| 2.6.4.5. <i>A força imperativa do efeito vinculante contrastada com a força da lei.....</i> | <i>40</i> |
| 3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO..... | 41 |

| | |
|--|-----------|
| 3.1. ASPECTOS GERAIS..... | 41 |
| 3.2. A DIFERENÇA ENTRE RATIO DECIDENDI E FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO..... | 43 |
| 3.3. AS QUESTÕES OBITER DICTA E O EFEITO VINCULANTE..... | 46 |
| 3.4. PRECEDENTES VINCULANTES E PRECEDENTES PERSUASIVOS..... | 47 |
| 3.5. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E A APROXIMAÇÃO ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW..... | 48 |
| 3.6. O PROCEDENTE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL..... | 52 |
| 4. A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 54 |
| 4.1. CONCEITO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DO EFEITO VINCULANTE..... | 55 |
| 4.2. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA DA UTILIZAÇÃO DOS EFEITOS TRANSCENDENTES..... | 57 |
| 4.3. A ADOÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E REDUÇÃO DA APLICAÇÃO DO SÚMULA VINCULANTE AO CONTROLE DIFUSO..... | 60 |
| 4.4. VANTAGENS DOS EFEITOS TRANSCENDENTES..... | 63 |
| 4.4.1. Valorização do precedente judicial..... | 63 |
| 4.4.2. Segurança jurídica..... | 64 |
| 4.4.3. Economia processual..... | 66 |
| 4.5. CRÍTICAS À APLICAÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES..... | 67 |
| 4.6. A INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA ADOÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES..... | 74 |

| | |
|--|------------|
| 5. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES..... | 81 |
| 5.1. A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 82 |
| 5.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 85 |
| 5.3. A SIMPLICIDADE DO PROCEDIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O STF..... | 90 |
| 5.4. A IMPORTÂNCIA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES..... | 92 |
| 5.5. A PROPOSTA DE GILMAR MENDES PARA A UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO EM CASO DE LEIS SEMELHANTES À DECLARADA INCONSTITUCIONAL..... | 96 |
| 5.6. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE PROMOVER O ACESSO À JUSTIÇA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 100 |
| 5.6.1. O direito fundamental de acesso à justiça sob a ótica da transcendência dos motivos determinantes..... | 101 |
| 5.6.2. A Reclamação Constitucional como meio de acesso à justiça ao controle concentrado de constitucionalidade..... | 106 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 108 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 115 |

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, principalmente nas ações diretas que possuem efeitos vinculantes (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), de modo a identificar a amplitude dos efeitos transcendentais, bem como as vantagens e desvantagens de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Para desenvolvimento deste tema é de extrema importância o estudo introdutório de algumas questões relativas ao controle de constitucionalidade, diferenciando os seus modelos, bem como estabelecendo quais seriam os pressupostos para a realização de tal procedimento. Neste ponto, ainda é necessária a observação dos conceitos de parâmetro e objeto de controle, além de outros temas correlatos, até que cheguemos ao estudo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Entre tais efeitos o que se torna primordial para o entendimento deste trabalho é o efeito vinculante, que será verificado com mais amplitude, delimitando os seus limites objetivos e subjetivos.

Posteriormente será trado o tema referente aos precedentes judiciais e a sua aplicabilidade no Brasil, destacando o estudo dos precedentes vinculantes e persuasivos, bem como a análise do que vem a ser o motivo determinante das decisões ou, simplesmente, a *ratio decidendi*. A diferenciação dos motivos determinantes das questões *obiter dicta* é de fundamental importância para o estudo dos efeitos transcendentais das decisões do STF.

Ainda no que tange aos precedentes judiciais, é relevante o destaque a aproximação hodierna dos sistemas da *civil law* e da *common law*, verificando em que pontos tais sistemas estão convergindo e se isto pode ser visto no ordenamento jurídico pátrio.

Após a análise destes temas introdutórios partiremos para o estudo efetivo da teoria da transcendência dos motivos determinantes e a sua aplicação nas decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de controle concentrado de

constitucionalidade. Neste capítulo será estudada a possibilidade de ampliação dos limites objetivos do efeito vinculante para que estes não alberguem apenas a parte dispositiva da decisão, mas que também incidam sobre os motivos determinantes que deram fundamento àquela decisão.

Esta ampliação dos limites objetivos do efeito vinculante no ordenamento brasileiro será estudada em face da própria origem germânica do efeito vinculante, onde naturalmente tal efeito somente tem razão de existir para que incida sobre a *ratio decidendi*.

De fundamental importância também será a análise de como se relacionam a coisa julgada, a eficácia erga omnes e efeito vinculante das decisões em controle concentrado, buscando, sempre que possível, diferenciá-los, de modo a demonstrar a função individualizada de cada um dos institutos.

A razão para o estudo dessa distinção consiste em saber se o efeito vinculante tem algum sentido de existir no nosso ordenamento jurídico caso sua aplicabilidade restrinja-se à parte dispositiva do julgado ou se somente acrescentaria algum sentido à eficácia *erga omnes* e à coisa julgada se incidisse sobre os motivos determinantes da decisão.

Em seguida, passa-se à investigação se as decisões anteriores serão vinculadas à *ratio decidendi* da decisão do STF no caso da utilização da transcendência dos motivos determinantes.

Análise interessante reside na necessidade de relacionarmos a adesão da transcendência dos motivos determinantes à diminuição do âmbito de aplicação das Súmulas vinculantes.

Por fim, será explorada a possibilidade de uso do instituto da Reclamação Constitucional para o caso de descumprimento de uma decisão com efeito vinculante e a possibilidade de que tal reclamação verse, inclusive, sobre os motivos determinantes da decisão originária. Tal averiguação é importante para determinar se a teoria da transcendência dos motivos determinantes um método capaz de realizar o direito fundamental de acesso à justiça, para uma maior participação do cidadão no processo de controle de constitucionalidade.

Neste ponto, existe uma nova solução dada por Gilmar Mendes para que se use a Reclamação Constitucional para questionar atos semelhantes ao que fora declarado inconstitucional anteriormente, o que, segundo ele, não trata-se de caso de aceitação da transcendência dos motivos determinantes. Neste particular, é imperioso, o estudo das hipóteses de cabimento de reclamação constitucional e se alguma delas estaria presente no caso para existir a possibilidade de propositura da Reclamação.

2. ABORDAGEM PROPEDÊUDICA ENVOLVENDO O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos propriamente no tema da transcendência dos motivos determinantes, é importante que se façam alguns esclarecimentos introdutórios e básicos no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, de modo a se poder delimitar o âmbito de aplicação da teoria a ser aqui trabalhada.

2.1. NOÇÕES INICIAIS

O controle de constitucionalidade é o mecanismo propício à manutenção da ordem jurídica harmônica, efetivando-se pela verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição, onde, havendo fuga desta harmonia, serão adotados meios para o seu reestabelecimento¹.

Trata-se de mecanismo de choque entre uma norma que será objeto do verificação de conformidade, em face de outra norma, via de regra de hierarquia superior, que servirá de parâmetro para realização deste processo².

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

² Importante deixar claro aqui o fato de o controle de constitucionalidade poder ser efetuado entre normas com hierarquia igual, pelo menos à princípio, como é o caso do controle efetuado nas emendas constitucionais em face das normas originárias da constituição. Neste caso, é válido ressaltar que não existe hierarquia entre as emendas constitucionais e as normas de constitucionais originárias, porém, estas podem servir de parâmetro para o controle e aquelas podem, inclusive, ser objeto de tal controle, mesmo sendo normas de igual hierarquia.

O professor Dirley da Cunha Junior³ entende o controle de constitucionalidade como “uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados”.

Ao estabelecer-se que o controle de constitucionalidade pode ser realizado por um ou vários órgãos, o que se expressa é a existência de dois modelos quanto ao número de órgãos com competência para tal controle. Ao se dizer que o mecanismo pode ser dar por um único órgão, resta claro estar tratando do controle concentrado de constitucionalidade, que, no Brasil, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, quando tal atividade ocorre perante diversos órgãos estar-se-ia diante do controle difuso de constitucionalidade.

Embora o objeto deste trabalho seja restrito ao controle concentrado de constitucionalidade, é importante, inicialmente, que caracterizemos ambos os modelos, seja para diferenciá-los, seja para uma maior delimitação ao estudo.

Como dito anteriormente, o controle difuso é aquele em que vários órgãos são competentes para efetuar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, ao passo que, no controle concentrado, apenas um órgão é competente para tanto.

Em que pese o Brasil ter adotado ambos os modelos, constituindo um verdadeiro modelo misto ou eclético, tais controles permanecem no nosso ordenamento e convivem de forma harmônica, mantendo cada um deles suas características próprias.

Costuma-se dizer que o controle concentrado ocorre pela análise por via principal, de forma abstrata, da inconstitucionalidade do ato, enquanto o modelo difuso se caracteriza pela verificação incidental, em um caso concreto, de uma situação de inconstitucionalidade.

Contudo, é imperioso destacar que as expressões “difuso”, “concreto” e “incidental” não são sinônimos, da mesma forma que “concentrado”, “abstrato” e “via principal” também não o são.

Como já foi dito anteriormente, controle difuso é aquele modelo em que vários são órgãos competentes para a realização do controle, de modo que, aqui no Brasil,

³ Ibidem, p. 40.

é realizado por qualquer Juiz ou Tribunal. Já controle concreto é aquele em que se dá em face da análise de uma situação concreta onde há uma relação de controvérsia entre as partes. E no que tange o controle incidental, este ocorrerá quando a inconstitucionalidade for alegada de incidentalmente em uma demanda, constituindo-se em uma causa de pedir desta e não em um pedido.

Com relação ao controle concentrado, este modelo se dá pela análise da constitucionalidade em face de apenas um órgão competente, que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. Quanto ao controle abstrato, diferentemente do controle concreto, a análise da inconstitucionalidade ocorrerá em tese, não levando-se em consideração nenhuma lide ou controvérsia entre partes. Já o controle principal ocorre “quando a inconstitucionalidade figura como o próprio pedido ou objeto da ação”.⁴

Dirley da Cunha Junior explica que não existe uma correspondência necessária entre o controle incidental e o controle difuso, ou ainda entre o controle principal e o controle concentrado. Contudo, para o referido autor esta correlação no Brasil é pertinente, já que o controle difuso ocorre sempre incidentalmente, diante da análise de um caso concreto (por via de exceção), enquanto o controle concentrado é provocado por via de ação direta (principal)⁵.

Nesta mesma linha Luís Roberto Barroso⁶, identificando a correlação entre os sistemas no Brasil, mas ressaltando não tratar de sinônimos, explana:

“O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como o controle incidental e difuso não são sinônimos, tão pouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental”.

⁴ Ibidem, p.102.

⁵ Idem.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

Passadas estas explicações iniciais acerca dos modelos de controle de constitucionalidade, destaca-se que para efeito deste trabalho a análise do tema proposto dar-se-á em face do controle concentrado, em que, no Brasil, analisa-se, via de regra, a constitucionalidade de uma norma de forma abstrata e pela via direta ou de ação.

2.2. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O CONTROLE

Nem todo ordenamento jurídico detém mecanismos de controle de constitucionalidade de atos infraconstitucionais. Assim, só há falar em controle de constitucionalidade em um determinado ordenamento jurídico caso estejam presentes os pressupostos a seguir analisados.

2.2.1. Supremacia e rigidez da norma constitucional

Pressuposto indispensável para que um ordenamento jurídico conte com a possibilidade do mecanismo de controle de constitucionalidade é a existência de uma constituição suprema, que se sobreponha às demais normas jurídicas de tal ordenamento.

Como decorrência lógica desta supremacia constitucional, é necessário que tal norma tenha suficiente rigidez, ou seja, tenha um processo especial e mais dificultoso para sua alteração, diferentemente do previsto para as demais leis, que se dará de forma mais simples.

Caso não houvesse esta rigidez, por óbvio, não haveria falar também em supremacia, posto que a constituição poderia ser alterada por qualquer ato infraconstitucional, impossibilitando, ou melhor, não existindo sentido para realização de um controle de constitucionalidade.

Assim destaca Dirley da Cunha Junior⁷ ao sublinhar que “decorre da rigidez constitucional, como já acentuado, a distinção entre leis constitucionais (superiores ou

⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 42.

supremas) e leis comuns (inferiores), existindo entre elas, necessariamente, uma relação de hierarquia”.

Se existe hierarquia entre as normas constitucionais em face das normas inferiores, nada mais correto que, para se alterar uma lei constitucional, o seu processo seja mais dificultoso do que o utilizado para a alteração da legislação infraconstitucional, daí, portanto, a ideia de rigidez constitucional derivar da sua efetiva supremacia em face das demais normas.

Destacando ser a rigidez constitucional um pressuposto para o controle de constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁸ vão além ao estabelecer que para manutenção desta rigidez é necessário tal mecanismo de controle constitucional, vejamos:

“A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário. A rigidez distingue o poder constituinte dos poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último. A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da supralegalidade das normas constitucionais.”

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.76.

Como as constituições flexíveis pode ser alteradas sem nenhuma formalidade extra das do processo legislativo comum, não é possível falar em sua supremacia sobre as demais normas e, conseqüentemente, em controle de constitucionalidade.

2.2.2. Constituição formal

Outro pressuposto para a possibilidade de controle de constitucionalidade será a necessidade de a constituição utilizada por parâmetro tratar-se de uma norma formal e escrita. Desta forma, constituições não escritas ou costumeiras não poderão ser utilizadas como paradigma para o controle por se tratarem de constituições flexíveis, onde não há inclusive supremacia constitucional.

As constituições formais ou escritas são formadas por um único documento, o qual sistematiza o direito constitucional da comunidade política. Derivam do poder constituinte originário e são integradas por deliberações posteriores do poder constituinte de reforma⁹.

2.2.3. Existência de órgão competente para realização do controle

O último pressuposto para a efetivação do controle de constitucionalidade reside na necessidade de existência de um órgão competente (previsto na própria constituição) para efetuar a jurisdição constitucional.

Este órgão competente para exercer a jurisdição constitucional no Brasil é Supremo Tribunal Federal, que atua como guardião máximo da Constituição Federal. Cabe ressaltar que, embora o Brasil tenha adotado um órgão integrante da estrutura do poder judiciário, é possível determinado ordenamento jurídico adotar órgão político para tanto, estando este fora do poder judiciário, como, por exemplo, ocorre na França, onde o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade é o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), órgão eminente político.

⁹ Ibidem, p. 75

2.3. PARÂMETRO E OBJETO GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como dito anteriormente, o controle de constitucionalidade é o meio para a manutenção da ordem jurídica harmônica, efetivando-se pela verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição, onde, havendo fuga desta harmonia, serão adotados meios para o seu reestabelecimento.

Cuida-se de mecanismo de enfrentamento entre uma norma que será objeto do verificação de conformidade, em face de outra norma, via de regra de hierarquia superior, que servirá de parâmetro para realização deste processo.

Como parâmetro para o controle de constitucionalidade, o Brasil adotou toda a sua Constituição, incluindo regras e princípios implícitos, bem como emendas revisionais e constitucionais. Contudo, é inegável que, diante de importante alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estamos caminhando para um modelo no qual o parâmetro de controle será ampliado, trata-se do chamado bloco de constitucionalidade.

A emenda constitucional 45/2004 inseriu no Art. 5º da Constituição Federal o § 3º, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais que versarem sobre Direito Humanos e forem aprovados com o mesmo rigor de uma emenda constitucional serão equivalentes a estas¹⁰.

Isto significa dizer que o Brasil encontra-se em uma latente evolução do que considera parâmetro para controle de constitucionalidade, ampliando este para não só considerar toda a constituição, como também os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados com a mesma rigidez de uma emenda constitucional. É o que a doutrina vem chamando de bloco de constitucionalidade.

¹⁰ CF/88, art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No que tange ao objeto, são passíveis de controle de constitucionalidade as leis e atos normativos editados pelo poder público. No Brasil, também será aceito o controle das omissões do poder público.

É importante deixar claro que o STF não considerava as leis de efeitos concretos como passíveis de controle, somente podendo constituir objeto de controle as leis que tivessem um certo grau de abstração e generalidade. Entretanto, no julgamento de Medida Cautelar na ADI 4.048, a suprema corte ao analisar as leis orçamentárias, que detêm inegável caráter concreto, evoluiu sua jurisprudência para admitir tais espécies como passíveis de controle. Vejamos:

“Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão de normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.”¹¹

Deste modo, são objetos do controle de constitucionalidade as leis, sejam elas de efeito concreto ou abstrato, e atos normativos editados pelo poder público, bem como as suas omissões indevidas.

Em se tratando de ADI pode ser objeto de controle de constitucionalidade, leis e atos normativos federais e estaduais, já a ADC tem seu objeto restrito aos atos normativos federais, estando excluídos as leis e atos normativos estaduais.

É importante ainda esclarecer que as emendas constitucionais, embora não exista hierarquia entre as normas constitucionais, sejam elas derivadas ou originárias, podem ser objeto de controle de constitucionalidade, caso viole os limites materiais e formais estabelecidos na Constituição.

O Supremo Tribunal Federal fixou ainda entendimento de que somente podem ser objeto de controle de constitucionalidade os atos normativos editados após a Constituição Federal de 1988, rejeitando, assim, a chamada inconstitucionalidade

¹¹ ADI 4048-MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 14.05.2008, DJE 22.08.2008

superveniente, não devendo tais atos, contudo, ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Com relação aos atos anteriores à Constituição Federal de 1988, o STF tem entendido não se tratar de inconstitucionalidade, mas sim de caso de recepção ou não recepção pela norma superior.

Porém, com a edição da Lei 9.882/99, passou-se admitir a análise de atos anteriores à CF/88 pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas nunca por meio de ADI ou ADC. Ressaltando que, na própria ADPF, será investigada se a norma foi ou não recepcionada pela Constituição e não se houve a inconstitucionalidade superveniente, o que, repita-se, não ser aceito pelo STF.

A Lei 9.882/99 fixa o objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como sendo a lei ou o ato normativo federal, estadual e municipal, incluindo, como dito, os atos anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988¹², além de atos secundários, bem como atos não normativos, desde que violem preceito fundamental estabelecido na Carta Magna.

2.4. LEGITIMADOS PARA PROPOSITURA DAS AÇÕES

Como o objeto deste estudo são as ações concentradas com efeitos vinculantes, cabe-nos restringir a análise aos legitimados destas ações, quais sejam: ADI, ADC e ADPF.

O rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade está previsto no art. 103 da Constituição Federal, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador do Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral

¹² Lei n 9.882/99, art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento 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;

da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

No que tange a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o rol de legitimados não está previsto diretamente pelo texto constitucional, mas sim pela sua lei instituidora, que, ao fazê-lo, determinou como legitimados os mesmos listados para a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade¹³.

Como percebe-se pela análise do disposto no art. 103 da CF, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será permitida àqueles previsto expressamente no dispositivo, de forma que o controle concentrado de constitucionalidade não pode ser exercido por pessoas não constantes neste rol.

Assim, não é dada a possibilidade de um cidadão, visando proteger a ordem constitucional vigente, ingressar com uma Ação pela via Direta no Supremo Tribunal Federal, posto não ter legitimidade para tanto, devendo recorrer a um dos legitimados citados no art. 103 da CF para que este, entendendo pela inconstitucionalidade, ingresse com a referida demanda.

2.5. COMPETÊNCIA

Como o objeto deste trabalho é restrito às ações em controle de constitucionalidade proposta pela via Direta que detêm efeito vinculante, é oportuno ressaltar que a análise se dará em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental.

A competência para realização do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, quando o parâmetro do controle for a Constituição Federal, será exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Para o caso de controle em face de Constituição

¹³ Lei n 9.882/99, art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

Estadual, o órgão com competência exclusiva para tanto será o Tribunal de Justiça do respectivo estado.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, de forma exclusiva, processar e julgar: a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual frente à Constituição Federal; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal frente à Constituição Federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental disposto na Constituição Federal. Com relação aos Tribunais de Justiça dos Estados a estes competem processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo estadual ou municipal frente à Constituição Estadual; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Estadual e a arguição de descumprimento de preceito fundamental disposto na Constituição Estadual¹⁴.

Interessante levantamento é feito por Luís Roberto Barroso¹⁵ no que tange a possibilidade ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal, vejamos:

“O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal – isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal -, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo estadual, mudando-se apenas o paradigma: no primeiro caso a Constituição do Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo, a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de Justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações e sendo a norma constitucional estadual contrastada mera reprodução da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual.”

Diferenciado tratamento ocorre no caso de normas de reprodução obrigatória pela Constituição Estadual. Neste caso STF fixou jurisprudência¹⁶ no sentido de as

¹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 196.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

¹⁶ Rcl 383, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 21/05/1993: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal- Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante

ADIs que tiverem por objeto normas estaduais ou municipais e por parâmetro normas da Constituição Estadual de reprodução obrigatória, ou seja, aquelas normas onde as Constituições Estaduais forem obrigadas a reproduzir o quanto expresso na Constituição Federal, deverão ser julgadas pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado, com a possibilidade de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Vale pontuar que o Tribunal de Justiça do Estado, por ser o Guardião da Constituição do Estado, somente adora como parâmetro a carta Estadual e nunca a Constituição Federal¹⁷.

Importante ressaltar que, embora o STF não analise por meio de ADI (e sim por ADPF) as leis e atos normativos municipais, no caso das normas de reprodução obrigatória, haverá, ainda que por Recurso Extraordinário, a análise da constitucionalidade de tais atos.

2.6. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Importante análise será feita a seguir no que tange aos efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em processos pela via abstrata, constituindo tal tema em ponto chave para o estudo da transcendência dos motivos determinantes nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Passemos, então, à análise de cada um dos efeitos.

2.6.1. Efeito *ex tunc*

A constitucionalidade das leis situa-se no plano de validade dos atos jurídicos, de modo que uma lei declarada inconstitucional será considerada lei nula, decorrendo

Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-Membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta”

¹⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 196

disto duas observações a serem feitas. Uma diz respeito ao fato de a declaração de inconstitucionalidade apenas reconhecer uma situação preexistente, dando-lhe certeza jurídica, enquanto a outra reside na ideia de que uma decisão de inconstitucionalidade, por ter natureza declaratória, terá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos à data da sua criação¹⁸.

Deste modo, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, a decisão deverá declarar tal situação e não constituir, daí porque diz-se que tal decisão tem natureza declaratória. Neste mesmo diapasão afirma-se prevalecer no nosso ordenamento jurídico a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais e não da anulabilidade, posto que, ao ser declarada a inconstitucionalidade de tais atos, está se reconhecendo um vício já existente *ab initio* destes¹⁹.

Embora, o efeito da declaração de inconstitucionalidade seja *ex tunc* (retroativo), há de se aventar a possibilidade modulação de tais efeitos. Por modulação dos efeitos deve-se entender a possibilidade, conferida pelo art. 27 da Lei nº 9868/99, de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que esta só venha a ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de momento que venha a ser fixado, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social²⁰.

Destaque-se a necessidade de quórum qualificado de dois terços dos membros da corte para a realização de tal modulação, que, no âmbito temporal, poderá à decisão de inconstitucionalidade ser atribuída eficácia não retroativa, incidindo a partir do trânsito em julgado, bem como ser fixado um marco inicial específico no passado ou no futuro para produção de seus efeitos²¹.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139

¹⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 216

²⁰ Lei nº 9.868/99, art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., loc. cit.

Acerca da amplitude de tal dispositivo é possível ao Supremo Tribunal Federal restringir a sua decisão não só no âmbito temporal, bem como excluir do alcance da decisão determinado grupo de pessoas.

Para Dirley da Cunha Junior²², tal dispositivo possibilitou ao STF o poder de excepcionar a regra do efeito *erga omnes* e do efeito declaratório das decisões proferidas em sede de controle concentrado. Segundo o autor, tais decisões teria efeitos constitutivos ou *ex nunc* ou *pro futuro*.

Analisando a relação existente entre o princípio da supremacia da Constituição e a segurança jurídica ou excepcional interesse social, e, afastando a possibilidade de ponderação de tais valores por ser o primeiro fundamento do controle de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso²³, de forma brilhante, leciona:

“O art. 27 da Lei n. 9.68/99 produz, como se percebe claramente, a formalização de um mecanismo de ponderação de valores. Mas há aqui uma sutileza que não deve passar despercebida. Poderia parecer, à primeira vista, que se pondera, de um lado, o princípio da supremacia da Constituição e, de outro, a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Na verdade, não é bem assim. O princípio da supremacia da Constituição é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade, uma de suas premissas lógicas. Não pode, portanto, ser afastado ou ponderado sem comprometer a ordem e unidade do sistema. O que o Supremo Tribunal Federal poderá fazer ao dosar os efeitos retroativos da decisão é uma ponderação entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos pela lei inconstitucional. Como, por exemplo: boa-fé, moralidade, coisa julgada, irredutibilidade dos vencimentos, razoabilidade. Por se tratar de uma hipótese de aplicação direta da Constituição, a modulação poderá ser determinada de ofício por parte do Tribunal, sem prejuízo da possibilidade de que seja requerida pela parte interessada.”

²² CUNHA JUNIOR, Dirley . *Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 217.

²³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., loc. cit.

Por fim, este efeito *ex tunc* ou a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão são integrantes da chamada dimensão temporal da declaração de inconstitucionalidade.

2.6.2. Efeito repristinatório

Um dos efeitos que podem ser gerados pela declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle concentrado é o efeito repristinatório, o qual deve ser entendido como o efeito capaz de restaurar uma norma revogada por uma outra norma declarada inconstitucional, com fundamento na Lei nº 9868/99²⁴.

O STF pode, em caso de conveniência e oportunidade, ou ainda caso entenda ser a norma restaurada também inconstitucional, manifestar-se expressamente de forma contrária a este efeito repristinatório²⁵.

Importante diferenciar o efeito repristinatório, previsto para o processo objetivo de controle de constitucionalidade, da repristinação, vedada, de forma automática, pela Lei de Introdução às normas do direito brasileiro²⁶. Esta última, consiste no instituto jurídico pelo qual a norma revogadora de uma lei, quando revogada, traz de volta a vigência daquela que revogada originariamente. Já o efeito repristinatório é aquele capaz de restaurar a vigência de uma norma revogada por uma norma declarada inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade.

Para que haja o efeito repristinatório das decisões em controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos é necessário que tal decisão seja dotada de efeito *ex tunc*, ou seja retroativo, posto que neste caso a natureza da decisão será,

²⁴ Lei nº 9869/99, art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41

²⁶ Decreto-lei 4.657/42, art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

de fato, declaratória, deixando claro que a lei declarada inconstitucional é nula desde o início, o que significa ter sido incapaz de revogar a lei anterior. Por isso, não é aplicável tal efeito no caso de modulação dos efeitos da decisão, já que neste caso a norma, embora seja considerada inconstitucional, tem alguns de seus efeitos preservados por determinado período, logo mostrou-se apta a revogar a lei anterior.

A exceção a esta regra fica por conta das medidas cautelares que suspendem a aplicabilidade de norma objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade que, mesmo possuindo efeitos *ex nunc*, é expressamente prevista pelo § 2º do art. 11 da Lei nº 9.869/99.

2.6.3. Eficácia *erga omnes*

As decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conforme determinação do art. 102, § 2º da CF²⁷ e o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99²⁸.

Grande dificuldade é encontrada pela doutrina ao tratar da diferenciação entre eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, sendo, na maioria das vezes, os dois institutos estudados de forma conjunta, de modo a evitar um maior aprofundamento no tema. Diante de tal dificuldade e da relevância desta distinção para a teoria da transcendência dos motivos determinantes passaremos à análise pormenorizada dos institutos.

Como sabemos, os efeitos de uma decisão judicial, via de regra, devem ser restritos às partes que fizeram parte do processo. Contudo, o controle abstrato de

²⁷ CF/88, art. 102, § 2º 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.

²⁸Lei nº 9.868/99, art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

constitucionalidade no Brasil é exercido por meio de um processo objetivo²⁹, o qual inexistem partes, havendo falar apenas em legitimados para propositura da ação.

Em razão desta inexistência de partes no processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade é que se faz lógica a eficácia *erga omnes* das decisões definitivas proferidas pelo STF³⁰.

Os atos legislativos têm, via de regra, eficácia contra todos, já as decisões judiciais, em regra, tem eficácia *inter partes* (entre as partes). Por esta razão, ao dizer que, no processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, as decisões definitivas terão eficácia contra todos, está se querendo dizer que estas possuem força de lei.

Caso tais decisões em controle abstrato de constitucionalidade fossem dotadas apenas de eficácia *erga omnes*, ou seja, força de lei e não de efeitos vinculantes, a administração e os demais órgão do poder judiciário poderiam efetuar controle de constitucionalidade sobre elas, vez que tanto ao administrador é dado o direito de descumprir a lei, ao seu entender, inconstitucional, quanto aos demais órgão do poder judiciário poderiam declarar a inconstitucionalidade da decisão, haja vista deter a prerrogativa para a declaração de inconstitucionalidade leis no caso concreto em processos de suas competências.

Com a existência do efeito vinculante, a Administração e os demais órgão do Poder Judiciário, passam a se vincular às decisões com tais efeitos, ou seja, não podendo agir ou decidir contrariando o quanto disposto nelas.

Assim, como a eficácia *erga omnes* passa a estabelecer que as decisões com tais efeitos tenham força de lei e, em razão disto, sejam oponíveis contra todos, o efeito vinculante vem para aumentar a força de tais decisões, excluindo-as como

²⁹ Para Dirley da Cunha Junior, “É objetivo quando, por outro lado, o controle se destina exclusivamente à defesa objetiva da Constituição.” (*Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 103.)

³⁰ Gilmar Ferreira Mendes: “Em tempos mais recentes, passou-se a reconhecer, expressamente, a natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas (*objektives Verfahren*), que não conhecem partes (*Verfahren ohne Beteiligte*) e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico. Por outro lado, tais processos sem partes formais somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos.” (*Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 279)

objeto de controle de constitucionalidade pela Administração e os demais órgãos do Poder Judiciário.

Passada essa conceituação inicial da eficácia *erga omnes*, e consequente diferenciação do efeito vinculante, é oportuno que se estabeleça qual será o limite objetivo desta força de lei, estabelecendo qual parte da decisão será dotada de tais efeitos.

Assim como a coisa julgada, a eficácia *erga omnes* das decisões declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deve-se restringir à parte dispositiva do *decisum*, não incidindo, portanto, nos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), muito menos nas questões ditas de passagem na fundamentação (*obiter dicta*).

No que tange a tais limites objetivos, como veremos no tópico a seguir, surge mais uma diferença entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, posto que há sério debate se este último deveria incidir também nos fundamentos determinantes da decisão, enquanto aquele, ressalte-se, não há dúvidas limita-se apenas à parte dispositiva do julgado³¹.

Por tais limites objetivos incidirem apenas na parte dispositiva da decisão, é plenamente possível que o Supremo Tribunal Federal, caso já tenha declarado a constitucionalidade de uma norma, em havendo alterações no entendimento sobre a matéria, venha a declarar posteriormente a sua inconstitucionalidade.

2.6.4. Efeito Vinculante

De todos os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, sem sombra de dúvidas, o mais importante para a análise da transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal é o efeito vinculante. Em razão disto, este será tratado com mais cuidado e

³¹ Para Gilmar Ferreira Mendes: “No Brasil também se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny¹, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente)” (Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 283)

aprofundamento para que, ao delimitar seu conteúdo e extensão, seja possível entender o caráter transcendente a ser estudado mais a diante.

2.6.4.1. Breve histórico do efeito vinculante no direito brasileiro

O efeito vinculante foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1993, por meio da Emenda Constitucional nº3, que, ao acrescentar o §2 do Art. 102 da Constituição Federal, restringiu a sua aplicabilidade apenas às ações declaratórias de constitucionalidade (ADC).

Contudo, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal já estendia este efeito também à ação direta de inconstitucionalidade (ADI), haja vista o próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes tratar a ação declaratória de constitucionalidade como uma “ADI com sinal trocado”³², já que elas teriam caráter dúplice ou ambivalente.

Porém, no ano de 1999, foi editada a Lei 9.868³³, estabelecendo expressamente em seu art. 28 que o efeito vinculante seria aplicável também à ação direta de inconstitucionalidade, passando, no que concerne a tal ação, este efeito a ter sede legal.

Também no ano de 1999, por meio do §3º do art. 10 da Lei 9.882³⁴, o efeito vinculante foi estendido às decisões definitivas em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004³⁵, foi alterado o § 2º do art. 102 da Constituição Federal para também conferir a Ação Direta

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1253

³³ Lei nº 9869/99, art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal

³⁴ Lei nº 9.882/99, art. 10, § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

³⁵ CF/88, art. 102, § 2º - 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.

de Inconstitucionalidade o efeito vinculante, que antes só tinha fundamento nesta ação por previsão legal.

2.6.4.2. Conceito

O § 2º do art. 102 da Constituição Federal dispõe que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade e 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.

Por efeito vinculante, entende-se como a força que confere à decisão definitiva tomada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade imperatividade suficiente para incidir aos demais casos que discutam questão idêntica, obrigando a Administração e os demais órgão do poder judiciário.

Interessante e curioso conceito é o trazido pelo Glossário³⁶ do próprio site do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito vinculante:

“Efeito vinculante é aquele pelo qual decisão tomada pelo STF em determinado processo vincula os tribunais e órgãos da administração pública a determinado entendimento em casos futuros. Isso significa que os princípios extraídos da parte dispositiva quanto e dos fundamentos determinantes da decisão vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros”

Este conceito é curioso, já que o próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido ultimamente que o efeito vinculante não deve ultrapassar a parte dispositiva do julgado. Contudo, sem eu próprio site consta, no conceito do efeito, a possibilidade de incidir nos fundamentos determinantes também.

Diversos são os autores que, ao tratar do assunto, o fazem indiscriminadamente, igualando tal efeito com a eficácia erga omnes ou mesmo com

³⁶ Glossário Jurídico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_pt_br&indice=E&verbeta=176189> Acesso em: 10 out. 2014.

a coisa julgada, o que não nos parece ser a melhor doutrina, já que indubitavelmente são institutos autônomos.

Luís Roberto Barroso, distinguindo a coisa julgada do efeito vinculante, afirma que aquela possui eficácia vinculativa, mas que jamais poderia ser tratada como sinônimos. Para ele “a eficácia vinculativa, significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida”³⁷.

Ainda diferenciando a coisa julgada do efeito vinculante, Barroso³⁸ faz duas distinções principais que devem ser aplicadas entre ambas no direito brasileiro:

“i) a coisa julgada, como visto, impede novo pronunciamento judicial sobre a mesma matéria; já o efeito vinculante obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que ela esteja logicamente subordinada à decisão da causa;

ii) a coisa julgada preclui a possibilidade de o próprio órgão julgador rever a matéria; o efeito vinculante não impede que o órgão prolator possa apreciar a matéria,”

Esta diferenciação se tornar mais clara quando analisamos os limites objetivos dos institutos, de modo que a coisa julgada está limitada a parte dispositiva, enquanto o mesmo não se pode dizer necessariamente do efeito vinculante.

2.6.4.3. Limites subjetivos do efeito vinculante

Por disposição da própria Constituição Federal, art. 102, § 2º, o efeito vinculante aqui tratado está restrito, quanto ao seu aspecto subjetivo, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Deste modo, é imperioso destacar primeiramente que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado às suas próprias decisões, de modo que, se o contrário

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

³⁸ *Ibidem*, p. 137.

ocorresse, a corte estaria obrigada a sustentar teses já superadas ou mesmo estaria limitando a possibilidade de mutação constitucional.

Assim, caso o STF tenha considerado a legitimidade de uma lei julgando-a constitucional por meio do controle abstrato de constitucionalidade, é possível que, posteriormente, a corte venha a alterar seu entendimento para considerar esta mesma lei inconstitucional.

Também encontra-se fora do âmbito subjetivo do efeito vinculante o Poder Legislativo, que, mesmo no caso de o STF ter considerado determinada lei inconstitucional, poderá editar outra lei com igual conteúdo. Neste ponto, a jurisprudência é pacífica de que deve ser proposta uma nova ADI, não sendo cabível falar em mera Reclamação Constitucional³⁹.

Embora o Supremo Tribunal Federal esteja excluído da vinculação de suas decisões, todos os demais órgãos do Poder Judiciário devem respeitar tais decisões aplicando o quanto estabelecido nelas aos demais casos que lhe sejam submetidos a julgamento. Em caso de não cumprimento da decisão vinculadora pelo juiz ou tribunal, abre-se a possibilidade de Reclamação Constitucional.

A Administração Pública também não poderá descumprir uma decisão do STF dotada de efeito vinculante, devendo agir conforme exposto na decisão e, caso aja em sentido contrário, além da possibilidade de impugnação judicial dos atos, será cabível a responsabilização pessoal do administrador⁴⁰.

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes “a não observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte dos magistrados”⁴¹.

Embora a análise dos limites subjetivos do efeito vinculante seja de interessante valia, é em torno do estudo dos limites objetivos que irá girar o

³⁹ ADI 1850-8-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 27.04.2001.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 286.

fundamento da transcendência dos motivos determinantes e uma maior complexidade do tema.

2.6.4.4. A problemática envolvendo os limites objetivos

A discussão central deste ponto é saber que parte da decisão é dotada de efeitos vinculantes. Sabemos que uma sentença deve ser composta, via de regra, por relatório, fundamentos e dispositivo.

Resumidamente, o relatório é o resumo do que contém nos autos, com a especificação das partes e suas qualificações, as teses levantadas por estas, seus pedidos e razões de pedir. Já os fundamentos consistem nas razões de fato e de direito que levaram o magistrado à tomada de determinada decisão, sendo esta a parte decisiva em que o juiz fará a sua argumentação, a qual servirá de base para compreensão da parte dispositiva. O dispositivo é a conclusão tomada pelo magistrado, acolhendo ou rejeitando os pedidos formulados pelas partes, incidindo sobre ela a coisa julgada.

Parte da doutrina entende que o efeito vinculante deve ser limitado à coisa julgada material, ou seja, à parte dispositiva da decisão, enquanto, para outra corrente doutrinária, tais efeitos incidiram não apenas na parte dispositiva, mas como também os motivos que foram determinantes para a tomada daquela decisão.

Gilmar Ferreira Mendes⁴², destaca a existência de tal discussão, questionando se o efeito vinculante deveria ou não ter os mesmos limites objetivos da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*:

“Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados "fundamentos

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 283

determinantes", ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*.”

Deste modo, a identificação destes limites objetivos é de extrema importância, vez que a depender do entendimento a ser adotado (se o efeito vinculante atinge os fundamentos determinantes da decisão ou restringe-se à parte dispositiva) as implicações serão tamanhas que levarão a regramentos diferenciados sobre o tema, como será analisado nesta obra.

Para falar de limites objetivos do efeito vinculante é importante a análise da forma pela qual tal instituto ingressou no ordenamento jurídico pátrio, que, como visto, ocorreu com a Emenda Constitucional nº 3/93. Vejamos a justificativa para criação de tal efeito:

“Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).”

Este conceito demonstra que o real intuito do Efeito Vinculante é de ser extensível também à *ratio decidendi* e não apenas à parte dispositiva como está acontecendo no Brasil.

Nesse sentido, Gilmar Mendes⁴³, reconhecendo a origem alemã do efeito vinculante, afirma que o próprio Tribunal Constitucional alemão entende ter tal efeito aplicabilidade também aos motivos determinantes da decisão, diferentemente da coisa julgada e da força de lei com aplicação restrita à parte dispositiva.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 283: “Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão”.

Complementa ainda o autor, afirmando que a eficácia da decisão do Tribunal alemão “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”⁴⁴.

Existe, contudo, doutrina contrária à incidência do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão, devendo, para esta corrente, tal efeito alcançar apenas a parte dispositiva do julgado, tendo a mesma amplitude da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*.

A aplicabilidade prática desta incidência ou não do efeito vinculante no fundamento determinante de uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, reside na possibilidade de a norma abstrata extraída na decisão atingir também a constitucionalidade de outros atos não questionados na ação originária, mas que com ela guardem igual conteúdo.

Deste modo, sendo a Lei A oriunda do Estado da Bahia, por exemplo, declarada inconstitucional, a adoção ou não do efeito vinculante nos motivos determinantes que levaram a decisão de inconstitucionalidade pode levar a duas consequências completamente distintas. Em caso de tal efeito limitar-se apenas à parte dispositiva da decisão, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública estariam vinculados ao fato de a Lei A ser inconstitucional, não podendo decidir ou agir contrariando este fato. Já para o caso de extensão dos efeitos aos fundamentos determinantes que levaram o STF a decidir pela constitucionalidade da Lei A, a vinculação não se daria apenas à inconstitucionalidade desta lei, mas também para toda lei que se enquadrasse na mesma situação da *ratio decidendi* em questão.

Basicamente, é em razão disto que gira toda a celeuma do limite objetivo do efeito vinculante, onde no caso de vinculação dos fundamentos determinantes, deu origem ao que vem sendo chamado de transcendência dos motivos determinantes.

Esta transcendência configura-se como uma preocupação doutrinária com a força normativa da constituição, resultante de sua supremacia.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 283.

2.6.4.5. A força imperativa do efeito vinculante contrastada com a força da lei

Interessante reflexão deve ser feita no quão forte vem a ser o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade.

Como vimos, é dado o direito ao Administrador, no exercício de suas funções, considerando determinada lei inconstitucional, negar cumprimento a ela para seguir diretamente o quanto estabelecido diretamente na Carta Magna, em razão da força normativa da Constituição.

Ao juiz ou tribunal também é dado o direito de declarar a inconstitucionalidade de lei em processos submetidos à sua competência, aplicando também diretamente a própria a Constituição ao caso concreto.

Situação semelhante não ocorre nas decisões com efeito vinculante. Nestes casos tanto a Administração quanto os demais órgãos do Poder Judiciário estarão proibidos de agir ou decidir em desconformidade com o quanto estabelecido na decisão do STF.

Neste caso, o efeito vinculante tem uma força impositiva muito maior que a própria lei, posto que esta pode ser afastada (aplicando-se diretamente a Constituição Federal), enquanto aquele não deixa esta margem ao administrador, nem aos órgãos do Poder Judiciário.

Significa dizer que tanto as decisões com efeito vinculante ou até mesmo as súmulas vinculantes tenham imperatividade superior à das leis, já que não são passíveis de afastamento, devendo ser aplicada ao caso, sem qualquer margem de discussão por parte do administrador público ou juiz, diferentemente do que ocorre com as leis, as quais podem ser consideradas por estes como inconstitucionais, negando sua aplicação ao caso concreto.

Deste modo, tal efeito teria o poder de criar “normas” com hierarquia superior à das leis, posto que constituiriam verdadeiras metanormas, aptas a delimitar a eficácia, validade e interpretação de outras normas⁴⁵.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1. ASPECTOS GERAIS

A teoria do *stare decisis*⁴⁶, desenvolvida nos Estados Unidos da América, denota que o precedente judicial firmado por um Tribunal superior tem eficácia vinculante para todos os órgãos e juízes que lhe são hierarquicamente inferiores, e não só para aquela própria Corte⁴⁷. Neste sistema, valoriza-se a força do precedente judicial, sendo mais aplicável nos países da *Common Law*.

Na Inglaterra, é tratada como *doctrine of precedent* ou *rule of precedent*, definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Trainways Company v. London County Council*, onde a *House of Lords* fixou a obrigatoriedade dela mesma vincular-se às suas próprias decisões, bem como declarar a eficácia externa de seus julgados a todas as cortes de grau inferior⁴⁸.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira apontam que, embora tenha sido nos *países da common law* que a teoria dos precedentes judiciais tenha mais se desenvolvido, o precedente judicial não estaria restrito a este sistema, sendo também aplicável aos países da *civil law*, residindo a diferença apenas no grau de autoridade que possui⁴⁹.

⁴⁵ ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia na Constituição. Conpedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁴⁶ Derivado do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, mantenha a decisão e não ofenda o que foi decidido.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 390.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2010, p. 219.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit. loc. cit.

A solução de uma demanda passa, logicamente, pela construção de uma norma concreta para o caso, aplicando-se a norma abstrata que a ele se adequa, por meio da fundamentação da decisão. A fundamentação da decisão, entretanto, não deve ter sua análise restrita ao âmbito interno do processo ao qual foi proferida.

A fundamentação tem importante papel extraprocessual, devendo servir como norte informador, garantindo segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados em geral e não apenas às partes do processo.

A coisa julgada material presta-se a preservação da decisão no seu âmbito interno (endoprocessual), ou seja, resguardando o direito da parte, já a *ratio decidendi* extrapola os limites subjetivos da lide, protegendo os jurisdicionados, dando-lhes segurança jurídica⁵⁰.

Em razão disto, a decisão judicial final (incabível de recurso), no caso da doutrina do *stare decisis*, além de fazer a coisa julgada, é dotada de outra característica importante, já que criará uma verdadeira norma aplicável aos casos posteriores, sempre que haja elementos e aspectos semelhantes entre ambos os casos.

Grande inquietude ocorre atualmente na discussão acerca da força e do valor dos precedentes judiciais. Esta discussão resolve-se por pura razão de justiça, onde devem tratar casos iguais de forma igual e, do contrário, casos diferentes de formas de desiguais. Deste modo, casos semelhantes à casos iguais já julgados anteriormente devem ser julgados da mesma forma que estes⁵¹.

Assim, muito mais do que uma questão de celeridade processual ou de unidade de sistema, a utilização dos precedentes judiciais se basearia em uma questão de justiça para os próprios jurisdicionados, além de passar uma maior ideia de segurança jurídica para estes.

Para MacCormick, uma das razões pela qual é interessante no uso dos precedentes reside no fato de acontecer uma “economia de esforços”, já que tanto magistrados quanto advogados não necessitariam realizar novos esforços

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*, 2012, p.5.

⁵¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

argumentativos sobre as mesmas causas⁵². Deste modo, um caso resolvido uma vez deverá ser tratado como solucionado de uma vez por todas, ressalvados os casos que demonstre-se ter surgido algo que exija a reconsideração⁵³.

3.2. A DIFERENÇA ENTRE RATIO DECIDENDI E FUNDAMENTAÇÃO DO JULGADO

A questão relacionada à eficácia dos precedentes em um sistema jurídico não está relacionada com a eficácia das decisões judiciais como um todo, mas somente ao meio encontrado pelo tribunal para decidir, quando da fundamentação da sentença, a ser aplicável a um caso jurídico posto de igual forma no caso a resolver. A esta solução jurídica encontrada no precedente para resolução da questão, que pode ser invocada em outros casos, dá-se o nome de *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi*, a priori, pode ser considerada como a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão, não se confundindo com a fundamentação, mas dela se extraíndo⁵⁴.

A importância de delimitação do conceito de *ratio decidendi* ou *holding* reside na necessidade de se apurar qual parte do precedente será dotado de efeito vinculante, obrigando a sua observância pelo demais juízes nos casos a serem julgados posteriormente⁵⁵.

Assim, não é todo o precedente que será dotado de efeito vinculante para os demais órgãos julgadores subordinados, mas somente aquilo que vier a ser considerado como a *ratio decidendi* ou *holding* daquela decisão. Deste modo, não é a maneira mais acertada, embora muito usada, falar em precedente vinculante, sendo mais técnico falar-se em razões de decidir vinculantes de um precedente, posto que, com dito, somente esta parte da *decisum* terá o poder de incidir sobre casos futuros semelhantes.

⁵² 191 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

⁵³ Ibidem, p. 191.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p. 4.

⁵⁵ Idem.

A fundamentação adota em um determinado caso não constitui, necessariamente, a razão de decidir (*ratio decidendi*), sendo esta a tese jurídica ou interpretação da norma realizada na decisão. Contudo, a *ratio decidendi* estará contida na fundamentação do caso, mas com ela não se confunde⁵⁶.

Vale esclarecer que as expressões *holding* e *ratio decidendi* referem-se ao mesmo elemento da decisão, ou seja, são sinônimos. *Holding* é oriunda do direito norte-americano, já a *ratio decidendi* do direito inglês⁵⁷.

A *ratio decidendi* não tem equivalente no processo civil brasileiro, não se confundindo nem com a fundamentação e nem com o dispositivo. Enquanto na *common law* ela é extraída dos elementos da decisão: relatório, dispositivo e fundamentação⁵⁸, não estando simplesmente adstrita a esta última, nem com ela se confundindo.

Ainda nesta linha, por ser uma questão de extrema importância, deve-se analisar no precedente quais elementos que devem ser, do ponto de vista, argumentativo, vinculantes ou meramente persuasivos⁵⁹.

Deste modo, o elemento persuasivo forte ou vinculante de uma decisão, como dito anteriormente, reside na *ratio decidendi*, que, nas palavras de Neil MacCormick, consiste⁶⁰:

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Para Celso de Albuquerque Silva: “Preliminarmente, impende esclarecer que as expressões *holding* e *ratio decidendi* se referem ao mesmo elemento da decisão judicial. Em outro dizer, são expressões sinônimas. A primeira delas é própria do direito norte-americano, enquanto que a segunda, do direito inglês. Para efeito deste trabalho, ambas expressões serão utilizadas indistintamente. Quando se tem em vista a específica decisão proferida no caso concreto, o *holding* nada mais é do que a opinião da corte sobre a questão de direito que lhe é posta para análise. Em termos descritivos, A *ratio decidendi* implica simplesmente na explanação da justificação da corte para sua decisão baseada em uma análise sociológica, histórica ou até mesmo psicológica. O resultado dessa análise é considerado verdadeiro ou falso como uma questão de fato. Em termos prescritivos, a *ratio decidendi* se refere ao julgamento normativo, ou seja, uma questão de direito. Nesse último sentido, portanto, o *holding* é o princípio jurídico que o Tribunal estabeleceu para decidir aquele específico caso (...)” (Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182)

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p.5 “É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados “requisitos da sentença”, ela certamente é “algo mais”.”

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. Op cit., p. 193.

⁶⁰ Idem.

“[...] é regra ou princípio para o qual um dado precedente empresta autoridade seja esta regra ou princípio tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes”

A *ratio decidendi* consistiria de tal modo em uma justificação formal feita por um juiz e bastante para decidir uma questão suscitada pelos argumentos das partes, onde a resolução era necessária para a justificação da decisão no caso.⁶¹

E até quando deve o juiz fundamentar a sua decisão? Qual é o limite da sua *ratio decidendi*?

Fato é o de que não exige-se do magistrado argumentem sobre tudo o quanto foi apresentado pelas partes, devendo, entretanto, discorrer tão somente para justificar a procedência ou não das reivindicações ou respostas das partes⁶². Para MacCormick, “quanto mais um julgamento vai além dos pontos efetivamente propostos, maior será o risco de que os argumentos sejam adotados sem a devida consideração de todas as circunstâncias relevantes e dos possíveis contra-argumentos”⁶³.

Essa argumentação demasiadamente ampla e sem a devida profundidade dos temas mais relevantes, portanto, não se faria suficiente para constituir como uma verdadeira *ratio decidendi* do precedente em questão.

Outra questão interessante que merece análise consiste em saber qual órgão define a *ratio decidendi* de um precedente, se o que proferiu o julgado ou o que está a interpretá-lo para aplicação em demandas de sua competência⁶⁴. Embora seja clarividente que o julgador criador do precedente é quem realmente institui a *ratio decidendi*, o órgãos vinculados a tal julgado tem papel fundamental na sua interpretação em face dos novos casos⁶⁵.

Não parece mais correto o entendimento de que a corte posterior também cria o precedente ao delimitar as razões determinantes, indo de encontro com a própria

⁶¹ Ibidem, p. 203.

⁶² Ibidem, p. 202.

⁶³ Ibidem, p. 203.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 5.

⁶⁵ Idem.

base fundamental da teoria dos precedentes, ou seja, padeceria o sistema de segurança jurídica e previsibilidade. Desta feita, o novo caso seria bastante apenas para conferir ao seu julgador a possibilidade de compreensão do precedente, mas não a criação de uma nova *ratio decidendi*⁶⁶.

3.3. AS QUESTÕES OBITER DICTA E O EFEITO VINCULANTE

Já foi abordado que nem toda a fundamentação de um precedente pode ser considerada a sua *ratio decidendi*, de modo que não devem ser tratadas como sinônimas. Isto ocorre porque dentro da fundamentação da decisão, o julgador no seu papel argumentativo levanta questões que, por si só, não levarão a resolução do caso submetido a análise.

Importante não confundir a *ratio decidendi* ou motivos determinantes com as questões *obiter dicta*, as quais consistem apenas em outras opiniões sobre o direito e valores, ligados à questão, indo além do necessário para fundamentar ou constituir razão determinante do julgado, não possuindo, portanto, qualquer efeito vinculante.

Analisando a abrangência do que vem a ser a questão *obiter dicta*, Neil MacCormick leciona⁶⁷:

“Argumentos sobre princípios jurídicos ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e das suas rivais pertencerão à classe das *obiter dicta*. Isso é assim, mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que apenas os argumentos efetivamente aduzidos possam justificar tal solução.”

Ao analisar um precedente e buscar verificar se uma questão trata-se de *ratio decidendi* ou de *obiter dicta*, deve-se questionar acerca da essencialidade de

⁶⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni: “Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso. Lembre-se que é nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e *ratio decidendi* prescritiva, também atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que uma corte posterior está obrigada a seguir.” (Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p. 5)

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. Op cit., p. 203.

discussão sobre tal tema para a finalidade de se tomar a decisão, ou seja, verifica-se o quão necessário será enfrentamento do tema para a resolução do caso⁶⁸.

Deste modo, tem-se analisado as questões *obiter dicta* perante um critério negativo, qual seja, o que não for a *ratio decidendi* do precedente será, portanto, considerado *obiter dicta*⁶⁹.

Por outro lado, o *obiter dicta* não deve ser desprezado, já que pode sinalizar uma futura alteração de entendimento da corte ou até mesmo um argumento persuasivo utilizado⁷⁰, mas jamais será dotado de efeito vinculante, até mesmo porque a análise do precedente vinculante é feita sobre a própria *holding*.

3.4. PRECEDENTES VINCULANTES E PRECEDENTES PERSUASÍVOS

Esta diferenciação realizada entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, é de extrema importância para o entendimento da distinção entre os precedente vinculante (*binding precedentes*) e precedente persuasivo (*persuasive precedentes*). Enquanto os precedentes vinculantes caracterizam-se como aqueles que vinculam as decisões judiciais futuras de casos semelhantes, os precedentes persuasivos não dispõem deste poder vinculatório, porém possuem força persuasiva, dando indícios de sua correção⁷¹.

O precedente judicial será dotado de força vinculante quando existir similitude nas questões de fatos ou de direito levantadas. Em caso de não coincidência de casos, não se deve ignorar a força persuasiva que tal precedente poderá ter no caso a ser analisado.

Fundamental para o estudo dos precedentes persuasivos ou vinculativos é a delimitação da *ratio decidendi*, que poderá ser persuasiva ou vinculativa, posto que as

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p.11

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 388.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 395.

obiter dictum jamais serão vinculativas, mas não se deve negá-las a possibilidade de existência de carga persuasiva.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira destacam que “embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente”.⁷²

É preciso ressaltar que a tradição de precedentes vinculantes está muito mais ligada aos países da *common law* do que da *civil law*, onde os precedentes detém força persuasiva, o que não quer dizer que inexistam precedentes vinculantes em tal sistema. O Brasil, embora seja um país da *civil law*, em alguns casos, terá precedentes obrigatórios, como, por exemplo, as súmulas vinculantes e as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que possuem efeito vinculante aos demais órgãos julgadores.

3.5 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E A APROXIMAÇÃO ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW

A expressão “jurisprudência” tem origem no latim, sendo composta por *juris* e *prudentia*, sendo utilizada para nomear o conjunto das decisões dos tribunais no seu papel interpretativo das leis.

É importante para a análise do precedente judicial saber se a Jurisprudência constitui ou não uma fonte do Direito.

Na visão de Tércio Sampaio Junior, a jurisprudência somente seria fonte do Direito nos países de origem anglo-saxônica, ou seja, no sistema da *common law*, enquanto no países de tradição românica, *civil law*, seria mera fonte de interpretação da lei⁷³.

⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 385.

⁷³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação. 4ª Ed. São Paulo, 2003, p. 131.

Esta não é a visão da maioria da doutrina que vem cada dia mais aceitando a jurisprudência como uma fonte do direito, inclusive, Miguel Reale chega a afirmar que “não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser "de direito" no caso concreto”⁷⁴.

A par desta distinção realizada entre fontes na *common law* e na *civil law*, é importante trazer a lição de Miguel Reale ao citar Tullio Ascarelli e estabelecer que em qualquer dos sistemas a jurisprudência terá sim o extrema importância para o Direito; vejamos a lição:

“Criando ou não Direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica, tendo razão Tullio Ascarelli quando afirma que, se os precedentes jurisprudenciais não exercem, nos países de tradição romanística, o papel por eles desempenhado na experiência do *common law*, nem por isso é secundária a sua importância. Pode mesmo dizer-se que o seu alcance aumenta dia a dia, como decorrência da pleora legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (*standards*) às peculiaridades das relações sociais.”

É inegável a tendência de aproximação pela qual os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* vem sofrendo, de forma que cada vez mais um sistema vem adotando premissas do outro. Contudo, é imperioso destacar inicialmente as características básicas de cada sistema para depois identificar em que pontos tais sistemas estão convergindo.

No sistema da *civil law*, adotado pelos países de origem latina e germânica, o direito pauta-se em torno do processo legislativo, onde a lei passa a ter papel central no ordenamento jurídico, constituindo, inclusive, na principal fonte do direito⁷⁵. Neste

⁷⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 25ª Ed. São Paulo: 2001, p. 160:

⁷⁵ Para Miguel Reale: “Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo Primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

sistema todas as demais fontes do direito, que não a lei, passaram a ter um papel secundário.

Por outro lado, no sistema da *common law* (adotado pelos países de origem anglo-saxônica) o ordenamento jurídico pauta-se muito mais nos costumes e na jurisprudência, tendo a lei um papel muito inferior ao daquelas fontes. Por estar o ordenamento baseado eminentemente na jurisprudência é que este sistema se tornou um campo fértil para o desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais.

Para Migue Reale⁷⁶, “temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica”.

Mas estes sistemas estão passando por algumas alterações estruturais positivas, levando-os a uma maior aproximação entre eles, não só no Brasil, mas em diversos países, como verifica-se a seguir.

A Lei Fundamental da Alemanha de 1949, *Grundgesetz*, previu, em seu art. 94.2, que algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal seriam dotadas de força de lei⁷⁷. A lei orgânica do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht) passou a prever, no § 31.1, que as decisões desta corte vinculariam os órgãos constitucionais da federação, dos estados, todos os tribunais e autoridades⁷⁸.

No mesmo sentido, a Constituição da República Portuguesa passou a regular que as decisões do Tribunal Constitucional, em caso de controle de

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial.” (Lições preliminares de direito, 25ª Ed. São Paulo: 2001, p. 131)

⁷⁶ Ibidem, p. 132.

⁷⁷ Constituição Alemã de 1949, art. 94.2 *Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Fällen seine Entscheidungen Gesetzeskraft haben. Es kann für Verfassungsbeschwerden die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges zur Voraussetzung machen und ein besonderes Annahmeverfahren vorsehen.* Tradução: art. 94.2 Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos.

⁷⁸ Lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão, § 31.1 *Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.* Tradução: § 31.1 As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos estados e todos os tribunais e autoridades.

constitucionalidade e legalidade, teriam força obrigatória e eficácia geral, conforme expressa previsão do art. 282º.1.⁷⁹

A Espanha, por seu turno, também andou na mesma linha dos anteriores citados, estabelecendo, em seu art. 164.1, que as decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como as que não se limitem à análise subjetiva do direito terão plenos efeitos para todos⁸⁰. Ademais, na Lei orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, mais precisamente no art. 38.1, ficou garantido o efeito vinculante a todos os poderes públicos nas sentenças que versem sobre procedimento de inconstitucionalidade⁸¹.

Seguindo a linha do restante dos países do sistema da *civil law*, o Brasil passou e vem passando por uma série de mudança na sua forma de encarar o precedente judicial, tendo havido, com a Emenda Constitucional nº 3, a entrada no nosso ordenamento jurídico do efeito vinculante das decisões em controle constitucionalidade, com visto anteriormente. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, onde, dentre outros institutos, foi criada a Súmula vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal⁸², ficou clara a opção do país por uma maior

⁷⁹ Constituição da República Portuguesa, art. 282º.1 A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

⁸⁰ Art. 164.1. *Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.* Tradução: As Sentenças do Tribunal Constitucional se publicarão no Boletim Oficial do Estado com os votos divergentes, se houver. Terão valor de coisa julgada a partir do dia seguinte de sua publicação e não cabe recurso algum contra elas. As que declarem inconstitucionalidade de uma lei e todas as que não se limitem a estimativa subjetiva de um direito, terão plenos efeitos contra todos.

⁸¹ Art. 38.1. *Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.* Tradução: As sentença que versarem sobre procedimentos de inconstitucionalidade terão o valor de coisa julgada, vincularão todos os poderes públicos e produzirão efeitos gerais desde a data de sua publicação no boletim oficial do estado.

Ver também art. 40.2: *En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.*

⁸² CF/88, art. 103-A: 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.

aproximação com o sistema da *common law*, passando o precedente a ter força cada vez mais obrigatória.

Esta tendência de aproximação também ocorre na no sentido contrário, ou seja, o sistema da *common law*, também vem reconhecendo a necessidade de adoção de características do *civil law*.

Nesta linha, René David, ressaltando a importância que as leis e os regulamentos passaram a ter na *common law* para resolver aos anseios do *Welfare-state*, elucidada sobre a aproximação com a *civil law*:

“Para resolver os problemas do *welfare-state*, talvez os direitos românicos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês. Esboça-se, assim, um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu; este movimento é estimulado pelas necessidades do comércio internacional e favorecido por uma mais nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental: a entrada do Reino Unido na Comunidade Econômica Europeia poderá dar um novo impulso a esta aproximação.”⁸³

Toda esta interação pela qual vêm passando os sistemas jurídicos existentes no mundo ocidental somente vem reforçar ser plenamente compatível a adoção da Teoria dos precedentes judiciais nos países da *civil law*, de modo que torna-se ultrapassada a ideia de que tal teoria somente estaria restrita a países da *common law*.

3.6. O PROCEDENTE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

Ao analisar a aproximação do sistema da *civil law* com o sistema da *common law*, verificamos que, em alguns países europeus, esta convergência se deu em razão

⁸³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho, 4ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 379.

da adoção por estes do efeito vinculante das decisões oriundas dos seus Tribunais Constitucionais, refletindo, assim, uma maior força ao precedente judicial.

Em que pese o Brasil também ter adotado o efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, algumas vezes permanecem incrédulas quanto à adoção da teoria dos precedentes judiciais aqui, o que parece ser conflitante com a própria noção daquele efeito.

Como já foi abordado, existe no Brasil uma discussão sobre os limites objetivos do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em ações abstratas de constitucionalidade. Discute-se se o efeito vinculante incidirá sobre a *ratio decidendi* da decisão ou somente sobre a parte dispositiva. Quando da análise do efeito vinculante a tese defendida aqui foi pela incidência de tais efeitos também nas razões determinantes das decisões.

Vale destacar que esta discussão sobre a restrição dos efeitos vinculantes à parte dispositiva da decisão é restrita ao ordenamento pátrio, de modo que não há grandes controvérsias em outros ordenamentos acerca da sua incidência sobre os motivos determinantes da decisão.

É importante que se perceba a incidência do efeito vinculatório na *ratio decidendi* é plenamente compatível com a teoria dos precedentes judiciais importada dos países da *common law* e de crescente papel em nosso ordenamento jurídico. Aliás, a adoção de tal extensão do efeito vinculante nada mais é do que a adoção dos precedentes judiciais.

Toda a teoria do precedente desenvolve-se no sentido de que só há precedente vinculante quando a *ratio decidendi* tem força vinculante. Logo, se o efeito vinculante não puder incidir sobre os motivos determinantes, de nada servirá tal efeito, posto que não tem nenhuma relação com a sua essência se ficar restrito à parte dispositiva do julgado, ficando muito difícil, inclusive, de achar uma função para ele que a coisa julgada e a eficácia erga omnes não sejam suficientes para produzir⁸⁴.

⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni: “Os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada erga omnes não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada erga omnes dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.” (Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p. 33)

Ora, se o precedente judicial só terá razão de existir se atingir a *ratio decidendi* do julgado, sendo ela a parte do precedente com caráter vinculante sobre os demais órgãos e não a parte dispositiva, não há razão para que, no Brasil, adote-se um efeito vinculante restrito à parte dispositiva da decisão.

É neste sentido que Marinoni, advoga a favor da correta aplicação efeito vinculante, diferenciando-o da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* da decisão, vejamos:

“Os conceitos de coisa julgada material e coisa julgada erga omnes não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí terá alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada erga omnes dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.”⁸⁵

Deste modo, não há razão para dizer negar ao efeito vinculante abrangência sobre os motivos determinantes de tais decisões, devendo ser aplicável esta *ratio decidendi* a todos os demais casos que comportem situação semelhante, constituindo, assim, uma decorrência lógica da própria ideia de precedente judicial⁸⁶.

4. A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p. 31.

⁸⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni: “Nesta dimensão, de qualquer forma, não há razão para não admitir a adoção da *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes de decisão de inconstitucionalidade em caso que se impugne norma de conteúdo similar. Aliás, embora o art. 102 2º, da CF afirme que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, têm eficácia vinculante “relativamente aos demais órgãos do poder judiciário” e, portanto, não sobre o Supremo Tribunal Federal, parece inquestionável que as *rationes decidendi* das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – seja em controle concentrado, seja em controle difuso - não podem deixar de ser por ele observadas. Entendimento contrário daria ao Tribunal a que incumbe a tarefa de interpretar a Constituição, zelando pela sua força normativa, a possibilidade de negar a sua importante missão para a estabilização da ordem jurídica constitucional.” (Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão, 2012, p. 33)

Com a análise anterior da extensão do efeito vinculante à *ratio decidendi* das decisões, somada ao estudo sobre a teoria dos precedentes judiciais, a noção basilar acerca da transcendência dos motivos determinantes já foi passada, restando aqui o estudo mais detalhado, além da observação das possíveis vantagens e desvantagens da aplicação desta teoria no nosso ordenamento jurídico.

4.1. CONCEITO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DO EFEITO VINCULANTE.

Importante deixar claro que a condição *sine qua non* para falar-se em transcendência dos Motivos determinantes consiste na “ampliação”⁸⁷ dos limites objetivos do efeito vinculante, devendo este não estar restrito à parte dispositiva da decisão, mas incidindo sobre a *ratio decidendi* das decisões.

Assim, não há falar da possibilidade de transcendência dos motivos determinantes de uma decisão se o efeito vinculante incidir somente sobre a parte dispositiva daquela.

Gilmar Ferreira Mendes⁸⁸, reconhecendo a existência de controvérsia no nosso ordenamento jurídico sobre os limites objetivos do efeito vinculante, faz uma formulação clara da problemática:

“Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados “fundamentos determinantes”, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as

⁸⁷ Foi usada a expressão “ampliação” entre aspas porque o entendimento aqui adotado consiste em ser característica do efeito vinculante a sua incidência sobre a *ratio decidendi*, embora não seja este o entendimento jurisprudencial atualmente adotado no Brasil. Por isso, o uso da palavra “ampliação”, já que, embora nosso entendimento se curve para isto ser uma característica inerente ao efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal o tem limitado à parte dispositiva do julgado.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional, 2009, p. 1334.

considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*.”

Com foi visto no *item 2.6.4*, o § 2º do art. 102 da Constituição Federal⁸⁹ determina que as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O efeito vinculante foi inserido constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, restringindo-o às Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tendo sido posteriormente, em sede constitucional, estendido para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por meio da Emenda Constitucional 45/2004. É importante trazermos à baila o conceito de Efeito Vinculante constante no próprio projeto de Emenda Constitucional que deu origem à EC 3/93 para que se possa compreender a intenção do constituinte derivado ao instituí-lo. Vejamos:

“Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).”

Este conceito demonstra não só a intenção do poder constituinte derivado como também o real fundamento do Efeito Vinculante que é de ser extensível também à

⁸⁹ CF/88, art. 102, § 2º 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.

ratio decidendi e não apenas à parte dispositiva como está acontecendo no Brasil e veremos a seguir.

Neste sentido, para Uadi Lammêgo Lulos⁹⁰ "[...] o efeito vinculante não se limita, apenas, à parte dispositiva da sentença. Alcança, também, os motivos ou fundamentos determinantes, para preservar a própria integridade hierárquica da Lex Mater".

Concomitantemente, a aplicação do efeito vinculante na *ratio decidendi* (razão de decidir), e não apenas na parte dispositiva da decisão, vem por fortalecer cada vez mais o precedente judicial, o que pode ser muito benéfico para toda a sociedade diante de maior celeridade e economia processual, segurança jurídica, o que denotaria de certo modo um maior acesso à justiça.

Após a análise dos limites objetivos do efeito vinculante e constata a sua necessidade de incidência sobre os fundamentos determinantes que levaram à decisão, torna-se tarefa tranquila o entendimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Podemos, assim, conceituar a transcendência dos motivos determinantes como a consequência gerada pela adoção do efeito vinculante incidente sobre a *ratio decidendi* de uma decisão, de modo a torna-la aplicável automaticamente a outros demais casos idênticos de forma obrigatória. Deste modo, por haver força vinculatória da *ratio decidendi* de determinado julgado, esta transcenderia para os casos que com ela guardem semelhança, incidindo de forma obrigatória.

4.2. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA DA UTILIZAÇÃO DOS EFEITOS TRANSCENDENTES.

É importante neste ponto esclarecer qual a consequência prática da utilização dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes de uma decisão.

Os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, caso adotada esta teoria, transcenderiam o caso singular, já

⁹⁰ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p.262.

que os fundamentos determinantes da decisão deste caso deverão ser observados por todos os tribunais e autoridades em futuros casos⁹¹.

Gilmar Ferreira Mendes, ao relacionar a amplitude do efeito vinculante com a sua transcendência para os demais casos concretos que versem sobre a mesma matéria, elucida:

“Como se vê, com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.”⁹²

Aqui merece rememorar que somente transcenderão os motivos determinantes⁹³ da decisão, sendo um erro confundi-los com a fundamentação da decisão, já que esta é mais ampla, posto que abrange também as questões *obiter dicta*, que, como visto, não devem vincular.

Para visualização de como se dará esta transcendência na prática, imaginemos a situação hipotética de um Estado ter editado uma lei instituindo a pena de morte, o que seria manifestamente inconstitucional. Provocado, por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a referida lei inconstitucional.

No dispositivo desta referida decisão constaria que a Lei “X” do Estado “A” foi declarada inconstitucional, tendo, portanto, a inconstitucionalidade dela ser respeitada por todos, diante de sua eficácia *erga omnes* e vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 283

⁹² Idem.

⁹³ “Motivos determinantes”, “*ratio decidendi*”, “fundamentos determinantes” “razão de decidir” e “*holding*” consistem em expressões sinônimas.

Contudo, caso aplicável a teoria da transcendência dos motivos determinantes, não só o dispositivo da supracitada decisão da ADI se revestiria de efeito vinculante, mas também os fundamentos determinantes que levaram à decisão, ou seja, da norma jurídica extraída do caso.

Deste modo, ao albergar também o fundamento determinante que levou ao julgamento da inconstitucionalidade da lei “X”, o efeito vinculante deveria ser observado em face de todas as leis municipais, estaduais ou federais que fossem editadas e guardassem semelhança com o motivo pelo qual foi declarada a inconstitucionalidade.

Caso entenda-se pela não aceitação da supracitada teoria, deve o Supremo Tribunal Federal manifestar-se, quando provocado por meio de ADI, em todas as leis que fossem editadas no mesmo sentido da Lei “X”, o que seria uma afronta aos princípios da celeridade processual, economia processual e segurança jurídica.

Aplicação desta teoria seria de fundamental importância para a transformação do Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira corte constitucional, para, assim, desempenhar seu papel principal, qual seja, o de intérprete da Constituição.

Neste sentido, o próprio Uadi Lammêgo Bulos⁹⁴ leciona:

“O Supremo Tribunal Federal é o oráculo do Texto Maior (art. 102, caput). Seus vereditos, independentemente de quaisquer chancelas, devem lograr eficácia contra todos e efeito vinculante, tanto na via de ação como na de exceção. Por que não convertê-lo numa autêntica Corte Constitucional?”

Falar em declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante sobre a *ratio decidendi*, seria o mesmo que afirmar a adoção pelo Brasil da teoria dos precedentes judiciais, conferindo a esta corte maior legitimidade no seu papel de intérprete da Constituição.

Foi exatamente neste sentido, com vimos no capítulo dos precedentes judiciais, que está se dando a aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, ou seja, a com a adoção do efeito vinculante das decisões proferidas em controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammego. op. cit., loc. cit.

4.3. A ADOÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Reflexão de grande relevo deve ser feita com relação à existência (ou não) de necessidade de uso da Súmula Vinculante para o caso de adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário” introduziu na Constituição Federal o art. 103-A, criando o instituto da Súmula Vinculante⁹⁵. Neste caso, estabeleceu que poderá o STF editar súmula, por deliberação de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, dotada de efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública.

Trata-se de tentativa de assegurar o princípio da isonomia, buscando-se evitar que casos semelhantes sejam julgados de forma diversa, o que geraria distorções inaceitáveis.

É importante lembrarmos que as decisões em controle de constitucionalidade podem ter eficácia *erga omnes*, no caso do controle concentrado, ou *inter partes*, como ocorre no controle difuso.

Por outro lado, caso se adote a transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade, como já dito anteriormente e aqui defendido, as próprias razões fundamentais terão efeito vinculatório, devendo ser aplicada diretamente sobre os demais casos análogos.

Ora, se a própria razão de decidir da ação pela via direta de constitucionalidade já seria dotada de efeito vinculante, qual seria o sentido de se utilizar de Súmula Vinculante no controle concentrado de constitucionalidade?

⁹⁵ CF/88, art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de 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

Não há nenhuma sentido! Por isso, resta claro ser a súmula vinculante o instituto criado para conceder efeito vinculante às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, ao passo que o efeito vinculante das razões determinantes no controle concentrado de constitucionalidade seria obtido pela simples decisão do caso.

Justamente por ter eficácia *inter partes* e não ser dotada de efeito vinculante é que surge, para a decisão de controle difuso de constitucionalidade, a necessidade de adoção da súmula vinculante, de modo atribuir-lhe efeito vinculatório aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estatal ou municipal.

É exatamente nesta linha que Luiz Delore, ainda que discordando da adoção da transcendência dos motivos determinantes, esclarece:

“Assim se conclui porque se a teoria da transcendência dos motivos determinantes fosse aceita, não haveria necessidade de edição de súmula vinculante em relação à matéria já decidida no âmbito de controle de concentrado de constitucionalidade – exatamente porque os argumentos utilizados no julgamento da ADI seriam dotados de efeito vinculante”⁹⁶.

Em que pese tenha o STF já se utilizado de súmulas vinculantes para casos decididos por meio de ADI⁹⁷, é importante frisar que isto somente ocorreu porque esta corte não é adepta da transcendência dos motivos determinantes das suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade, pois, caso contrário, não haveria lógica na utilização de tal instituto, conforme fora elucidado.

É plenamente possível e lógico, do ponto de vista sistemático, falar em coexistência da transcendência dos motivos determinantes com o uso da súmula vinculante, onde, aquela estaria restrita às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e esta aos casos de controle de difuso.

⁹⁶ DELORE, Luiz Guilherme. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 454

⁹⁷ Luiz Guilherme Delore: “Contudo, há súmulas lastreadas em julgados proferidos no âmbito do controle concentrado. É o que se verificou em relação à Súmula Vinculante 2, editada não com lastro em decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários, mas sim em diversa ADI. E, da mesma forma, a Súmula Vinculante 28, editada a partir do julgamento de uma única ADI” (*Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 454).

Da mesma forma que a súmula vinculante não deve ser aplicada aos casos de controle concentrado de constitucionalidade, não nos parece correto dizer que a teoria da transcendência dos motivos determinantes seja aplicável à decisões proferidas em controle difuso, pelo menos no nosso ordenamento jurídico.

Caso adotada esta teoria também para os casos submetidos ao controle difuso de constitucionalidade, não haveria sentido de a EC 45/04 ter criado a súmula vinculante, posto que todas as decisões do STF, seja de forma difusa ou concentrada, já seriam dotadas efeito vinculatório sobre a *ratio decidendi*, não restando, assim, nenhuma utilidade prática para a súmula vinculante.

Não nos parece ser a melhor opção a adoção da transcendência dos motivos determinantes nas decisões do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que, além de ser incompatível com a existência da súmula vinculante, tais decisões não são dotadas de qualquer efeito vinculante. Ora, se a teoria da transcendência dos motivos determinantes consiste na ampliação do limite objetivo do efeito vinculante para extrapolar a parte dispositiva do julgado, incidindo sobre a *ratio decidendi*, como seria possível a utilização desta teoria em decisões que são desprovidas de qualquer efeito vinculatória à princípio?

Se as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não são dotadas de efeito vinculante, o meio correto para atribuir este efeito às razões da decisão é a súmula vinculante e não a transcendência dos motivos determinantes, já que esta limita-se a ampliar objetivamente um efeito já existente da decisão.

Clara é, portanto, a incompatibilidade entre súmula vinculante e a transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade.

Analisando o ordenamento jurídico como um todo, parece o mais correto que a transcendência dos motivos determinantes seja aplicada aos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle concentrado de constitucionalidade, não se aplicando ao controle difuso, enquanto a súmula vinculante deve restringir-se ao controle difuso, não havendo necessidade de sua utilização para casos submetidos de forma concentrada ao tribunal, haja vista que o próprios motivos determinantes das decisões já serão dotados de efeito vinculante.

4.4. VANTAGENS DA APLICAÇÃO DA TEORIA

Passado o estudo mais propedêutico acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes, passemos agora à análise de quais as principais vantagens para o caso de sua utilização nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

Nítidas e inúmeras são as vantagens da aplicação desta teoria em nosso ordenamento jurídico pátrio, podendo significar, inclusive, um reforço papel ao Supremo Tribunal Federal de corte constitucional e reduzindo o seu caráter de um mero tribunal de recursos.

Ademais, adoção da transcendência teria importância significativa na implementação e efetivação de diversos princípios processuais, inclusive constitucionais, como passaremos a analisar a seguir.

4.4.1. Valorização do precedente judicial

Inegável é a contribuição que a ampliação do limite objetivo do efeito vinculante poderia trazer à força das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, somente há falar em precedente judicial quando leva-se em conta na decisão os motivos determinantes que levaram o órgão julgador a decidir de tal modo. Verificamos ainda que, para o precedente ser considerado vinculante, tais motivos determinantes devem ser dotados de efeito vinculante⁹⁸.

A partir do momento que a decisão do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, passa a ter efeito vinculante incidente sobre a sua *ratio decidendi*, resta claro que tal decisão tratar-se-á de um verdadeiro precedente vinculante. Vale ressaltar que isto ocorre vez que não há falar em precedente considerando somente

⁹⁸ Freddie Didier Junior; Paula Sarno Braga; Rafael Oliveira esclarecem: “embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente” (Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 385).

a parte dispositiva da decisão, haja vista ser da essência do instituto análise dos motivos determinantes para o julgamento do caso.

Deste modo, ao propormos a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, estamos, invariavelmente, falando em utilização também da teoria dos precedentes em nosso ordenamento jurídico.

O efeito transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal, além de demonstrar uma valorização do precedente judicial em nosso ordenamento jurídico, corrobora, por óbvio, em uma maior aproximação do nosso sistema da *civil law* do sistema da *common law*, tema já tratado em capítulo anterior.

4.4.2. Segurança jurídica

É necessário que situações jurídicas não padeçam por todo tempo de instabilidade, gerando, nestes casos, incertezas e receio entre os jurisdicionados⁹⁹. Para evitar que isto ocorra, alguns institutos foram criados no direito para conceder-lhes uma maior segurança jurídica, neste ponto podemos citar, por exemplo, a prescrição e a decadência, capazes de conferir maior estabilidade nas relações jurídicas.

Para que o particular tenha segurança jurídica nas suas relações é fundamental o conhecimento das posições teses defendidas pelo poder judiciário para que possa pautar a sua vida e suas atitudes de forma a não ser surpreendido ou mesmo não saber qual posição tomar diante de determinado caso.

O Poder Judiciário tem importante papel nesta missão de conferir maior estabilidade às relações jurídicas entre particulares. Alterações corriqueiras em jurisprudências das cortes e decisões diferentes para casos semelhantes geram enorme incerteza aos jurisdicionados, de modo que deve ser tarefa precípua deste poder evitar tais situações.

⁹⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 21ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38.

Ao respeitar a isonomia, tratando o Direito em sua plena unidade, desviando-se de incongruências nas decisões, o Poder Judiciário estará contribuindo para uma maior segurança jurídica entre seus jurisdicionados.

É neste sentido que a teoria das transcendência dos motivos determinantes contribui para a efetivação de uma maior segurança jurídica em seus aspectos objetivo e subjetivo¹⁰⁰.

À medida que as razões determinantes de um julgado são transcendidas para outros casos, elimina-se a necessidade de novo julgamento sobre a mesma matéria e, conseqüentemente, a possibilidade de existir julgamentos contraditórios entre si, gerando maior segurança jurídica.

Esta segurança jurídica é, *in casu*, alcançada respeitando a isonomia e a unidade do Direito, somente ocorrendo no controle concentrado de constitucionalidade se o efeito vinculante incidir sobre os fundamentos determinantes e não somente na parte dispositiva do julgado, o que impossibilitaria ao STF de produzir decisões diferentes em casos análogos.

Com a adoção da transcendência dos motivos determinantes, os jurisdicionados terão a segurança de que o entendimento da corte é aquele manifestado na *ratio* da decisão, sendo válido para todos os demais casos semelhantes submetidos à análise.

É neste sentido, inclusive, que Robert Alexy destaca, em sua teoria da argumentação, que “ao menos uma norma universal deve ser aduzida na justificação de um julgamento jurídicos”¹⁰¹. Seria, portanto, esta norma universal, com caráter vinculante, no caso da transcendência dos motivos determinante, responsável por conferir uma maior segurança jurídica.

¹⁰⁰ Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. Pelo primeiro, confere-se relevo ao aspecto objetivo do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o aspecto subjetivo, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade” (*Manual de Direito Administrativo*, 21ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38).

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 296.

4.4.3. Economia processual

Uma outra vantagem para a aplicação dos efeitos transcendentais consiste na verificação de uma maior economia processual, por consequência, uma redução das demandas de ações diretas de controle de constitucionalidade no STF.

Esta economia processual realiza-se com o máximo de resultado na atuação do direito alcançado, contudo, com o menor emprego possível de atividades processuais¹⁰².

Na medida que as razões determinantes de um julgado transcendem com força vinculante para os demais casos análogos, não exigindo a propositura de uma nova ação para a necessidade de obtenção do resultado, tem-se por efetivado o princípio da economia processual.

Para o caso de não adoção da transcendência dos motivos determinantes, onde o efeito vinculante deve se ater apenas à parte dispositiva da decisão, existe a necessidade da propositura de uma nova ação para resolução da questão em casos que versem sobre as controvérsias semelhantes, caso não tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma na decisão anterior.

Para ilustrar como se dará a economia processual neste caso, imaginemos, por exemplo, a situação onde um Estado “A” institua um imposto, por meio da Lei “X”, que não seja da sua competência. Caso a lei instituidora venha a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na hipótese de não adoção da transcendência dos motivos determinantes, a norma abstrata que obterá da decisão é de que a Lei X será inconstitucional. Assim, todos os demais órgãos do poder judiciário e administração pública deve considerar que a Lei “X” do Estado “A” é inconstitucional, respeitando o caráter vinculante da decisão do STF.

Contudo, caso o Estado “B” tenha editado uma lei com o mesmo conteúdo daquela que fora declarada inconstitucional, a decisão do Supremo Tribunal Federal

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel . *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, p. 79.

não terá nenhuma incidência sobre ela, posto que não teriam os motivos determinantes da decisão efeito vinculante.

Por outro lado, em caso de adoção da citada teoria, o Supremo Tribunal Federal em ação pela via direta, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei “X”, estará concedendo às razões determinantes da decisão efeito vinculante, de modo que a norma abstrata retirada dela, incidirá também sobre todos os atos normativos que tenham o mesmo conteúdo do declarado inconstitucional, ainda que não tenha sido objeto da ação de controle de constitucionalidade.

Neste caso, a hipotética lei do Estado “B” também deveria ser considerada inconstitucional sem a necessidade da propositura de uma nova ação direta questionando a sua constitucionalidade, além do que todos os processos subjetivos que tenham como causa de pedir a inconstitucionalidade desta referida lei também teriam o incidente resolvido automaticamente.

É nesta esteira que Luis Roberto Barroso preceitua que “seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é”¹⁰³.

Esta representação hipotética trazida à baila é importante para demonstrar o quão importante para a efetivação do princípio da economia processual é a adoção da transcendência dos motivos determinantes, posto que, além de tornar desnecessária a propositura de novas ações diretas específicas para leis com conteúdos semelhantes já declaradas inconstitucionais ou constitucionais, resolve automaticamente os incidentes de inconstitucionalidade levantados sobre aquelas leis.

4.5. CRÍTICAS À APLICAÇÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Em que pese termos tratado de algumas importantes vantagens da aplicação da transcendência dos motivos determinantes, existem vozes na doutrina que, ao

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

discordarem de sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico, enumeram algumas críticas a ela, como verificaremos a seguir.

A primeira crítica que se faz com relação a aplicação desta teoria em nosso ordenamento jurídico funda-se no art. 469, I, do Código de Processo Civil¹⁰⁴, o qual restringe a coisa julgada à parte dispositiva da decisão, não atingindo os motivos determinantes.

Esta crítica baseia-se na ideia de que a transcendência dos motivos determinantes seria uma ampliação dos limites objetivos da coisa julgada¹⁰⁵, considerando isto total afronta ao quanto estabelecido no CPC, posto ser este claro ao restringir tal instituto à parte dispositiva do julgado¹⁰⁶.

De fato, não se pode discordar que a coisa julgada não deve atingir os motivos determinantes de uma decisão, até mesmo por causa da vedação expressa do já citado art. 469, I do Código de Processo Civil. Neste ponto não há o que questionar neste posicionamento.

Contudo, ao nosso entender, o equívoco desta corrente está em considerar a transcendência dos motivos determinantes como a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, quando, na verdade, ela consiste na ampliação¹⁰⁷ dos limites objetivos do efeito vinculante. Ressalte-se que, como já explicitado anteriormente, tratam-se de institutos diversos que não devem ser confundidos ou até mesmo tratados de maneira igual.

¹⁰⁴ Código de Processo Civil, art. 469, I: Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

¹⁰⁵ Nesse sentido, Luiz Delore defende que “Desta forma, não há nada na Constituição ou na legislação especial que permita se afirmar que há o referido alargamento dos limites objetivos da coisa julgada. Muito pelo contrário.” (DELORE, Luiz Guilherme. Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 430).

¹⁰⁶ Defendendo isto, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita afirma que: “A legislação não permite nem atribui essa ampliação, e o art. 469, I, do CPC, ainda dispõe que não fazem coisa julgada os motivos determinantes, `ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas. Revista de Direito Constitucional e internacional, São Paulo: RT, n. 68, p.258, jul./set. 2009)

¹⁰⁷ A expressão “ampliação dos limites objetivos” somente tem sentido porque no ordenamento jurídico pátrio o efeito vinculante foi recepcionado de forma diversa da sua essência, onde já deveria incidir diretamente sobre os motivos determinantes. O uso do termo “ampliação” pode passar a impressão que se está querendo ampliar o alcance, quando na verdade isto é da própria natureza do efeito vinculante.

Seguindo este raciocínio, André Dias Fernandes pugna pela “impossibilidade de conceber o efeito vinculante como mera expansão dos limites objetivos da coisa julgada *erga omnes*”¹⁰⁸.

Gilmar Mendes, o maior defensor da transcendência dos motivos determinantes do Brasil, ao ressaltar a importância de estudar o efeito vinculante sob a ótica de sua essência no direito alemão, deixa claro, embora reconhecendo ser a coisa julgada restrita somente sobre o dispositivo da decisão, ter o efeito vinculante incidência sobre os motivos determinantes, restando lógico não tratar-se de mera ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Vejamos:

“Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão. Segundo esse entendimento, 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”¹⁰⁹.

Outra crítica feita à teoria aqui estudada diz respeito ao procedimento adotado para a publicação do acórdão proferido em sede de ADI e ADC previsto no art. 28 da lei 9668/1999, o qual determina em seu *caput* apenas a publicação da parte dispositiva do julgado em diário oficial, enquanto no parágrafo único estabelece o efeito vinculante¹¹⁰. Transcreve-se aqui o referido artigo para análise:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção

¹⁰⁸ FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 169.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*, 6ª Ed, São Paulo, 2014, p. 492.

¹¹⁰ É neste sentido a crítica de André Dias Fernandes: “Ora, é princípio universalmente consagrado o de que as leis só passam a vigorar após sua publicação oficial, pois só a partir de então é que se passa a conhecer seu texto oficial que vinculará a todos os seus destinatários. Sem o conhecimento do texto oficial, não há como obrigar ninguém a cumpri-lo. Afinal, como se pode obedecer a uma ordem se não se sabe o teor desta ordem? Assim, mesmo a ficção legal segundo a qual se considera a lei como conhecida de todos não prescinde da publicação oficial da lei, a partir da qual esta ficção pode começar a operar” (*Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 207)

especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Para Luiz Delore “se a legislação somente determina a publicação do dispositivo, conclui-se que o efeito vinculante – mencionado no parágrafo – somente pode se referir ao dispositivo, e não à fundamentação”¹¹¹.

Em que pese o respeito a esta posição, não nos parece conter um argumento forte o suficiente para afastar a aplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes.

Primeiramente, não devemos confundir motivo determinante com a fundamentação, já que o primeiro deve ser extraído quando da análise de toda a decisão, enquanto a segunda consiste apenas em uma parte da decisão. Ressalte-se que não será toda a fundamentação que será tida como *ratio decidendi*, mas apenas aquele fundamento considerado determinante para a resolução do caso. Não é, portanto, a fundamentação que será dotada de efeito vinculante, e sim o motivo determinante.

Ao nosso entender a fraqueza dessa crítica reside em atribuir à parte dispositiva valor primordial em face do restante da decisão, pelo simples fato de ser obrigatória somente à publicação desta parte. Adotar esta crítica é reduzir toda a fundamentação do julgado a uma mera parte ilustrativa, sem valor e validade alguma, o que não parece a melhor solução.

Ademais, o simples fato de haver um procedimento determinando apenas a publicação na imprensa oficial do dispositivo não pode ser encarado como fator determinante para a adoção ou não de uma teoria, até mesmo porque a regra em nosso ordenamento jurídico é a de se publicar somente esta parte do julgado, porque

¹¹¹ DELORE, Luiz Guilherme. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 430.

é ela que sofre com o trânsito em julgado¹¹². A razão de se publicar somente o dispositivo está, portanto, muito mais ligado ao trânsito em julgado e a coisa julgada, do que o efeito vinculante propriamente dito¹¹³.

Ainda que se entenda o contrário, não existe nenhum óbice para que se venha a publicar a íntegra da decisão no caso de se considerar transcendentais os efeitos da decisão, já que art. 28 da Lei 9668/1999 não proíbe esta prática.

Uma terceira crítica, esta na seara jurisprudencial¹¹⁴, feita ao efeito transcendente dos motivos determinantes reside no fato de que, caso ela fosse adotado, haveria um aumento substancial do número de Reclamações constitucionais propostas no Supremo Tribunal Federal, o que poderia elevar o número de demandas a ser decidido pela corte.

Embora tenhamos reservado a análise da Reclamação Constitucional para o próximo capítulo é importante trazeremos algumas considerações sobre o tema com a finalidade de demonstrar a invalidade da crítica.

Obviamente que, ao transcender os motivos determinantes para casos semelhantes, o número de Reclamações apresentadas ao Supremo Tribunal Federal tenderá a subir. Quanto à isto não há nenhuma discordância, posto que trata-se do remédio correto para proteger decisões dotadas de efeito vinculante e à medida que este se amplia para resguardar um número maior de situações, logicamente, mais casos estarão passíveis de Reclamações.

Entretanto, o que não se concorda é que isto iria implicar na pauta de julgamentos da corte maior. Ora, se o número de Reclamações irão aumentar, por outro lado o número de Recursos Extraordinários, ADCs e ADIs irão diminuir, não havendo, assim, nenhum impacto negativo na quantidade de casos submetidos aos STF.

¹¹² Neste sentido, observe-se o art. 506, III, combinado com o art. 469, I, ambos do CPC: “Art. 506 O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: [...] III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial.” “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;”

¹¹³ “A motivação não faz coisa julgada, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da decisão. Apenas a parte dispositiva é cristalizada com o trânsito em julgado” (Rcl 1171/DF, DJ 30.06.2003)

¹¹⁴ STF, Rcl 1987-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01.10.2003

Acontece que, como o procedimento da Reclamação Constitucional é muito mais célere e simples do que os modelos convencionais, os jurisdicionados terão uma resposta jurisdicional muito rápida, sem ter que, por exemplo, esperar anos para ter um Recurso Extraordinário julgado¹¹⁵.

Sem contar que, ao adotar a transcendência dos motivos determinantes, somente serão utilizadas as Reclamações constitucionais para o caso de descumprimento da decisão com efeitos transcendentais. O erro desta crítica reside em considerar que haverá o descumprimento da decisão em todo o caso semelhante ao julgado.

Por outro lado, caso não adotada a teoria, haveria a necessidade de ingresso com uma ação direta ou um recurso extraordinário para todos os casos que tratem de casos semelhantes, mas que o ato declarado inconstitucional não tenha sido objeto da decisão do STF. Ou seja, enquanto a Reclamação constitucional somente seria aplicável a casos de descumprimento da decisão, o uso de ADC, ADI e Recurso Extraordinário caberia em todos os casos que versassem sobre norma de mesmo conteúdo.

Vale ressaltar que trataremos sobre o tema das Reclamações Constitucionais no capítulo 5 a seguir de forma mais aprofundada.

Um quarto problema identificado para a aplicação da transcendência reside no modelo de decisão colegiado adotado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, segundo os críticos, tornaria difícil a tarefa de se identificar qual a *ratio decidendi* do julgamento.

O modo de julgamento colegiado adotado pelo STF, onde cada ministro declara seu voto nas causas de maneira extensa e, algumas vezes, com argumentos diversos, geraria uma grande dificuldade de se verificar quais os motivos determinantes da referida decisão que deverão transcender a outros casos¹¹⁶.

¹¹⁵ Neste sentido, vejamos o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 3014: “Pior para as partes, por que o Tribunal só vai se pronunciar depois de passados muitos anos. E não se trata de heterodoxia. O tribunal já vem aceitando emitir juízo sobre o controle de constitucionalidade na reclamação.” (STF, Rcl 3014-SP, Rel. Min. Ayres Britto, 10.03.10)

¹¹⁶ DELORE, Luiz Guilherme. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 432.

Destaca-se ainda que, até mesmo em uma decisão unânime, existe a possibilidade de se verificar no julgamento onze fundamentos diferentes capazes de levar a uma mesma conclusão.

Fundamentando esta crítica ao efeito transcendente, Luiz Delore¹¹⁷ questiona se “é de se admitir que, no julgamento realizado pela via concentrada, devem vincular, além do dispositivo, onze fundamentações ou motivos determinantes?”.

Realmente, o modelo de julgamento adotado pelo STF pode, em alguns casos, dificultar a identificação dos motivos determinantes de suas decisões, haja vista o texto da ementa do acórdão informa somente o quanto decidido pelo Tribunal por maioria ou por unanimidade de votos, levando-se em conta apenas a parte dispositiva dos votos de seus membros.

Contudo, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha algumas alterações posteriores, é datado do ano de 1980, onde não se falava de transcendência dos motivos determinantes ou mesmo sobre efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual a estrutura de seus acórdãos foi desenhada para aquele modelo. Isso não significa que a mera forma de julgamento seja capaz de obstar um avanço desta magnitude na força da decisão da corte, sendo plenamente possível uma correção no Regimento Interno para ajustá-lo ao modelo a ser adotado, identificando de forma clara a *ratio decidendi* extensível a outros casos.

Lembremos que o efeito vinculante decorre da própria Constituição Federal, e não da forma de julgamento prevista no Regimento Interno do STF. Deste modo, caso entenda o guardião da Constituição pela aplicação da transcendência dos motivos determinantes, deve-se ajustar o Regimento Interno para prever uma forma de decisão capaz de identificar as razões determinantes do julgado.

É importante fixar que é possível a obtenção de um *ratio decidendi* ou *holding* proveniente de um órgão colegiado com capacidade de vincular outros determinados órgãos. É o que ocorre, por exemplo, com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Supreme Court of the United States), onde aplica-se a teoria dos precedentes, dotados em alguns casos de caráter vinculante, e do Tribunal

¹¹⁷ DELORE, Luiz Guilherme. *Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 432.

Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), o qual nas decisões colegiadas de controle de constitucionalidade tem suas decisões dotadas de efeito vinculante incidente sobre os fundamentos determinantes.

A análise do direito comparado reforça a ideia de ser plenamente possível compatibilizar o modelo de decisão colegiada com a transcendência dos motivos determinantes, de modo que a crítica aqui apresentada torna-se procedimentalista ao extremo, chegando ao ponto de colocar o método de julgamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal como empecilho para a aplicação de um efeito previsto na própria Carta Magna.

Diante disso, não parecer ter esta posição crítica melhor sorte que as demais já apresentadas na tarefa de afastar a ampliação dos limites objetivos do efeito vinculante do nosso ordenamento jurídico.

4.6. A INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA ADOÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi instável ao posicionar-se quanto ao limite objetivo do efeito vinculante, havendo diversas decisões em sentidos contrários, ou seja, acolhendo a tese de ele se estende aos motivos de terminantes da decisão de controle concentrado de constitucionalidade ou refutando-a, onde se entende pela aplicabilidade restrita à parte dispositiva.

Um dos primeiros e emblemáticos julgados do Supremo Tribunal Federal a tratar da teoria ora estudada ocorreu quando da análise da Reclamação 1987/DF¹¹⁸.

¹¹⁸ Rcl 1987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 21.05.2004: "RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento

No acórdão proferido na referida reclamação entendeu-se que as decisões do STF proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sendo este incidente não apenas sobre o dispositivo da decisão, mas também aos princípios consagrados em sua fundamentação, devendo os demais tribunais e autoridades respeitar tudo o quanto ali estabelecido.

Nessa Reclamação questionou-se a afronta à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1662/SP, a qual no julgamento da cautelar, o STF entendeu pela suspensão da eficácia dos itens III e XII da IN 11/97 do TST, que estabeleciam a equiparação da hipótese de preterição do direito de precedência do art. 100, § 2º, da Constituição Federal.

Durante o processamento da ADI 1662 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 30/00, alterando algumas disposições acerca do pagamento de precatório, não interferindo, contudo, na única forma de sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios permitida pela Constituição e pelo STF, qual seja a preterição do direito de precedência. Nesta esteira, o Tribunal Superior Trabalho continuou usando seu entendimento anterior, mas agora fundamentado nas alterações trazidas pela EC nº 30, embora a situação fática fosse a mesma antes rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento final desta ADI¹¹⁹, o Pretório Excelso entendeu que a emenda citada não trouxe nenhuma alteração no que concerne a única hipótese de sequestro

ou a não-inclusão orçamentária. **4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.** 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente” (grifos nosso)

¹¹⁹ ADI 1662/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU: 19.09.2003: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/97, APROVADA PELA RESOLUÇÃO 67, DE 10.04.97, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE UNIFORMIZA PROCEDIMENTOS PARA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS E OFÍCIOS REQUISITÓRIOS REFERENTES ÀS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. 1. Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de seqüestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares,

de verbas públicas em precatório, julgando inconstitucionais os itens III e XII da IN 11/97 do TST.

Diante disso, o Governador do Distrito Federal ingressou com a referida Reclamação 1987/DF contra ato praticado pela presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, sob o fundamento de desrespeito ao quanto julgado na ADI 1662/SP, haja vista a determinação de sequestro da quantia de R\$ 21.075,19 (vinte e um mil e setenta e cinco reais e dezenove centavos) para pagamento de precatório, onde não se verificou a preterição do direito de precedência.

A autoridade reclamada, ao prestar informações, afirmou ter agido de forma correta, uma vez que a EC nº 30/00 teria alterado a matéria referente ao sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios e a sua conduta estaria baseada no quanto nela estabelecido.

No julgamento desta Reclamação, o relator Ministro Maurício Corrêa deixa claro que quando do julgamento da ADI 1662/SP a corte entendeu que a Emenda Constitucional nº 30 não trouxe nenhuma alteração na disciplina dos sequestros dos precatórios trabalhistas, restando válida a única hipótese de preterição do direito de preferência¹²⁰.

permanecendo inalterada a regra imposta pelo artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor. Preliminar rejeitada. 2. Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro, após a oitiva do Ministério Público. 3. A autorização contida na alínea b do item VIII da IN 11/97 diz respeito a erros materiais ou inexatidões nos cálculos dos valores dos precatórios, não alcançando, porém, o critério adotado para a sua elaboração nem os índices de correção monetária utilizados na sentença exequenda. Declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, apenas para lhe dar interpretação conforme precedente julgado pelo Pleno do Tribunal. 4. Créditos de natureza alimentícia, cujo pagamento far-se-á de uma só vez, devidamente atualizados até a data da sua efetivação, na forma do artigo 57, § 3º, da Constituição paulista. Preceito discriminatório de que cuida o item XI da Instrução. Alegação improcedente, visto que esta Corte, ao julgar a ADIMC 446, manteve a eficácia da norma. **5. Declaração de inconstitucionalidade dos itens III, IV e, por arrastamento, da expressão "bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no inciso IV desta Resolução", contida na parte final da alínea c do item VIII, e, ainda, do item XII, da IN/TST 11/97, por afronta ao artigo 100, §§ 1º e 2º, da Carta da República.** 6. Inconstitucionalidade parcial do item IV, cujo alcance não encerra obrigação para a pessoa jurídica de direito público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte". (grifos nosso)

¹²⁰ Rcl 1987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 21.05.2004. Segundo o relator: "Não há dúvida, portanto, de que o Tribunal, no julgamento de mérito da ADI 1662-SP, decidiu que a superveniência da EC 30/00 não trouxe qualquer alteração à disciplina dos sequestros no âmbito dos precatórios trabalhistas, reiterando a cautelar no sentido de que o saque forçado de verbas públicas somente está

Seguindo a sua explanação, o relator considerou que o ato praticado pela Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região desrespeitou não só a decisão definitiva proferida na ADI 1662/SP, mas também os seus motivos determinantes que deveriam ser observados pelos demais tribunais e autoridades em casos futuros¹²¹.

Assim, no julgamento final da Reclamação Constitucional nº 1.987/DF, ficou estabelecida a possibilidade de ingresso de reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, contrário ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a violação tenha se dado em razão dos motivos determinantes e não apenas do dispositivo da decisão. Mostraram-se favoráveis à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes os ministros Celso Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, e Nelson Jobim.

Além da Reclamação 1987/DF, em alguns outros julgados foi aceita a transcendência dos motivos determinantes, a exemplo dos proferidos nos seguintes processos: Rcl 390¹²², Rcl 2291¹²³, Rcl, 3291¹²⁴, Rcl 4387¹²⁵ e Rcl 4692¹²⁶.

autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição do direito de precedência do credor, sendo inadmissíveis quaisquer outras modalidades.”

¹²¹ Rcl 1987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 21.05.2004. Vejamos a transcrição da explanação do relator: “A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me a recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2126, DJ de 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”

¹²² STF, Rcl 390-RS, Rel. Min. Néri da Silveira, 09.11.01.

¹²³ STF, Rcl 2291-RJ/MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27.03.2003. Vejamos trecho do voto do relator: “No caso, muito embora o ato impugnado não guarde identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinante”.

¹²⁴ STF, Rcl 3291-SP, Re. Min. Cezar Peluso, 23.05.05.

¹²⁵ STF, Rcl 4387 MC-PI, Rel. Min. Celso de Mello, 22.09.06.

¹²⁶ STF, Rcl 4692 MC-RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 01.11.06. acerca do posicionamento da corte tendendo a aceitar a transcendência dos motivos determinantes, o relator Min. Cezar Peluso esclarece: “Conforme vêm se pronunciando a Corte em reiteradas oportunidades, os fundamentos ou motivos determinantes de decisão proferida no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja em sede liminar, seja em pronunciamento definitivo, são dotados de eficácia vinculante transcendente (art. 102, §2º, da CF; art. 28, § único, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999), apta a ensejar, quando violado o entendimento lá firmado por outro órgão do Poder Judiciário ou pela

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado nos julgados acima citados de forma a aceitar o efeito transcendente de suas decisões, o tema sempre foi muito controvertido, contendo, inclusive, em algumas dessas decisões, debates interessantíssimos com diversos posicionamentos contrários a esta teoria.

Entretanto, foi a partir de 2007 que a corte passou-se a refutar a ideia de eficácia vinculante dos fundamentos da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, ainda que de forma não pacificada em sua jurisprudência, o que somente veio a ocorrer com o julgamento de Agravos Regimentais nas Reclamações 11477 e 11.479.

A Rcl 11477/CE proposta por José Araújo Souto, ex-prefeito do município de Monsenhor Tabosa, insurgia-se contra ato praticado pelo Estado do Ceará e pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, sob o fundamento de inobservância aos acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.715-3/TO, 1.779-1/PE e 849-8/MT.

Reclama o ex-prefeito que, por diversas vezes, efetuou a prestação de contas ao referido Tribunal de Contas, para posterior julgamento perante a Câmara Municipal. Segue afirmando o Reclamante que a Casa Legislativa do mencionado Município aprovou as referidas contas, porém o Tribunal de Contas resolveu julgá-las e reprová-las, aplicando-lhe multa. Afirmou-se ainda que a tomada de contas especial possuía a mesma natureza jurídica de contas de gestão, não havendo falar em improbidade administrativa, mas meros equívocos contábeis.

A referida reclamação fundou-se no possível descumprimento dos acórdãos proferidos nas acima citadas ações diretas, nas quais o Supremo Tribunal Federal entendeu que, em relação aos Chefes do Poder Executivo, os Tribunais de Contas sempre emitem pareceres prévios, nunca podendo apreciar as contas.

O Ministro Marco Aurélio, monocraticamente, negou provimento à Reclamação 11477/CE, afastando a transcendência dos motivos determinantes, alegando que a Reclamação fundava-se na declaração de inconstitucionalidade de normas de outros estados, no caso, Tocantins, Pernambuco e Mato Grosso, enquanto estava-se

Administração Pública, a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, "I", da CF)".

discutindo a situação do Estado do Ceará, conforme se verifica no trecho da decisão destacado a seguir:

“Descabe emprestar a essa via excepcional os contornos de incidente de uniformização de jurisprudência. A reclamação pressupõe a usurpação de competência do Supremo ou o desrespeito a decisão por ele proferida, o que não ocorre na espécie. Conforme apontado na própria inicial, em situação regida por leis do Estado do Ceará, tem-se como olvidados acórdãos deste Tribunal que implicaram a declaração de inconstitucionalidade de normas dos Estados do Tocantins, Pernambuco e Mato Grosso. Em síntese, está baseada a reclamação na transcendência dos motivos determinantes dos atos formalizados e não na inobservância dos dispositivos deles constantes.

3. Ante o quadro, nego seguimento ao pedido.”¹²⁷

O Reclamante ingressou com um Agravo Regimental, arguindo equívoco na decisão, afirmando ser da competência da Câmara Municipal o julgamento das contas que o prefeito prestar anualmente, e não do Tribunal de Contas do Município, estando este limitado à opinar, como órgão auxiliar, emitindo parecer prévio sem caráter decisório, impossibilitado, portanto, de impor sanção. Nesta linha cita ainda o precedente do Recurso Extraordinário nº 132.747/DF.

Em contraminuta ao Agravo Regimental, O Estado do Ceará pugnou pelo não cabimento da reclamação, afirmando que os paradigmas (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.715-3/TO, 1.779-1/PE e 849-8/MT) mencionados na Reclamação não guardam qualquer relação com a sua Constituição ou legislação. Sustenta não merecer prosperar a reclamação, porquanto o Supremo não adota a tese dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes.

No julgamento do Agravo, o Ministro relator Marco Aurélio, em seu voto, reiterou a sua posição de não aceitar a Reclamação, fundamentando de seguinte forma:

“O Tribunal não vem admitindo reclamação considerado o instituto da transcendência dos motivos determinantes – Reclamação nº 3.014/SP, relatada, no Plenário, pelo Ministro Ayres Britto, acórdão

¹²⁷ Rcl 11477/CE Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 23.02.2012.

publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010. Então, de início, exclui-se a possibilidade de entender-se como desrespeitado o que decidido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.715-3/TO, 1.779-1/PE e 849-8/MT, porquanto versaram leis de outros estados da Federação.”¹²⁸

Seguindo este pensamento, a primeira turma seguiu o voto do relator de forma unânime para não aceitar a reclamação, muito embora durante os debates proferidos no julgamento os Ministros Luiz Fux¹²⁹ e Rosa Weber¹³⁰ tenham demonstrado um certo apego pelo efeito transcendentais da decisão do STF.

Questão idêntica, suscitada inclusive pela mesma parte do caso anterior, foi submetida ao plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 11.479/CE, tendo se entendido à unanimidade pelo não provimento da reclamação, refutando-se mais uma vez a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹³¹.

Seguindo esta mesma linha de não reconhecimento do efeito transcendentais de suas decisões, o STF tem se manifestado sempre neste sentido, conforme se verifica nos seguintes casos: Rcl 2.990-AgR/RN¹³², Rcl 5.365-MC/SC¹³³, Rcl 5.087-

¹²⁸ Rcl 11477 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 30.08.2012.

¹²⁹ Explicação dos Ministro Luiz Fux durante o debate no julgamento do Rcl 11477 AgR: “Aqui, fazem um analogia com uma decisão proferida em relação a um Estado que não é o mesmo da Federação. Então não houve descumprimento de decisão nenhuma do Supremo Tribunal Federal. E, até manifestação em contrário, muito embora eu revele a minha simpatia pela teoria da vinculação aos efeitos transcendentais da decisão, eu me submeto ao Plenário, que ainda não decidiu isso.”

¹³⁰ Na mesma linha de aproximação da transcendência dos motivos determinantes, a Ministra Rosa Weber durante os debates, no julgamento do Rcl 11477 AgR, argumentou: “Aqui, fazem um analogia com uma decisão proferida em relação a um Estado que não é o mesmo da Federação. Então não houve descumprimento de decisão nenhuma do Supremo Tribunal Federal. E, até manifestação em contrário, muito embora eu revele a minha simpatia pela teoria da vinculação aos efeitos transcendentais da decisão, eu me submeto ao Plenário, que ainda não decidiu isso.”

¹³¹ Rcl 11479 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 25.02.2013: “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PREFEITO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. INAPLICABILIDADE DA TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES ADOTADOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.715/TO, 1.779/PE E 849/MT. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 19.12.2012.”

¹³² Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007.

¹³³ Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007.

MC/SE¹³⁴, Rcl 4.448-AgR¹³⁵, Rcl 5.703-AgR/SP¹³⁶, Rcl 5.389-AgR/PA¹³⁷, Rcl 9.778-AgR/RJ¹³⁸, Rcl 9.294-AgR/RN¹³⁹, Rcl 6.319-AgR/SC¹⁴⁰, Rcl 3.014/SP¹⁴¹, Rcl 2.475-AgR/MG¹⁴² e Rcl 4.448-AgR¹⁴³.

É importante tecer alguns comentários quanto à Reclamação 3014/SP, citada acima, em que, embora se tenha entendido pela não a incidência do efeito vinculante sobre a *ratio decidendi*, questionou-se acerca do uso do instituto da Reclamação Constitucional para verificar a constitucionalidade de atos de mesmo conteúdo dos já declarados inconstitucionais pela corte. Contudo, por uma questão técnica, esta decisão será tratada de forma mais profunda no capítulo 5 desta obra, já que necessária se faz a análise preliminar de alguns temas referente à reclamação constitucional.

5. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

É salutar destacar o importante contorno que se confere à Reclamação Constitucional para o caso de adoção dos efeitos transcendentais da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, haja vista a possibilidade de este instituto passar a ser, como se verificará a seguir, o meio adequado para questionamento de descumprimento do quanto estabelecido nas razões de tais julgados.

Deste modo, a Reclamação passaria a ser muito mais do que um meio de se proteger as decisões do STF, mas também ganharia traços próprios de um

¹³⁴ Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007.

¹³⁵ Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008.

¹³⁶ Rcl 5.703-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16.9.2009.

¹³⁷ Rcl 5.389-AgR/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007.

¹³⁸ Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011.

¹³⁹ Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011.

¹⁴⁰ Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010.

¹⁴¹ Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010.

¹⁴² Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008.

¹⁴³ Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008.

mecanismo de controle de controle de constitucionalidade. Assim, passemos à análise do instituto.

5.1 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Reclamação Constitucional está prevista na Constituição Federal nos art. 102, I, I¹⁴⁴ e 105, I, f¹⁴⁵, oportunizando, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o seu julgamento, de forma originária, para proteção de suas competências e a garantia da autoridade de suas decisões.

Para fins deste trabalho abordaremos apenas a Reclamação Constitucional processada e julgada pelo STF, haja vista ser ele o órgão competente para o controle concentrado de constitucionalidade.

Importante relevância tem o tema acerca da natureza jurídica da Reclamação Constitucional, havendo vozes divergentes na doutrina e julgados contraditórios no próprio Supremo Tribunal Federal.

A questão inicial gira em torno de definir se a Reclamação seria manifestação da atividade administrativa ou jurisdicional do Poder Judiciário. Neste ponto, esclarecemos ter a reclamação caráter jurisdicional, haja vista a sua característica de ser iniciada somente por meio de provocação da parte interessada ou do Ministério Público, como prevê o art. 13 da Lei 8.038/90.¹⁴⁶

Acerca desta necessidade de se provocar o Judiciário, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha esclarecem que “essa, como se sabe, é uma das

¹⁴⁴ CF/88, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

¹⁴⁵ CF/ 88, art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

¹⁴⁶ Lei 8.038/90, art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

distinções entre a atividade administrativa e a jurisdicional: enquanto a primeira pode ser realizada de ofício, a segunda depende de provocação”.¹⁴⁷

Outros aspectos que tornam claro este caráter de jurisdição da reclamação constitucional consistem em: exigência de capacidade postulatória, de modo que a parte deve estar representada por advogado; a decisão da reclamação produz coisa julgada, sendo, inclusive, recorrível por agravo interno e embargos de declaração; e a possibilidade concessão de medida cautelar.¹⁴⁸

Definido este caráter jurisdicional da reclamação, é importante definirmos se ela constitui ação, recurso ou incidente processual.

Adotamos a ideia de que a reclamação tem natureza de uma ação, constituindo um sucedâneo recursal externo ao processo principal, posto que é um meio de impugnação de decisão, mas não trata-se de um recurso, nem tampouco um incidente processual¹⁴⁹.

A reclamação constitucional não tem natureza de recurso, já que para se configurar com tal é necessário assim estar previsto no Código de Processo Civil ou em Lei Federal, situação que não se verifica no caso deste instituto¹⁵⁰. Deste modo, somente se considera recurso aqueles previstos de forma taxativa em lei. A Reclamação não está prevista em Lei nem na Carta Magna como um recurso, muito pelo contrário, já que o art. 102, I, I, estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal para seu processamento e julgamento. Logo, não subsiste a tese de ser recurso.

Quanto à tese de ser a reclamação um incidente processual, também não merece ser acolhida. Somente há falar em incidente processual quando existe um processo judicial em curso. Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “surgindo um incidente processual, altera-se o curso do procedimento, podendo haver seu encerramento prematuro, com a extinção do processo, ou um retardamento com

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 501.*

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. 6ª. ed. São Paulo : Editora Método, 2014, p. 661.*

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro da. Op. Cit., p. 502.*

um desvio de rota: o procedimento se suspende ou se altera em razão do incidente”¹⁵¹. Como veremos a seguir, é possível haver reclamação sem que haja um processo anterior, o que retira, por óbvio, a possibilidade desta vir a ser tratada como um incidente processual.

Embora tenhamos firmado a preferência pela ideia de ser a reclamação constitucional uma verdadeira ação, é preciso deixar claro que este não é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O Pretório Excelso, na oportunidade do julgamento da ADI 2212/CE, firmou entendimento de ser a reclamação constitucional a manifestação do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal¹⁵². Neste julgamento, o tribunal firmou entendimento de que não se trata o instituto nem de ação, recurso ou incidente processual.

Inúmeras são as críticas realizadas pela doutrina no que tange a este posicionamento adotado pela nossa corte maior. É de grande valia a análise alguns destes posicionamentos.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, o direito de petição pode ocorrer tanto de forma administrativa como judicial, enquanto a reclamação constitucional é uma medida judicial, não comportando nenhum contorno administrativo¹⁵³.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro* da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 503.

¹⁵² ADI 2212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14.11.2013: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro* da. op. cit., loc. cit.

Continuando a crítica, os doutrinadores ainda reforçam pela incorreção do posicionamento do STF, vejamos:

“Além do mais, se realmente a reclamação consistisse numa manifestação do direito de petição, não haveria razão para exigir-se a capacidade postulatória, quando de sua propositura, sendo igualmente incompatível com sua natureza de mero direito de petição entender que sua decisão produz coisa julgada material. Parece, sem embargo do entendimento firmado pelo STF, que a reclamação é, efetivamente, uma ação, e não a manifestação de mero direito de petição.”¹⁵⁴

Cândido Rangel Dinamarco destaca que, ao se entender pela natureza de direito de petição da reclamação constitucional, opera-se um "absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de banir a eficácia de exercício de jurisdição"¹⁵⁵. Abria-se, segundo ele, a possibilidade absurda de cassação de uma decisão judicial por meio de uma medida administrativa, quando isto somente poderia ocorrer pela manifestação da atividade jurisdicional.

Tais posicionamentos transmitem um rigor técnico muito maior do que o apresentado pela jurisprudência, haja vista considerar a impossibilidade de cassação de uma decisão judicial por uma mera atividade administrativa, sendo isso somente possível por meio de uma da atividade jurisdicional, sendo, assim, capaz de gerar a coisa julgada material.

Deste modo, ainda que se deva respeitar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não há como negar que a tese defendida pela doutrina majoritária, ao considerar a reclamação constitucional como verdadeira ação, seja a mais sedutora e correta.

5.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

¹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro* da. op. cit., p. 508.

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reclamação no processo civil brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 9-15, 2003.

A reclamação constitucional constitui uma demanda típica, portanto, somente sendo cabível em hipóteses previamente estabelecidas pelo legislador¹⁵⁶. Como observado anteriormente, nossa análise restringir-se-á às hipóteses de cabimento perante o Supremo Tribunal Federal. São três estes casos.

O primeiro deles, previsto no próprio art. 102, I, I da Constituição Federal, consiste na possibilidade de se reclamar para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, toda vez que a competência da corte maior estiver sendo usurpada por qualquer outro órgão, aquele que se sentir lesado poderá ingressar com a reclamação constitucional.

A segunda hipótese de cabimento da reclamação constitucional, também prevista no art. 102, I, I da Constituição Federal, ocorre quando o seu uso for necessário para garantir a autoridade da decisão do STF. Assim, todo ato que importe em desobediência em decisão deste tribunal poderá ser questionado por meio da reclamação.

Importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento de não ser cabível reclamação contra decisão do próprio tribunal, de modo que ele não pode ser desobediente dele mesmo¹⁵⁷.

Uma peculiaridade deve ser destacada quanto à abrangência da reclamação, uma vez tendo sido a decisão desobedecida proferida em processo subjetivo ou objetivo sua aplicação será diferenciada.

Tratando-se de decisão proferida em processo subjetivo, por meio de Recurso Extraordinário, somente será cabível a reclamação constitucional em face de atos que

¹⁵⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 249

¹⁵⁷ Rcl 647/RJ Rel. Min. Néri da Silveira: “Reclamação. Governo da República do Peru. 2. Visa garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Plenário do STF nos julgamentos das Extradicações nº 622-2 e 673-8. 3. Medida liminar no Habeas Corpus nº 74959-3 deferida para suspender a entrega ao requerente de súditos estrangeiros, contrariando decisões da Corte e o Decreto Presidencial de 27.01.97. 4. Informações prestadas pelo Ministro relator do HC nº 74959-3 no sentido da impossibilidade de entrega dos extraditados antes do trânsito em julgado da decisão concessiva da extradição. 5. Decisão do Plenário do STF deferindo, por maioria, a ordem, tornando definitiva a liminar. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo deferimento da reclamação e cassação da decisão concessiva do Habeas Corpus. **7. A reclamação não pode constituir via adequada a cassar decisão do próprio Tribunal. De outra parte, não é a reclamação instrumento que possa corresponder a pedido de reconsideração de decismum da Corte. Natureza corregedora e não recursal da reclamação a coloca como incabível aos fins pretendidos na inicial.** 8. Reclamação não conhecida.” (grifo nosso)

a descumpram praticados por autoridade jurisdicional, não sendo cabível, neste caso, reclamar contra atos de descumprimento proferidos pela autoridade administrativa. Assim, uma decisão do STF descumprida pela autoridade administrativa deve ser objeto de execução por meio de simples petição destinada ao juiz de primeira instância. Contudo, se o descumprimento ocorrer pelo juiz da causa, ao ignorar o acórdão proferido pelo Pretório Excelso, neste caso, caberá o uso da reclamação para preservar a autoridade do julgado¹⁵⁸.

Diferente será o tratamento dado aos processos objetivos, onde estiver sendo realizado o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Como sabemos, as decisões proferidas em processos objetivos, como ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, são dotadas de efeito vinculante a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública em geral. Ressalte-se, na ADPF, a existência de entendimento no sentido esta decisão também vincular, ao contrário das outras duas ações, o Poder Legislativo¹⁵⁹.

Deste modo, em razão do efeito vinculante de tais decisões, a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, das esferas federal, estadual e municipal, em caso de descumprimento também poderá sofrer reclamação constitucional perante ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao legislativo, o entendimento do STF consiste em não considerar a possibilidade de tal poder submeter-se ao efeito vinculante, muito menos ser possível o cabimento de reclamação em caso de descumprimento de uma decisão proferida em

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro* da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 516.

¹⁵⁹ Neste sentido é o posicionamento de Dirley da Cunha Jr.: “Os efeitos vinculantes na arguição, segundo entendemos, têm uma amplitude muito maior do que para os previstos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. De fato, enquanto na Adin e na Adecon os efeitos só alcançam os órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública, na arguição, os efeitos atingem todos os órgãos do poder público, inclusive o legislativo, que ficam submetidos às condições e ao modo de interpretação e aplicação fixados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do preceito fundamental. Isso gera conseqüências sérias, como a possibilidade até de suspensão liminar do processo legislativo, em caso de inobservância das condições fixadas pelo Pretório Excelso, ademais do cabimento de reclamação diretamente interposta junto ao Supremo, em caso de descumprimento de sua decisão e, exatamente, para garantir a autoridade desta, consoante prevê o art. 13 da Lei 9.882/99.” (*Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Bahia: Editora JusPodivm, 2010, p. 312.)

processo objetivo¹⁶⁰. Neste caso, por ser o poder legislativo livre em sua atividade legiferante, caso edite uma norma cujo conteúdo já tenha sido declarado inconstitucional de forma abstrata, não será cabível a reclamação, e sim a propositura de uma nova ação direta questionando a legalidade deste ato e não o descumprimento de uma decisão anterior dotada de efeito vinculante¹⁶¹.

Diante da ausência de partes nos processos objetivos e da eficácia *erga omnes* de suas decisões, a reclamação poderá ser proposta por qualquer um que comprove ter sofrido prejuízo em razão de decisões ou atos contrários à decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, o contrário ocorre nos processos subjetivos, onde somente poderão propor a reclamação as partes que compuseram a relação processual onde fora proferido o julgado.

A terceira hipótese de cabimento de reclamação constitucional consiste no caso de um ato administrativo ou decisão judicial contrariar súmula vinculante, ou ainda aplicar-lhe indevidamente. A reclamação, neste caso, será suficiente para anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Ao contrário das outras duas hipóteses anteriores, esta não está prevista diretamente no texto constitucional, sendo estabelecida pelo art. 7º da lei

¹⁶⁰ Rcl 13019 AgR/DF, Relator. Min. Celso de Mello, DJe 19.02.2014: “RECLAMAÇÃO – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO AO EFEITO VINCULANTE QUE RESULTA DO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O LEGISLADOR EDITAR LEI DE CONTEÚDO IDÊNTICO AO DE OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, PELA SUPREMA CORTE – INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NESSE CONTEXTO, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSOS E AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“*erga omnes*”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.”

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 517.

11.417/2006¹⁶², devendo ser utilizada sem prejuízo de outros recursos ou meios admissíveis de impugnação.

É importante ressaltarmos a existência da Súmula 734 do STF, a qual estabelece que “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Existe aí a necessidade de um cúmulo de meios de impugnação, haja vista o não cabimento de reclamação quando já houve o trânsito em julgado, parece ser lógico exigir a interposição do recurso cabível com a finalidade de impedir que se gere a coisa julgada¹⁶³.

Enquanto nos processos judiciais exige-se que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão para que ela seja objeto de reclamação constitucional, no âmbito do ato da administração pública contrário à súmula vinculante, o § 1º do art. 7º da lei 11.417/2006 exige para o uso da reclamação o prévio esgotamento de todas as vias administrativas.

Criticando a exigência legal em face do direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição, é interessante a posição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“A limitação, embora em tese razoável, e, portanto, constitucional, pode, em concreto, mostrar-se exagerada, quando, então, poderá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade, após a aplicação do princípio da proporcionalidade. O condicionamento do exercício do direito à jurisdição pode ser feito pelo legislador, mas não pode significar o aniquilamento deste direito. O exame do interesse de agir, relembre-se, exige a verificação das peculiaridades do caso concreto. Não se justifica constitucionalmente, à luz do direito fundamental à inafastabilidade (art. 5º, XX.XV, da

¹⁶² Lei. 11.417, art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José *Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014, p. 518.

CF/88), qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto de demonstração do interesse de agir, sem exame das peculiaridades do caso concreto. Não se pode, a priori, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de abstração. Utilidade e necessidade da tutela jurisdicional não podem ser examinadas em tese, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Não é sem razão, aliás, que o interesse de agir deve ser concreto e atual, devendo: "dizer respeito a uma relação jurídica específica e individualizada, concernindo, ainda, a uma providência judicial determinada, tudo em decorrência do que constar da causa de pedir e do pedido insertos na petição inicial".¹⁶⁴

Ainda quanto à necessidade de esgotamento da instância administrativa a Constituição Federal é clara ao limitar, em seu art. 217, 2º, esta possibilidade aos casos da justiça desportiva¹⁶⁵.

Delimitadas as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, passemos à análise da simplicidade procedimental deste instituto.

5.3. A SIMPLICIDADE DO PROCEDIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O STF.

O procedimento da reclamação constitucional está previsto de forma expressa na Lei 8.038/90, bem como nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A petição reclamatória deve ser apresentada juntamente com a prova pré-constituída, de modo a não ser cabível a produção de prova durante o curso do procedimento¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ CF/88, art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

¹⁶⁶ É o que estabelecem o Parágrafo único do art. da Lei 8.038/90 (Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público. Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do

A reclamação depende de provocação da parte interessada ou do Ministério Público, devendo a petição inicial ser dirigida ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A teor do que dispõe o art. 14 da Lei 8.038/90, o Relator ao despachar a reclamação: I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias; II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Interessante na reclamação constitucional que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante por expressa previsão do art. 15 da Lei 8.038/90. Neste sentido, é interessante a observação feita por Leonardo Carneiro da Cunha que trazemos:

“A parte adversária ao reclamante - que não seja beneficiária do ato impugnado - pode intervir no processo da reclamação, na qualidade de assistente litisconsorcial. A intervenção é facultativa, segundo a jurisprudência. É preciso fazer uma observação, porém: se a parte adversária ao reclamante for o beneficiário direto do ato impugnado, deve ser ela entendida como litisconsorte necessária, ré da ação de reclamação, sob pena de nulidade da decisão eventualmente proferida sem o respeito à garantia do contraditório”.¹⁶⁷

Assim, sempre que o adversário do reclamante for beneficiado diretamente pelo ato impugnado será considerado litisconsorte necessário no polo passivo da reclamação, em respeito ao princípio do contraditório.

Quando o Ministério Público não houver atuado como parte do processo, deverá ter vista dos autos pelo prazo de 5 dias, estes somente contando após decorrido o prazo para informações¹⁶⁸.

Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível) e o Parágrafo único art. 156 do RISTF (Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.)

¹⁶⁷ Cunha, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda pública em juízo*. Editora Dialética. 12a. Edição: 2012, p. 617.

¹⁶⁸ Lei 8.038/90, art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Para o caso de julgamento procedente da reclamação constitucional, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência e o Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente, conforme disposição expressa dos arts. 17 e 18 da Lei 8.038/90.

Importante ressaltar a hipótese fixada no parágrafo único do art. 161 do RISTF que estabelece possibilidade de julgamento monocrático pelo relator sempre que o objeto da reclamação versar sobre a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento sumulado no enunciado 368 do STF se fixa no sentido de não ser cabível embargos infringentes na reclamação. Igualmente não são cabíveis recurso ordinário constitucional, embargos de divergência ou mesmo agravo de instrumento, cabendo, contudo, embargos de declaração e agravo interno da decisão do relator¹⁶⁹.

Por fim, como vimos para o Supremo Tribunal Federal a reclamação constitucional é uma manifestação do direito de petição previsto na Constituição Federal e não uma ação, de modo que, ao assim entender, passa-se a não ser cabível honorários advocatícios.

Caso o Pretório Excelso mude seu entendimento para considerar a reclamação uma ação passará a ser plenamente plausível a condenação ao pagamento de honorários.

5.4. A IMPORTÂNCIA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

Passada esta análise preliminar da reclamação constitucional é de fundamental relevância para este estudo fazer uma relação com a transcendência dos motivos

¹⁶⁹ Cunha, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda pública em juízo*. Editora Dialética. 12a. Edição: 2012, p. 618.

determinantes. Caso esta teoria venha a ser utilizada, o instituto da reclamação passará a ter uma importância maior em nosso ordenamento jurídico.

Neste ponto alerta-se que a segunda hipótese de cabimento da reclamação, qual seja aquela fundada em descumprimento ou desobediência da decisão do Supremo Tribunal Federal, é a que sofrerá estruturais mudanças com a adoção do efeito transcendente das decisões. É importante esclarecer que isto somente se dará com relação às decisões proferidas nos processos objetivos pelo Pretório Excelso, permanecendo inalteradas as condições para propositura de reclamação das decisões proferidas em processos subjetivos.

A segunda hipótese de cabimento de reclamação constitucional ocorre no caso de necessidade de garantir a autoridade das decisões do STF. Hoje, caso haja descumprimento ou desobediência por parte de outro órgão jurisdicional ou da Administração Pública da decisão proferida em processo objetivo de controle de constitucionalidade submetido ao Supremo Tribunal Federal, será cabível reclamação limitada, contudo, ao quanto fixado na parte dispositiva da decisão.

Adotando-se a transcendência dos motivos determinantes, o descumprimento poderá se dar também com relação aos fundamentos determinantes daquele julgado, de modo a ampliar substancialmente a importância da reclamação constitucional, conferindo maior força às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

Deste modo, o fundamento suficiente para declarar uma lei inconstitucional será o bastante para desencadear uma reclamação constitucional na hipótese de outro órgão ou a administração vir a aplicar lei de idêntico conteúdo àquela, embora não declarada inconstitucional, como se constitucional fosse.

Perceba que não há necessidade, caso a lei seja anterior à declaração de inconstitucionalidade¹⁷⁰, de propositura de uma nova ação de direta questionando a constitucionalidade deste outro ato. A primeira decisão, mesmo não declarando a

¹⁷⁰ Vale lembrar que, por não ser vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, o Poder Legislativo pode editar posteriormente ato de igual conteúdo ao do declarado inconstitucional, sendo ele submetido a julgamento de uma nova ADI ou ADC ou ADPF, não podendo, portanto, ser impugnado por meio de reclamação.

inconstitucionalidade desta outra lei, já é suficiente para tornar inválidos todos os atos que contenham o mesmo vício da lei declarada inconstitucional.

Assim, como esta segunda lei já teria a sua constitucionalidade resolvida nos motivos determinantes da decisão, não há falar em uma nova ação direta para julgar a sua constitucionalidade, mas sim em se propor uma reclamação constitucional, no caso de algum órgão jurisdicional ou a Administração venha a desrespeitar o que fora determinado na *ratio decidendi* do julgado.

Neste sentido é interessante a seguinte manifestação do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na Reclamação 3.014/SP:

“A reclamação constitucional - sua própria evolução o demonstra - não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo Tribunal, confirma esse papel renovado da reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, como seus contornos específicos (objeto e parâmetro de controle), mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte.”¹⁷¹

Assim, a reclamação, ainda que seja o meio de resguardo da autoridade da decisão do STF, estaria, por via reflexa, ganhando contornos próprios de uma ação de controle de constitucionalidade.

Em certos julgados¹⁷², alguns ministros do Supremo Tribunal Federal mostraram-se contrários à transcendência dos motivos determinantes sob a

¹⁷¹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl. 3.014/SP, Rel. Min. Ayres de Brito, DJe 21.05.2010.

¹⁷² Neste sentido, destacamos a manifestação da Min. Ellen Gracie durante os debates travados na Rcl. 3.014/SP, Rel. Min. Ayres de Brito, DJe 21.05.2010: “Imaginem se, por exemplo - com esse alargamento do âmbito da reclamação que se propõe -, com o número de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade que esta Corte já julgou, cobrindo praticamente todos os ramos do Direito, tivermos os fundamentos determinantes de cada uma dessas ensejando o ingresso de novas reclamações.” Neste mesmo julgado, a Ministra também se manifestou da seguinte forma: “O meu temor, Presidente, é que esta Corte abra de tal forma as suas portas ao recebimento dessas reclamações, que, no futuro, tenhamos que comparecer ao Congresso Nacional para solicitar aos deputados e senadores que aprovem alguma emenda que estenda o instituto da repercussão geral às reclamações também. O correto - parece-me, com o devido respeito -, para a correção dessas inúmeras a serem desencadeadas pelos cinco mil e quinhentos municípios

justificativa de que poderia gerar um aumento significativo de reclamações submetidas à corte para julgamento.

Primeiramente, se houver um aumento de reclamações, por óbvio o número de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental ou de recursos extraordinários irá reduzir já que a outra medida foi utilizada em seu lugar. Para Min. Cezar Peluso¹⁷³, “é uma questão de escolha de remédio. O número deles pode ser igual ou maior na alternativa. Se o problema é o mesmo, alguém vai ter que recorrer a algum remédio jurídico. Ou será a reclamação, ou será outra opção.”

Por outro lado, somente será cabível a medida em caso de descumprimento dos motivos determinantes da decisão, ou seja, quem se preocupa com o aumento dos casos de reclamação parte do pressuposto de que haverá automaticamente descumprimento da decisão proferida no processo objetivo, o que não parece ser um pensamento adequado.

Ademais, o rito da reclamação constitucional é mais simples e célere do que o utilizado para o julgamento das ações concentradas ou mesmo através do controle difuso por meio do recurso extraordinário, de modo que não haverá aumento na pauta de julgamentos da corte, mas sim um grande ganho para as partes que não necessitaram mais esperar anos e anos para obter um pronunciamento judicial.

Questionado pela Ministra Ellen Gracie durante os debates no julgamento da Rcl. 3014/SP acerca da existência da repercussão geral no Recurso Extraordinário e da inexistência disso na reclamação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes andou bem ao defender uma jurisdição constitucional mais célere. Vejamos:

“Mas, para falarmos de repercussão geral, nós tínhamos que esperar um média de quatorze anos. Esse é o tempo que dura para resolver uma controvérsia constitucional no Brasil, segundo as pesquisas anteriores inclusive realizadas na gestão de Vossa Excelência. Portanto, é disso que nós estamos a falar. Talvez isso já tenha caído para dez anos. É razoável? Quando nós podemos - por

brasileiros, está justamente a repercussão geral. Em recurso extraordinário temos condições de fazer valer a decisão para todos; não o temos na via da reclamação. Vamos atrair para este plenário as dez mil ou sei lá quantas ações que se farão necessárias para questionar todas essas leis.”

¹⁷³ Manifestação durante o debate na Rcl. 3.014/SP, Rel. Min. Ayres de Brito, DJe 21.05.2010.

exemplo, a reclamação, depois de duas ou três aqui, desse caso - fixar que é constitucional ou inconstitucional determinada prática e encerrar isso de um vez por todas. É isso que nós estamos a falar. Se nós falarmos em repercussão geral, nós estamos a falar de uma demora de quatorze anos”.

Sem dúvida alguma que, neste ponto, a posição do Ministro Gilmar Mendes merece aplauso, vez que utilizar a repercussão geral na reclamação constitucional seria limitar o seu uso, igualando e dificultando o seu julgamento como hoje ocorre nos recursos extraordinários.

Ao nosso entendimento, o caminho para uma maior rapidez e eficiência da Jurisdição Constitucional brasileira passa pela reclamação constitucional, constituindo esta o meio pelo qual se dará concretude à transcendência dos motivos determinantes em caso de descumprimento da *ratio decidendi* de uma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em processo objetivo.

5.5. A PROPOSTA DE GILMAR MENDES PARA A UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO EM CASO DE LEIS SEMELHANTES À DECLARADA INCONSTITUCIONAL

Durante o julgamento da Reclamação 3.014/SP, o Ministro Gilmar Mendes, tentando contornar a não aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo Supremo Tribunal Federal, defendeu a ampliação das hipóteses de utilização da reclamação constitucional.

Nesta proposta, pretendia o ministro abrir a possibilidade de utilização da reclamação para questionar a constitucionalidade de atos cujo conteúdo seja idêntico ao de outros declarados inconstitucionais pela corte, sem a necessidade de utilização da transcendência dos motivos determinantes, já que sabidamente esta não é aceita pela maioria dos demais ministros.

Preliminarmente é oportuno fazer uma breve análise desta reclamação para em seguida se verificar se há fundamento a proposta apresentada.

A Reclamação 3.014/SP visa assegurar a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.868/PI¹⁷⁴, onde se questionou a constitucionalidade da Lei 5.250/2002 do Estado do Piauí, a qual definia obrigações de pequeno valor no âmbito estatal a quantia igual ou inferior a cinco salários mínimos.

Questionou-se a inconstitucionalidade da referida lei piauiense em face do Art. 87, I, do ADCT e do art. 100, §§ 3º e 5º da Constituição Federal, sob o fundamento de que a lei estadual não poderia fixar valor inferior ao delimitado nos referidos dispositivos constitucionais, quantia esta que no âmbito estadual corresponde à 40 salários mínimos.

No julgamento da citada ADI decidiu-se pela constitucionalidade da lei piauiense, de modo a considerar perfeitamente possível que um ente político estabeleça por lei o conceito de pequeno valor de suas obrigações em quantia inferior à fixada no art. 87 da ADCT.

Em razão disto que o Município de Indaiatuba-SP, que possui lei de conteúdo equivalente ao do Estado do Piauí, fixando obrigações de pequeno valor em quantia igual ou inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais), ingressou com a referida Reclamação, haja vista o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região tenha afastado a aplicabilidade desta lei municipal, considerando de pequeno valor a quantia fixada no art. 87 do ADCT da Constituição Federal. Considerou o município paulista que a autoridade da decisão proferida na ADI 2.868/SP estaria sendo violado.

No julgamento desta reclamação, o relator Carlos Ayres Brito, em seu voto reconheceu tratar-se de caso de transcendência dos motivos determinantes, no qual o Município de Indaiatuba, buscava irradiar para o seu caso os motivos determinantes utilizados no julgamento da ADI 2.868/PI¹⁷⁵. O Ministro, então, lembrou que a corte

¹⁷⁴ ADI 2.868/PI, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJ 12.11.2004: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente.

¹⁷⁵ Neste sentido, vejamos o trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto na Rcl. 3.014/SP, Rel. Min. Carlos Ayres de Brito, DJe 21.05.2010: "Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, anoto que, no julgamento da precitada ADI 2.868, o Supremo Tribunal Federal examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo, esse, que fixou, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Logo, o acolhimento da pretensão aqui deduzida (e, por que não dizer, até o próprio cabimento desta reclamação) passa pelo exame da possibilidade de atribuir efeitos

refutou a possibilidade da transcendência de suas decisões, votando pela inadmissibilidade da reclamação, haja vista não haver identidade entre esta e o objeto da citada ADI.

Em sequência ao voto do relator, por ter sido nele questionada a aplicabilidade de transcendência dos motivos determinantes no caso, o Ministro Gilmar Mendes, após pedido de vista do processo, proferiu seu voto no sentido de não se tratar a reclamação de efeitos transcendentais de uma decisão de controle abstrato, e sim na possibilidade de uso da reclamação para questionar a constitucionalidade de lei de teor idêntico a outra lei que já foi objeto de controle abstrato¹⁷⁶.

Alegando ser a reclamação constitucional o meio adequado para questionar a constitucionalidade de uma lei de teor idêntico ou semelhante de outra já objeto de controle abstrato, mesmo que não se admita a transcendência dos motivos determinantes, o Ministro Gilmar Mendes segue seu voto argumentando:

“Após refletir sobre essa questão, e baseando-me em estudos doutrinários que elaborei sobre o tema, não tenho nenhuma dúvida de que, ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra a aplicação da lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade.”

Finalizando seu voto, o ministro citado, buscando fundamentar a procedência da reclamação, entende:

“Na hipótese em exame, como já acentuado, não estamos a falar em "transcendência dos motivos determinantes" da decisão na ADI nº 2.868/PI. Não podemos olvidar, no entanto, que há uma

irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. E o fato é que, recentemente (21/09/2006), no bojo da Rcl 4.219-QO, este nosso Tribunal retornou a discussão do tema da aplicabilidade da chamada "transcendência dos fundamentos determinantes", para externar, pelo voto de quatro dos seus ministros, entendimento contrário à respectiva adoção.”

¹⁷⁶ Segue o trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl. 3.014/SP, Rel. Min. Carlos Ayres de Brito, DJe 21.05.2010: “Pedi vista dos autos para melhor examinar o caso. Creio que a controvérsia reside não na concessão de efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, mas na possibilidade de se analisar, em sede de reclamação, a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que já foi objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.

controvérsia constitucional posta ao crivo do Tribunal: a compatibilidade ou não da Lei Municipal nº 4.233/2002 com o art. 87 do ADCT. E, por se tratar de uma questão constitucional idêntica àquela que foi objeto da ADI nº 2.838/PI, estou certo de que o Tribunal não pode se furtar à sua análise.”

Esta proposta não foi aceita pela maioria dos ministros, vindo o Tribunal a julgar improcedente a reclamação, considerando ainda não ter havido descumprimento algum de decisão sua.

Em que pese o respeito à ideia de Gilmar Mendes, não parece ser ela a melhor solução para o caso. Ao nosso ver, o ministro quis alcançar um efeito que seria somente possível caso aceita a transcendência dos motivos determinantes, qual seja, o de cabimento de reclamação constitucional para questionar o descumprimento de decisão em processo objetivo sobre norma de igual ou semelhante teor.

Fica claro que, ao ver a transcendência dos motivos determinantes passar a ser refutada pela jurisprudência da corte, o ministro, que era o maior defensor desta teoria, buscou obter o efeito por ela causado, mesmo sem a sua aceitação pelo Tribunal.

Vimos que as hipóteses de cabimento de reclamação em face do Supremo Tribunal Federal são 3, quais sejam: a) para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal; b) quando necessário garantir a autoridade da decisão do STF; c) quando um ato administrativo ou decisão judicial contrariar súmula vinculante, ou ainda aplicar-lhe indevidamente.

A proposta trazida busca, na verdade, não enquadrar a reclamação constitucional dentro de uma das hipóteses já existe, mas sim criar uma quarta hipótese de cabimento, onde a reclamação seria adequada pra efetuar controle incidental de constitucionalidade toda vez que o Pretório Excelso já houve se manifestado de forma abstrata acerca da constitucionalidade de uma lei de igual ou semelhante teor.

Dissociada do efeito transcendente da decisão não parece ser a solução mais adequada.

O contrário ocorre se aceita a transcendência dos fundamentos determinantes, já que neste caso a decisão do Supremo Tribunal Federal teria força vinculante sobre

os seus motivos essenciais, levando automaticamente a alcançar todos os atos de igual conteúdo ao que fora objeto do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, seria cabível a reclamação para garantir a autoridade da decisão do Tribunal sempre que houver descumprimento, seja ele sobre a parte dispositiva ou sobre a *ratio decidendi*.

Durante o julgamento da citada reclamação constitucional, os ministros Carlos Ayres Britto e Ellen Gracie foram claros ao identificar que o caso tratava-se de situação onde se pleiteava, de fato, a aplicação dos efeitos transcendentais da decisão, o que não é aceito pela corte.

5.6. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE PROMOVER O ACESSO À JUSTIÇA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não há como negar que, ao se utilizar a transcendência dos motivos determinantes nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a reclamação constitucional ganha novos e relevantes contornos, não se restringindo somente a preservar a autoridade das decisões desta corte, mas indiretamente passa a ser mais um meio de efetuar o controle de constitucionalidade.

Verifica-se, também, como um meio mais democrático de controle de constitucionalidade, permitindo a qualquer interessado, ao promover a reclamação constitucional, o acesso à jurisdição constitucional direta, não se limitando tão somente aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.

Vale ressaltar que isto não tem nada a ver a com a proposta apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl. 3.014/SP, analisada no tópico anterior. O que se pretende aqui é o uso da reclamação como meio de garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal e, desde quando esta tenha efeitos transcendentais, possa-se questionar indiretamente a constitucionalidade de atos normativos similares aos que foram objeto do controle abstrato efetuado na decisão a ser protegida.

Isso propiciaria que qualquer pessoa lesada por uma decisão ou ato emanado por autoridade jurisdicional ou administrativa, contrário aos motivos determinantes - estes dotados de efeito vinculante - de decisão proferida pelo STF, propusesse

reclamação diretamente a este Tribunal, buscando, indiretamente, a participação no controle de constitucionalidade.

Deste modo, inegável a contribuição que os efeitos transcendentais das decisões do STF pode trazer, por meio da reclamação constitucional, ao direito fundamental de acesso à justiça no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Para uma melhor abordagem sobre este tema, no entanto, se faz necessária uma análise do direito fundamental de acesso à justiça, seja para compreendermos que este não se encerra no simples ingresso da parte ao Poder Judiciário, seja para vislumbrarmos o quão positivo é a participação popular ampla no processo de jurisdição constitucional.

Passemos a tal estudo.

5.6.1 O direito fundamental de acesso à justiça sob a ótica da transcendência dos motivos determinantes.

A Constituição Federal estabelece, em seu Artigo 5º, inciso XXXV¹⁷⁷, o Acesso à Justiça como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes neste país.

Adotando-se uma concepção restritiva do Acesso à justiça, bastaria que o Estado possibilitasse ao indivíduo ingressar com uma demanda perante o Poder Judiciário e este direito estaria sendo observado, não necessitando, por parte do poder público, nenhuma prestação positiva para tanto.

Analisando a evolução histórica deste direito, sob a ótica das transformações pelas quais o estudo do processo civil sofreu, Mauro Cappelletti e Bryan Garth destacam que, nos estados liberais burgueses, os meios utilizados para a solução de litígios civis refletiam o caráter eminentemente individualista dos direitos, ressaltando

¹⁷⁷ CF/88, Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

o caráter negativo¹⁷⁸ da prestação estatal quanto no que tange o acesso à justiça. Vejamos:

“Direito ao acesso a proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática”.¹⁷⁹

Hodiernamente, o Direito Fundamental de Acesso à Justiça vai muito além da concepção de um mero acesso ao Poder Judiciário, de modo que restringi-lo desta maneira muitas vezes pode causar sérias confusões no entendimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes e a sua aplicabilidade.

Destacando a amplitude do direito de acesso à justiça, J. E. Carreira Alvim citando Horácio Rodrigues, de uma forma brilhante, elucida ser o acesso ao Poder Judiciário apenas uma faceta do primeiro, que é muito mais amplo, não negando, contudo, a existência de posição contrária encarando-os como termos sinônimos:

“É necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à Justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso

¹⁷⁸ Neste sentido, Roberty Alexy, citando a Teoria dos Status de Georg Jellinek: “A constatação de que o status negativo de Jellinek é formado exclusivamente por faculdades, ou seja, liberdade jurídicas não-protegidas, é confirmada por manifestações do próprio Jellinek acerca de sua proteção por meio de direitos ao não-embaraço em face do Estado, isto é, acerca daquilo que comumente é chamado de “direito de defesa”, Segundo Jellinek, o status negativo está “protegido pela pretensão do indivíduo ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada”, mas essa pretensão pertence, “como qualquer outra, [pretensão] a uma determinada conduta estatal, ao status positivo do indivíduo””. (Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 259-260).

¹⁷⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11

ao Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro”.¹⁸⁰

Uma concepção restritiva do Acesso à Justiça, ou seja, igualando-a ao simples acesso do indivíduo por meio de uma demanda proposta ao Poder Judiciário, pode encarar a Transcendência dos motivos determinantes como uma limitação ou violação ao direito fundamental aqui discutido.

Ora, ao se entender que acesso à Justiça está limitado à inafastabilidade de análise pelo poder judiciário, a transcendência, por óbvio, constituiria uma violação à implementação daquele direito, uma vez que a teoria da transcendência presta-se a reduzir o número de ações para que o Supremo tribunal Federal não se manifeste demasiadas vezes sobre a mesma matéria.

Assim, com a adoção do conceito reducionista do Acesso à Justiça, a teoria dos motivos determinantes seria aparentemente um óbice à implementação deste direito fundamental.

Entretanto, ao reduzir o direito de Acesso à justiça como um simples ingresso ao Poder Judiciário consiste em grave e sério erro, já que este preceito vai muito além do que dar ao cidadão a direito de ter um processo ou ingressar em juízo.

Na realidade, ampliando¹⁸¹ o conceito de acesso à justiça, este constitui-se, como um próprio acesso aos direitos, de modo que, por exemplo, nada adianta dar a possibilidade de ingresso ao judiciário e a decisão definitiva demorar anos e anos ou até mesmo ser revestida de flagrante ilegalidade.

Seguindo esta linha de pensamento, Wilson Alves de Souza leciona:

“Nesse ponto, se e é indispensável uma porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado-

¹⁸⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descasso* - Página 3/3. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 20 nov. 2014..

¹⁸¹ É preciso deixar claro que o uso do termo “ampliando” não se presta, neste caso, a aumentar o alcance de um direito já existente, mas, tão somente, o foi usado para deixar claro que o posicionamento adota aqui não o limita ao ingresso no Poder Judiciário.

juiz sem o devido processo em direito, isto é, sem processo provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo eficácia das decisões, etc.”¹⁸²

Progredindo com o seu estudo, o professor vai além:

“Sendo assim, toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça.”¹⁸³

Ao passo em que entende-se o conceito correto de acesso à justiça como sendo um acesso amplo aos direitos e não somente um simples acesso ao poder judiciário, fica claro que a transcendência dos motivos determinantes, ao invés de restringir este direito fundamental, implementa-o.

Ora, se com os efeitos transcendentais da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade os demais casos semelhantes terão uma resposta imediata, sendo a eles aplicável a decisão de forma automática, não há porque falar em descumprimento do direito de acesso à justiça, uma vez que está não se resume à ingresso no Poder Judiciário.

Ressaltamos ainda a possibilidade de o indivíduo ingressar com a reclamação constitucional toda vez que descumprida a decisão, cujos efeitos transcenderam ao seu caso, o que resguarda o seu direito.

¹⁸² SOUZA, Wilson Alves de. Acesso a Justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 26.

¹⁸³ Ibidem, p. 82

O professor Paulo Bezerra¹⁸⁴, utilizando de postura vanguardista, bem esclarece que devemos diferenciar, no acesso à justiça, o seu aspecto material e o processual.

Aprofundando-se mais nesta temática, Paulo Bezerra estabelece que o acesso à justiça é um direito do qual se efetivam todos os direitos. Vejamos:

“É um direito, do qual, depende a realização de todos os outros, inclusive a efetivação do direito natural e fundamental, que todo homem tem, de que se lhe reconheçam direitos. Nesse diapasão, é um direito natural e fundamental. Um direito natural de garantia desse acesso, legitimamente fundado em sua natureza e na Constituição e demais dispositivos infra-constitucionais; um direito, pois, fundamental, que deve ser assegurado, como todos os demais direitos fundamentais, e mais, como viabilizador dos demais direitos fundamentais”.¹⁸⁵

Se o Supremo Tribunal Federal, ao utilizar a transcendência dos motivos determinantes, busca uma uniformização do direito, concedendo maior segurança jurídica, celeridade e economia processual, está, portanto, buscando a efetivação do acesso à justiça.

Caso o Tribunal, ao não adotar o efeito transcendente, tenha de ser obrigado a manifestar-se acerca da constitucionalidade os atos normativos, cujo conteúdo já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade (por meio de ato semelhante), isto seria a implementação do acesso justiça?

Ao que nos parece esta não seria a melhor forma de implementar o direito de Acesso à justiça, de modo que seria necessário em cada um dos casos um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal para julgar uma matéria já decidida em outro caso semelhante.

¹⁸⁴ “O acesso à Justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo (ou ao Poder Judiciário), as esse fenômeno não se resume a isso, como se irá demonstrar. De fato, o direito , dentre outras divisões e classificações que comporta, reparte-se em direito material e direito processual”. (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Temas atuais de direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007, p. 131).

¹⁸⁵ Ibidem, p. 154.

Deste modo, a utilização do efeito transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a possibilidade, inclusive, de propor reclamação constitucional em casos de sua violação têm papel fundamental na busca do Estado de promover o acesso à justiça, encarando o status positivo que carrega.

5.6.2. A reclamação constitucional como meio de promover o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade

Como é sabido, violada uma decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do seu efeito vinculante, surge para o lesado o direito de reclamar perante à própria corte Suprema, conforme previsão do Art. 102, I, I da Constituição Federal.

Caso adote a transcendência dos motivos determinantes, como proposto no tópico anterior, ocorreria uma verdadeira implementação do acesso à justiça, posto que o próprio lesado poderia, apresentar Reclamação Constitucional caso tenha autoridade judicial e administrativa (está também está incluída diante do efeito vinculante da decisão) violado norma abstrata retirada dos motivos determinantes de uma decisão de controle de constitucionalidade e não somente da parte dispositiva do julgado.

É de importância fundamental este tema para a perspectiva do acesso à justiça, posto que não seria necessária uma nova Ação Direita de Inconstitucionalidade (ou Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Como já dito, em caso de descumprimento da norma abstrata obtida pelos motivos determinantes da decisão, bastar-se-ia a apresentação de uma Reclamação Constitucional diretamente ao STF.

Por outro lado, foi dito que somente os legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal podem participar do controle concentrado de constitucionalidade, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador do Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

Assim, o acesso à este vértice da jurisdição constitucional não é aberto a toda a população em geral, mas somente a algumas pessoas expressamente previstas na Carta Magna.

A mais importante consequência da utilização do efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em processo objetivo de controle de constitucionalidade, consiste na abertura da possibilidade de que qualquer pessoa, lesada pelo descumprimento da *ratio decidendi* de uma decisão daquela corte, possa participar, por meio da reclamação constitucional, ainda que de forma indireta, do controle concentrado de constitucionalidade.

Embora tenhamos discordado da posição Ministro Gilmar Mendes manifestada em seu voto proferido no julgamento da Reclamação 3014/SP, haja vista ele defender o uso da reclamação constitucional para realização de controle concentrado de constitucionalidade mesmo sem a utilização do teoria da transcendência dos motivos determinantes¹⁸⁶, é interessante mostrar o trecho do voto em que o ministro destaca a importância desta ação¹⁸⁷ para a jurisdição constitucional:

“A tendência hodierna, portanto, é que a reclamação assumam cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.”

Não é demais dizermos que quanto maior for o acesso à jurisdição constitucional, mais legitimidade democrática terá a Constituição. Neste sentido é a

¹⁸⁶ Ressaltamos a discordância apenas no que diz respeito à utilização da Reclamação no controle concentrado de constitucionalidade sem a adoção da transcendência dos motivos determinantes. O que entendemos é ser plenamente possível a utilização da Reclamação Constitucional no controle concentrado de constitucionalidade, mas que isto ocorra somente por um efeito da transcendência dos motivos determinantes.

¹⁸⁷ Doutrinariamente entende-se a Reclamação como uma ação, mas o Supremo Tribunal Federal tem entendido que trata-se de manifestação do direito de petição.

famosa frase de Werner Kagi¹⁸⁸: “diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi o que entendes por Constituição”.

Assim, a tendência é cada vez mais ampliar o acesso do cidadão à jurisdição constitucional, seja ela concentrada ou difusa, constituindo a reclamação um importante mecanismo para isso, mas desde que aliada da transcendência dos motivos determinantes.

6. CONCLUSÃO

Só há falar em supremacia constitucional havendo, necessariamente, rigidez da Constituição, dispondo ela, portanto, de um processo especial e mais dificultoso para sua alteração em relação às demais leis. Não havendo rigidez e supremacia da Constituição, esta poderia ser alterada por qualquer ato normativo, já que nenhuma hierarquia teria a norma constitucional.

Por este motivo verifica-se que inexistiria também a jurisdição constitucional, não sendo lógico, portanto, falar em controle de constitucionalidade diante da inexistência de norma com hierarquia superior para servir de parâmetro neste controle.

Destaca-se que, existindo supremacia e rigidez constitucional, para haver controle de constitucionalidade é necessário tratar-se de documento escrito e formal, já que as constituições costumeiras ou não escritas, por serem flexíveis, também não são utilizadas como parâmetro. Outro requisito para realização de controle de constitucionalidade reside na necessidade de existência de um órgão com competência para realização da jurisdição constitucional, que no Brasil é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão integrante do Poder Judiciário.

Como parâmetro do controle de constitucionalidade destacamos a Constituição Federal de 1988, ressaltando, entretanto, que a emenda constitucional n.º 45/2004, por meio do § 3º do art. 5º, equiparou os tratados internacionais que versarem sobre direito humanos às emendas constitucionais, desde que aprovados com a mesma

¹⁸⁸ Extraído de citação na obra: STRECK, Lênio Luiz, *A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição*. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p. 77, 2003

formalidade destas pelo Congresso Nacional. Deste modo, não é errado falar que o Brasil está caminhando para o um bloco de constitucionalidade, ou seja, havendo mais de uma norma passível de funcional como parâmetro de controle.

Por outro lado, destaca-se que podem ser objeto de controle de constitucionalidade as leis e atos normativos editados pelo poder público, bem como as suas omissões indevidas.

O STF entende não poder submeter-se a julgamento de constitucionalidade os atos anteriores à Constituição Federal de 1988, posto que tais atos devem, segundo a corte, ser objeto de análise de recepção ou não-recepção pelo parâmetro posterior, de modo a não admitir a inconstitucionalidade superveniente. Contudo, com o surgimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que surgiu corrigindo algumas incongruências da jurisprudência da corte suprema, passou-se a admitir a análise de atos normativos editados anteriormente à Constituição, mas mesmo assim, estes devem submeter-se a verificação da recepção em face do parâmetro e não de controle de constitucionalidade propriamente dito.

No controle abstrato de constitucionalidade brasileiro prevalece a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, em detrimento da teoria da anulabilidade, vez que verificando-se o vício de constitucionalidade, a decisão, por ter natureza declaratória, será dotada de efeitos *ex tunc*, de forma a ser reconhecida a norma por inconstitucional desde a sua criação, possuindo claro efeito retroativo.

Embora esta seja a regra, existe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos de sua decisão para que esta somente tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou ainda fixar um marco inicial específico no passado ou no futuro para produção de seus efeitos, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesta situação, entende-se que a natureza da decisão não mais será declaratória, mas sim tratar-se-á de uma decisão de natureza constitutiva.

As decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos, possuindo por isso força de lei, diferentemente das decisões tomadas em controle difuso, que, em regra, são dotadas de eficácia *inter partes*. Isto ocorre por suscitar-se o controle concentrado de

constitucionalidade através de um processo objetivo, em que não há partes formais, mas meros legitimados.

Como a eficácia *erga omnes* gera para suas decisões força de lei e, em razão disto, sejam seus efeitos oponíveis contra todos, o efeito vinculante vem para aumentar a respeitabilidade a tais decisões, excluindo a possibilidade de torna-las objeto de controle de constitucionalidade pela Administração e demais órgão do Poder Judiciário.

A eficácia *erga omnes* tem como limite objetivo a parte dispositiva do julgado, assim como a coisa julgada.

Diferentemente, o limite objetivo do efeito vinculante, entendemos, não deve restringir-se ao dispositivo, devendo alcançar também os motivos determinantes da decisão, sendo, inclusive, este o intuito da entrada de tal efeito no ordenamento jurídico brasileiro. É importante esclarecer que este pensamento não é unânime na doutrina e na jurisprudência, pelo contrário. O próprio Supremo Tribunal Federal mudou entendimento para considerar que o efeito vinculante incide apenas sobre a parte dispositiva da decisão.

Quanto ao limite subjetivo do efeito vinculante, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, estão obrigados a seguir determinando em uma decisão dotada de tal efeito proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Não se vinculam, contudo, a própria suprema corte, nem o Poder Legislativo.

Partindo para a análise dos precedentes judiciais, descobrimos que, assim como efeito vinculante deve ser, só há falar em precedente judicial se tomada a sua análise observando também a *ratio decidendi* do julgado. Deste modo, não há falar em precedente judicial onde se analise somente a parte dispositiva da decisão.

Não se deve, contudo, confundir a *ratio decidendi* com a fundamentação da decisão, já que não se tratam da mesma coisa. Não é a fundamentação que deve ser encarada como precedente, ou ser dotada de efeito vinculante, mas sim a sua *ratio decidendi* apenas. A fundamentação utilizada em um determinado julgamento não constitui, necessariamente, a razão de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*), sendo esta

a tese jurídica ou interpretação da norma realizada na decisão. Entretanto, a *ratio decidendi* estará contida na fundamentação do caso, mas com ela não se confunde¹⁸⁹.

Também não se deve confundir os motivos determinantes com as *obiter dicta*, as quais são apenas outras opiniões sobre o direito e valores relativos à questão, extrapolando o realmente necessário para justificar a tomada da decisão pelo magistrado.

Verifica-se a existência de precedentes vinculantes e persuasivos, constituindo os primeiros em decisões judiciais que tornam-se obrigatória sua observação para casos semelhantes futuros, enquanto os segundo, embora não obrigatórios, servem para influenciar o julgado, dando indícios de sua correção.

A análise da persuasão ou da vinculação do precedente deve ser feita com base não em toda a decisão, mas somente naquilo que delimitamos ser os motivos determinantes. Contudo, as questões *obiter dictum* carregam indubitavelmente certa carga persuasiva, porém jamais poderá ter caráter vinculante, este restrito à *ratio decidendi*.

Embora o precedente judicial seja oriundo dos países do sistema da *common law*, é crescente a sua utilização em países do sistema da civil law, sendo a adoção do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional considerada um marco inicial para isso.

A incidência do efeito vinculante sobre a *ratio decidendi* é plenamente compatível com a teoria dos precedentes judiciais trazida dos países do sistema da *common law* e de crescente utilização pela nossa corte constitucional. Ademais, a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes nada mais é do que a adoção dos precedentes judiciais.

Falar em efeito vinculante da *ratio decidendi* significa transcender os motivos determinantes de uma decisão para outro caso análogo. Isto somente é possível com a ampliação do limite objetivo do efeito vinculante, não devendo limitar-se apenas à parte dispositiva da decisão, mas alcançar também os seus motivos determinantes.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*, 2012, p. 4.

Alcançando também os motivos determinantes que levaram ao julgamento da inconstitucionalidade de uma determinada lei, o efeito vinculante deve ser observado em face de todas as leis municipais, estaduais ou federais de igual conteúdo já existentes e que guardassem semelhança com o motivo pelo qual foi declarada a inconstitucionalidade. Deste modo, seriam elas automaticamente consideradas inconstitucionais e todos os outros tribunais e autoridades administrativas estariam obrigados a assim as considerar em todos os casos submetidos a análise.

Como todas as decisões definitivas tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem seus motivos determinantes dotados de efeito vinculante, por óbvio, não subsiste motivo para uso das súmulas vinculantes neste modelo de controle. Assim, a súmula vinculante estaria restrita aos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal por meio de controle difuso, enquanto ao controle concentrado o efeito vinculante já é uma característica da própria decisão. Não há, portanto, razão para utilização da súmula vinculante em controle concentrado, o que reforça a ideia de ser o limite objetivo do efeito vinculante os motivos determinantes.

Por esta mesma razão não entendemos pela adoção da transcendência dos motivos determinantes para o controle difuso de constitucionalidade (como defendido por alguns), já que esvaziar-se-ia completamente o instituto da súmula vinculante, que, ao nosso ver, foi criado, justamente, para conceder efeito vinculante às decisões que não possuem este efeito.

Interessante destacar ainda que a adoção de efeito vinculante sobre a *ratio decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal caracteriza-se, perfeitamente, como um precedente vinculante, já que este é considerado em face das suas razões de decidir e não somente sobre o dispositivo das decisões.

Não obstante a não aceitação atual do STF da teoria da transcendência dos motivos determinantes, esta corte, em inúmeras decisões, firma entendimento pela utilização dos modelos de precedente judicial. Isto não parece ser correto, já que somente se analisa precedente em face de sua *ratio decidendi*. Assim, para se analisar o caráter vinculante de um precedente, necessariamente, deve-se observar os seus fundamentos determinantes, o que reforça a incongruência da jurisprudência do Supremo ao entender que o efeito vinculante de suas decisões incide apenas sobre a parte dispositiva.

Por isso, a adoção da transcendência dos motivos determinantes tem papel importante na valorização do precedente judicial, de crescente utilização, ainda que de forma diferente, no ordenamento jurídico pátrio. A adoção desta teoria ainda é de fundamental importância para obtenção de segurança jurídica, economia processual, acesso à justiça e celeridade processual.

Uma consequência importante da utilização do efeito transcendente das decisões do STF reside na possibilidade de ampliação de uso da Reclamação Constitucional. Esta pode ser utilizada perante ao Supremo Tribunal Federal em três hipóteses: a) Quando estiver sendo usurpada a competência do Tribunal; b) Para preservar a autoridade de suas decisões; c) Em caso de desrespeito à Sumula vinculante.

Em face do atual posicionamento do STF, caso haja descumprimento ou desobediência por parte de outro órgão jurisdicional ou da Administração Pública da decisão proferida em processo objetivo de controle de constitucionalidade, será cabível reclamação limitada, contudo, ao quanto fixado na parte dispositiva da decisão. Assim, somente o que foi decidido no dispositivo poderá ser objeto de reclamação constitucional.

Adotando-se o efeito transcendente das decisões, o descumprimento poderá ocorrer também em relação aos motivos determinantes que levaram àquela decisão, de modo a ampliar substancialmente a importância da reclamação constitucional, conferindo maior força às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

Deste modo, a reclamação, ainda que seja o meio de resguardo da autoridade do decisão do STF, estaria, indiretamente, ganhando contornos próprios de uma ação de controle de constitucionalidade. Ressalte-se que isto somente é possível para a hipótese de descumprimento da *ratio decidendi* (é necessário que se adote a transcendência dos motivos determinantes para tanto) de uma decisão em controle concentrado. Não defendemos, contudo, a ampliação do uso da Reclamação, fora das hipóteses citadas, sem adoção de efeito transcendente de decisões, já que trata-se de uma ação típica.

Adotada a transcendência dos fundamentos determinantes, a decisão do Supremo Tribunal Federal teria força vinculante sobre a *ratio decidendi*, levando

automaticamente a alcançar todos os atos de igual conteúdo ao que fora objeto do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, seria cabível a reclamação para garantir a autoridade da decisão do Tribunal sempre que houver descumprimento, seja ele sobre a parte dispositiva ou sobre a *ratio decidendi*. Deste modo, a reclamação constitucional poderia alcançar qualquer ato que descumprisse o conteúdo essencial de uma decisão em controle concentrado e não somente o ato que fora objeto do controle.

Isso garantiria a possibilidade de que qualquer pessoa lesada por uma decisão ou ato proferido por autoridade jurisdicional ou administrativa, contrário aos motivos determinantes - estes dotados de efeito vinculante - de decisão do Supremo, propusesse reclamação diretamente a este Tribunal, buscando, diretamente, o respeito da decisão proferida anteriormente, e indiretamente, a participação no controle de constitucionalidade, já que o ato por ela questionado, em si, não foi objeto daquela decisão.

Importante consequência desta ampliação da reclamação constitucional, fundada na transcendência dos motivos determinantes, reflete-se no direito de acesso à justiça, que deve ser entendido de forma ampla, não se reduzindo ao mero acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça constitui-se, como um próprio acesso aos direitos, já que de nada adianta abrir a possibilidade de ingresso do indivíduo ao judiciário e a decisão definitiva demorar anos e anos ou até mesmo ser revestida de flagrante ilegalidade.

Neste aspecto a reclamação, ao oportunizar o acesso do cidadão diretamente no STF de uma desavença constitucional, está implementando o acesso à justiça, já que não mais será necessário o longo trajeto habitual de um processo até que, por meio de Recurso Extraordinário, a questão seja submetida à corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001,

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descesso** - Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

ARAÚJO, Jailton Macena. **A tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e sua manifestação processual**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8181>. Acesso em: 15 jan. 2013.

ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional Nº 45.** Rio de Janeiro, Forense, 2005.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.

_____. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2º ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O contrôle de Constitucionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammego – **Curso de Direito Constitucional,** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed., Coimbra: Almadina, 1998.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** [Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato]. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 23 edição, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Cunha, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda pública em juízo.** Editora Dialética. 12a. Edição: 2012.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

_____. **Controle de constitucionalidade**. 5. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. São Paulo: Madras, 2005.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DELORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: Dos precedentes jurisprudenciais, das súmulas dos Tribunais**. São Paulo: Thomson/IOB, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____; CUNHA, Leonardo José *Carneiro* da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12ª ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reclamação no processo civil brasileiro**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 9-15, 2003.

_____. **Decisões vinculantes**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 25, n. 100, p. 100, p. 166-87, out/dez 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civital, 1986.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes** Salvador: Jus Podivm, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**, 21ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica**. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição** — contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

MACCORMICK, Neil - **Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica**. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de cpc: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**, 2012.

MARTINS, José Renato. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>, acesso em: 30 de agosto de 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**, 6ª Ed, São Paulo, 2014.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas**. Revista de Direito Constitucional e internacional, São Paulo: RT, n. 68, p.258, jul./set. 2009).

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORATO, Leonardo Lins. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: RT, 2007.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PALU, **Oswaldo Luiz**. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª Ed., São Paulo: RT, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 4, p. 122-129, 2003.

PIOVESAN, Fátia. **Proteção judicial contra as omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

REIS, João Márcio Rêgo, **A teoria da transcendência dos motivos determinantes como forma de realização do acesso à justiça**, Boletim Conteúdo Jurídico n. 336, de 02/02 a 07/02 de 2015 (ano VII) ISSN - 1984-0454 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-como-forma-de-realizacao-do-acesso-a-justica,52385.html>>. Acesso em: janeiro de 2015.

_____. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato de constitucionalidade e a importante delimitação do efeito vinculante**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35946/efeitos-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade-e-a-importante-delimitacao-do-efeito-vinculante>>. Acesso em: janeiro de 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia na Constituição**. Conpedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lênio Luiz, **A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p. 66-95, 2003

_____. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As tendências brasileiras rumo à Jurisprudência vinculante**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 40, nº 1-2, p. 223-239, 1999.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24^a Ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.