



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

RAFAEL MACEDO COELHO LUZ ROCHA

**O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a
abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de
controle difuso pelo STF**

Salvador
2015

RAFAEL MACEDO COELHO LUZ ROCHA

**O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a
abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de
controle difuso pelo STF**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do
título de Mestre em Direito Público pela Universidade
Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr.

Salvador
2015

RAFAEL MACEDO COELHO LUZ ROCHA

O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, na forma do Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia, e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo firmados, em sessão pública de defesa no dia de de 2015.

Aprovada em de de 2015, com nota _____.

Banca Examinadora:

Dirley da Cunha Jr – Orientador _____
Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).
Universidade Federal da Bahia.

Saulo José Casali Bahia _____
Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).
Universidade Federal da Bahia.

Doutor em Direito .
Universidade de .

A meus avós José Recy Coelho Mororó,
Míuvia Maria Macedo Coelho, Antônio
Leliz de Alencar Rocha (*in memoriam*) e
Conchita Maria Luz de Alencar Rocha.

À minha família, que é luz no caminho
para além da caverna de sombras.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, que me orientou e acompanhou no trajeto percorrido para poder alcançar este desejado momento, pela oportunidade de compartilhar o seu saber e de estar ao seu lado também no ofício do Magistério, na oportunidade do Tirocínio Docente; e, em especial, pela sua compreensão e apoio incessável nos momentos de dificuldade vencidos. As lições aprendidas me acompanharão por todo o caminho futuro, intelectualmente, academicamente, profissionalmente e como pessoa. Muito obrigado!

Gostaria de agradecer também aos professores Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora Minahim, Ricardo Maurício Freire Soares e Wilson Alves de Souza, mestres que fizeram parte da construção do pensamento ao longo do curso de Mestrado e com quem tive a oportunidade de estender os horizontes do conhecimento.

Registro a minha gratidão a todo o corpo de funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, o que faço nas pessoas de Luiza Luz de Castro e Jovino Ferreira Costa Filho, pela incessante doação própria para servir o próximo.

A todos que fizeram parte também da minha vida profissional e me apoiaram enquanto trilhei o curso de Pós-Graduação, desde os colegas e amigos da advocacia aos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que sempre foram compreensivos e me apoiaram quando preciso foi para manter alinhados os estudos e o ofício.

Consigno meu agradecimento a Roberto Maynard Frank que me permitiu pôr em prática todo o estudo acadêmico, com quem aprendi muito sobre a operacionalização do direito e que me concedeu a satisfação de acompanhá-lo em sua trajetória, me oportunizando crescimento intelectual e profissional e se tornando estimado amigo.

Aos inúmeros colegas e amigos conquistados no decorrer do Curso de Mestrado, em especial àqueles da Turma de Metodologia da Pesquisa em Direito, aos quais agradeço na pessoa de Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos, que personifica ideal a ser seguido por todos que a conhecem.

Obrigado aos sempre presentes amigos cultivados ainda na época do Colégio Antônio Vieira, pelo incondicional apoio que posso neles contar, alguns dos quais me acompanharam também na trajetória acadêmica; todos aos quais agradeço na pessoa de muitas vezes colega e

sempre amigo Marcus Seixas Souza, companheiro e inspiração para buscar o caminho do sucesso.

Aos meus colegas da Graduação na Universidade Federal da Bahia, companheiros da minha formação acadêmica e amigos para toda a vida, a quem agradeço na pessoa de José Eduardo Brasil Louro da Silveira em conjunto com Thomás Alves Souza, que comigo dividem a convivência diária.

Minha gratidão constante a meus pais, Pacífico Antônio Luz de Alencar Rocha e Sheylla Maria Macedo Coelho Rocha e a meus irmãos Tiago Macedo Coelho Luz Rocha, Gabriela Macedo Coelho Luz Rocha, Isabela Macedo Coelho Luz Rocha e Carolina Macedo Coelho Luz Rocha, nas pessoas de quem registro a imensa alegria de fazer parte de minha família, pelos ensinamentos, carinho, apoio incondicional e amor nutrido entre todos.

“O saber humano se espalha para todos os lados, a perder de vista, de modo que nenhum indivíduo pode saber sequer a milésima parte daquilo que é digno de ser sabido.”

(Arthur Schopenhauer)

ROCHA, Rafael Macedo Coelho Luz. *O modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF*. 2001. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

RESUMO

Este trabalho monográfico traçará um panorama do atual modelo de controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, destacando as suas influências históricas mais relevantes, nacionais e estrangeiras. Para tanto, serão revisados, de forma perfunctória os sistemas Austríaco e Norte-Americano. Será analisado o papel dos Tribunais no sistema judiciário brasileiro enquanto órgãos de compatibilização do direito aos anseios sociais, assim como será pincelado o papel da jurisprudência dentro das fontes do direito e o instituto da mutação constitucional como ferramenta para garantia da força normativa da constituição. A partir daí o estudo recairá sobre os efeitos das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade e a possibilidade de modulação destes pelos órgãos judicantes. Será focada em especial a atribuição de efeitos *erga omnes* a decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade; a sua adequação ao sistema atual aplicado no Brasil, as teorias que justificam esta abstrativização dos efeitos e a diferença prática disto para a edição de Súmulas Vinculantes. Também serão abordadas algumas repercussões jurídicas e políticas evidenciadas por tal atuação expansiva da Corte Suprema, à luz do princípio da separação dos poderes e da consolidação de uma jurisdição constitucional brasileira. A partir deste arcabouço teórico se concluirá sobre a adequação da abstrativização aqui discutida ao sistema brasileiro posto e seus princípios regentes.

Palavras-chave: Constitucional; Controle; Decisões; Efeitos; Abstrativização; Tribunais; Interpretação; Mutações.

ABSTRACT

This essay will gather data about the rules of Brazilian judicial review system, putting emphasis on national or abroad historical influences and origins; to achieve that there will be slightly reviewed the original Austriac and North-american constitutional systems. The importance of Justice Courts will be reviewed, and the importance of judicial production as a source of law, and also regarding constitutional mutations as means to achieve constitution normative power. After that, the study will be set on the subjective effects of decisions made by the judicial courts judging individual situations and the possibly extension of these effects. Especial attention will be given to the attribution of *erga omnes* effect to diffuse judicial review decisions made by Brazilian Supreme Federal Court, the compatibility of this new system with the one applied nowadays, the theories that enforces this new concept and the difference between it and the Brazilian institute called 'Súmula Vinculante'. There will also be analyzed some juridical and political repercussions of the extension of judicial decision effects, focusing on the separation of powers principle and the consolidation of a Brazilian constitutional jurisdiction. Based on the studies the discussion will be finished concluding about the compatibility of judicial decision effects extension and the Brazilian judicial system.

Key words: Constitutional system; Judicial Review; Decision Effects; Constitutional Mutation; Justice Courts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	14
2.1 Sistema Norte-americano	14
2.2 Sistema Austríaco	16
2.3 Evolução histórica no direito brasileiro.....	18
2.4 Sistema atual pós Constituição Federal de 1988	30
3. TRIBUNAIS COMO FONTE DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO	36
3.1 Grandes sistemas de direito e controle de constitucionalidade	39
3.2 Papel dos tribunais na formação do direito	44
3.2.1 Tribunais como órgãos voltados a prover justiça: a visão de John Rawls	48
3.2.2 Fontes do direito e jurisprudência	52
3.2.3 Atuação dos tribunais e a necessidade de argumentação jurídica	56
3.3 Legitimação da produção jurisprudencial do direito	60
3.4 Mutação constitucional como produção normativa jurisprudencial.....	65
4. ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	78
4.1 O que se entende por abstrativização ou objetivização das decisões	79
4.2 O papel do Senado no controle difuso e a Reclamação n. 4.335-5/AC.....	89
5. ADEQUAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO AO SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO E COMPATIBILIDADE COM OS DEMAIS PODERES REPUBLICANOS.....	96
5.1 Necessária distinção entre os institutos da abstrativização dos efeitos e da Súmula Vinculante.....	96
5.2 Não usurpação da competência do Senado Federal: art. 52, X, da CF/88.....	100
5.3 Influência na efetividade e proatividade do Poder Judiciário.....	107
5.4 Tendência de fortalecimento da jurisdição constitucional e da uniformização do direito brasileiro	110
5.5 Desnecessidade de alteração legislativa para aplicar a abstrativização.....	117
6. CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	122

1. INTRODUÇÃO

O trabalho se propõe a analisar a atual tendência de abstrativização dos efeitos de decisões proferidas em sede de processo relacionado à aplicação do direito em casos concretos, portanto vinculada a uma demanda específica, perquerindo alguns elementos antecedentes que tornaram possível o desenvolvimento de tal teoria, a sua aceitação atual pela doutrina e jurisprudência e as dificuldades enfrentadas e que ainda existem para a sua aceitação ou rejeição.

A hipótese a ser defendida ao final é de que é possível conceder efeitos erga omnes às decisões adotadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, em razão da tendência de fortalecimento das decisões das Cortes Judiciárias Superiores, de uniformização da aplicação do direito e de maior efetividade social da atividade judicante.

A extensão dos efeitos de decisões será verificada como de possível aplicação dentro do exercício jurisdicional do controle difuso de constitucionalidade, seara que, por sua relevância, reclama uma maior segurança, integração e efetivação, de modo que se evitem contradições no que toca à interpretação e aplicação da Constituição Federal pelo Poder Judiciário.

Isto porque o exercício do controle de Constitucionalidade caracteriza importante função sistêmica de, num aspecto técnico-legislativo, manter a coerência do ordenamento jurídico; mas, além disto, tem importante força de política jurisdicional quando permite aos juízes e tribunais, especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF), adequar uma lei aos parâmetros da Constituição.

Será realizado um cuidadoso relato acerca do desenvolvimento e funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, para se ter uma melhor compreensão do atual estado do sistema jurídico e constitucional e das efetivas inovações que seriam trazidas pela teoria da abstrativização. Tal análise será feita acerca da evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade nas Constituições Brasileiras e na atual Constituição Federal de 1988.

Após, o estudo aqui realizado precisa levar em conta alguns pressupostos essenciais à compreensão do fenômeno que cercou a abstrativização dos efeitos de decisões proferidas em processos de cunho concreto, o que torna a análise um pouco mais abrangente, mas sem extrapolar os limites do processo subjetivo.

Nessa linha, é certo que a mera ideia de se conceber uma construção pretoriana que afete diretamente os efeitos relacionados a decisões proferidas pelo Poder Judiciário precisa ser contextualizada com a atual situação do direito em geral e constitucional.

Sem a valorização histórica da atividade jurisprudencial, não seria possível o desenvolvimento de ideias relacionadas à busca de uma maior efetivação do direito por parte de seu aplicador e não meramente por quem o concebe de forma prévia e abstrata na atividade legislativa.

Tal percepção exige que este trabalho faça uma breve análise sobre as circunstâncias e elementos que envolvem a atuação dos tribunais no caminho para uma função voltada não somente ao sistema jurídico abstrato, mas ao papel concretizador do direito perante a sociedade.

Naturalmente, será feita breve discussão sobre o papel da jurisprudência enquanto elemento conformador e formador do direito, o que permitirá a apreciação do papel dos tribunais dentro do contexto jurídico brasileiro e a consequente maior liberdade de atuação destes órgãos judiciais, elementos estes essenciais para a concepção da teoria objeto deste estudo.

Com efeito, quer se provar que a teoria da abstrativização dos efeitos pressupõe uma atuação proativa do Poder Judiciário, assim como exige um limiar de liberdade para que os seus órgãos atuem de modo a conseguirem ter discricionariedade sobre os limites dos efeitos das decisões proferidas.

Inserta nessa linha temática será revisado o instituto da mutação constitucional, como ferramenta interpretativa dos julgadores para promover a efetivação dos comandos constitucionais e concomitante adequação à realidade social.

Todas estas características, fatores e conceitos serão revisitados de forma mais detida ao longo deste trabalho, traçando o caminho para melhor compreender o surgimento da teoria da abstrativização, suas bases e seu cabimento no sistema jurídico pátrio.

O presente trabalho, no entanto, não busca um aprofundamento em relação aos institutos correlatos ao tema principal, mas sim, uma abordagem suficiente à compreensão deles e que permita demonstrar a relação com o tema principal do estudo.

A partir daí o foco será analisar a atual tendência de abstrativização das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade para aferir a possibilidade de sua aplicação, assim como aceitação pela doutrina e jurisprudência.

Consolidadas tais bases fundantes para compreender o fenômeno da abstrativização, será feita uma abordagem direta sobre tal instituto, confrontando as circunstâncias que o cercam e a visão da doutrina e jurisprudência sobre o mesmo.

Neste ínterim, é essencial fazer a análise do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, na qual o relator defendeu a desnecessidade de o Senado Federal estender os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, que consolidaria a tese principal deste trabalho.

O último capítulo do desenvolvimento se volta a delimitar o instituto da abstrativização dos efeitos de decisões e demonstrar alguns benefícios que a adoção institucional da teoria trariam para o sistema jurídico pátrio. Além disto, também no último capítulo são rebatidas críticas que se formaram contra instituto objeto deste trabalho.

Ao final são apresentadas as conclusões da dissertação.

2. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Antes de adentrar o tema específico do tópico, cabe registrar uma interessante curiosidade observada pelo jurista Uadi Lammêgo Bulos, que remonta a origem do ideal de controle de constitucionalidade à Grécia do século V a. C.

Ele referencia o instituto da *graphē paranomōn*¹, por meio do qual "era possível verificar se uma lei, votada pela assembleia popular em face do Direito ancestral, estava em consonância com o interesse da maioria."²

Mais curioso ainda destacar que tal instituto gerava, além da desconstituição do ato atacado, a responsabilização pessoal de seu autor. Nas palavras do citado jurista: "Mediante a *graphē paranomōn*, um júri, escolhido por sorteio, poderia reverter, e até anular, uma proposta de lei inconstitucional, punindo o seu respectivo autor."³

Apesar do início promissor, não há relatos de que tal instituto tenha se desenvolvido, perdendo-se no tempo até que novo contexto histórico fez surgir a necessidade de fiscalização da produção de atos legislativos com base em preceitos de interesse comum.

Cabe, então, passar à análise das principais influências históricas no mundo para a consolidação de um sistema de controle de constitucionalidade.

2.1 Sistema Norte-americano

Nos Estados Unidos da América a primeira constituição foi promulgada em 1787 prevendo a forma federativa de estado, o sistema presidencialista de governo, uma declaração de direitos individuais e com caracteres de uma constituição rígida, com maior solenidade para alterar as normas constitucionais.

¹ Sobre o instituto, conferir: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57 *et. seq.*; POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

³ *Ibidem, loc. cit.*

Luís Guilherme Marinoni⁴ lembra que “o controle judicial da constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos muito tempo antes de surgir na Europa continental, já no século XX.”

Ressalte-se que não foi atribuído a qualquer órgão a guarda dos preceitos constitucionais, sua interpretação ou a solução de conflitos que pudessem surgir. Tais encargos eram ínsitos à própria atuação do Poder Legislativo, que tinha competência para promover alterações nos textos legais.

Tais omissões, no entanto, não impediram o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto guarda dos valores mais importantes para a sociedade, consagrados na Carta Constitucional.

Destaca Luís Guilherme Marinoni⁵ que:

O surgimento do controle difuso da constitucionalidade das leis, nos Estados Unidos, enseja reflexão especial. A separação dos poderes, um dos fundamentos da Constituição americana, não impediu que o Judiciário assumisse o poder de controlar a produção normativa do Legislativo. Ao contrário do que sucedeu na França, tal princípio não foi utilizado para compelir o Judiciário a aplicar a letra da lei, tal como se fosse a *bouche de la loi*. p. 813

No ano de 1803, no famoso *case Marbury vs. Madison*, nas mãos do magistrado John Marshall, foi estabelecido pela Suprema Corte Norte Americana o precedente que fixava as bases do *judicial review* como a necessidade de se adequar as normas inferiores conflitantes aos preceitos constitucionais estabelecidos.

A noção geral de necessidade de adequação das normas à constituição posta já havia sido discutida e defendida em ocasiões anteriores, como ressalta Uadi Lammêgo Bulos⁶:

Antes disso, contudo, a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias à constituição reputavam-se nulas. Em 1782, um grupo de juízes da Virgínia declararam (sic), em seus vereditos, que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas. No ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação. Todas essas datas demonstram o quão é equivocada a ideia de que "o controle difuso nasceu do caso Madison versus Marbury". Na realidade, o decism de Marshall resultou do amadurecimento de séculos. Homens e instituições, de todo o mundo, exigiam o respeito incondicional às normas constitucionais, a fim de se encontrar a tão almejada *salvaguarda de direitos e garantias*.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 791.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 813.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 188-189.

O próprio Alexander Hamilton, após a aprovação da Carta americana de 1787, advertiu que nenhum ato legislativo que lhe fosse contrário poderia ser válido (O federalista, p. 132).

A despeito disto, enorme foi a importância do julgamento de 1803, pois estabeleceu as bases do sistema do *judicial review* e se tornou paradigma que passou a vincular a nova jurisdição norte americana, por força do princípio do *stare decisis*⁷, que tornou o conteúdo do julgado obrigatório para a Suprema Corte e para os tribunais inferiores.

Ademais, é importante deixar claro que no sistema norte-americano o controle dos preceitos contrários à constituição se originou diretamente na via judicial, inexistindo qualquer lei ou dispositivo que atribuísse isto a algum órgão administrativo ou do judiciário.

A própria necessidade de manutenção dos preceitos maiores da sociedade, consignados na Carta Magna fez o Judiciário se imbuir do poder de preservá-la por meio da fiscalização dos atos inferiores.⁸

Por isso mesmo, a característica mais marcante do sistema americano é o seu início como controle difuso de constitucionalidade, no qual os juízes exercem descentralizadamente a fiscalização da adequação das normas à constituição, não existindo, à época, meio de impugnação abstrata de norma supostamente inconstitucional.

Por um viés isto garantia liberdade aos órgãos do judiciário para apreciar as alegações de inconstitucionalidade nos casos concretos, mas, por outro lado, limitava o controle teórico/abstrato de uma norma face à constituição.

2.2 Sistema Austríaco

O sistema de controle de constitucionalidade austríaco, por sua vez, surgiu a partir da Constituição da Áustria de 1920, separado por mais de um século em relação ao surgimento do sistema difuso de controle constitucionalidade.

Segundo Luís Guilherme Marinoni⁹:

⁷ Princípio da vinculatividade dos precedentes, segundo o qual o Tribunal e os demais órgãos do Poder Judiciário ficam adstritos ao raciocínio jurídico adotado naquele caso concreto de caráter paradigmático.

⁸ O mesmo não ocorreu no Brasil, por exemplo, onde o controle de constitucionalidade se surgiu por meio de competência atribuída a órgão institucional.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 816.

A proibição de qualquer interferência do juiz no Poder Legislativo constituiu o fundamento para impedir, por tanto tempo, o controle da constitucionalidade das leis nos países europeus. Não é por acaso, assim, que a idealização do controle concentrado da constitucionalidade, ocorrido na Áustria de 1920, tenha deferido este poder a uma Corte instituída especialmente para este fim, a qual se tornou conhecida como Corte Constitucional.

Dotado de características diferentes, este sistema concedeu a um órgão específico do Poder Judiciário o poder de fiscalizar a constitucionalidade de normas, o que se dava de forma abstrata, desvinculada de casos concretos, e concentrada, ou seja, exclusivamente pelo Tribunal Constitucional.

É preciso explicitar que tal modelo de controle concentrado de constitucionalidade exercido por um Tribunal Constitucional tem forte influência da teoria de Hans Kelsen, que chegou a prever a necessidade de existência de um Tribunal Constitucional para o controle das normas.

Foi criada uma Corte Constitucional em razão de Kelsen ter entendido ser necessário prever, na Constituição, um órgão competente para analisar a compatibilidade da produção legislativa com as normas constitucionais.¹⁰

Inicialmente, esta Constituição Austríaca previa somente o controle concentrado de constitucionalidade, mas uma reforma realizada em 1929 acrescentou o controle incidental de constitucionalidade, o que levou ambos a conviverem em consonância e consagrando um sistema misto de controle.

Para a instauração do controle de constitucionalidade era necessário um pedido especial, a cargo de determinados órgãos, dando início a um procedimento especial, completamente desvinculado de qualquer caso concreto.¹¹

Cada modelo de fiscalização tem suas características próprias. Especialmente quanto aos efeitos da decisão proferida, no caso da via concentrada, a declaração de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva negativa (legislador negativo), afastando a eficácia do ato impugnado a partir da publicação da decisão do Tribunal. Com isto mantém-se, em regra, os efeitos advindos até a declaração da inconstitucionalidade.

Neste sentido, destaca Luís Guilherme Marinoni¹² que:

[...] a decisão de inconstitucionalidade, no esquema kelseniano, não teria efeitos retroativos. A Corte Constitucional, ao decidir pela inconstitucionalidade, expulsaria

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 817.

¹¹ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Op. cit.*, p. 68.

¹² *Ibidem*, p. 818.

a norma do ordenamento jurídico com eficácia *ex nunc*, a menos que a Corte entendesse que era o caso de manter a norma em vigor por período que não poderia superar um ano. Daí a Corte Constitucional ser comparada a um 'legislador negativo'.

Já no controle difuso, no qual se visa também à pacificação de uma situação concreta levada ao Judiciário, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos - *ex tunc*, desfazendo os efeitos do ato expurgado.

2.3 Evolução histórica no direito brasileiro

A primeira Constituição brasileira foi aquela outorgada em 1824 pelo príncipe regente Dom Pedro I, mas o seu caráter de concentração do poder nas mãos do imperador afastou qualquer possibilidade de interferência do Judiciário na organização política e legal.

Esta Carta Política, altamente influenciada pela noção de soberania do parlamento, atribuía somente ao Poder Legislativo a possibilidade de definir o sentido à norma e de alterar a legislação já produzida, excluindo a atuação do judiciário neste aspecto.

Além disto, era previsto o Poder Moderador, que concentrava no Monarca soberano o controle sobre os demais poderes, extinguindo qualquer autonomia política ou funcional dos poderes constituídos.

Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève¹³ esclarece que:

[...] não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele (art. 98) manter a 'independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes'. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, 'chave de toda a organização política' nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário.

A primeira versão de um sistema de controle de constitucionalidade no Brasil somente apareceu com a Constituição Republicana de 1891¹⁴, já amplamente influenciada pelo direito norte-americano, abrangendo a possibilidade de controle por qualquer juízo ou tribunal.

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 63-64.

"Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

[...]"

Aqui ficou consagrado o controle exercido por órgão judicial, de forma repressiva e difuso de constitucionalidade, ou seja, operando caso a caso.

Ainda na Constituição Brasileira de 1891¹⁵ foi previsto o controle de constitucionalidade preventivo exercido por órgão político, por meio da possibilidade de veto do Chefe do Poder Executivo a projeto de Lei que considere inconstitucional:

Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º - Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

São estas as referências existentes na Carta Republicana de 1891 e que inauguraram o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O modelo de controle foi reforçado com o advento da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894¹⁶, que conferiu expressamente aos juízes a possibilidade de apreciação da validade de leis e regulamentos perante a constituição:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:00.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ BRASIL. *Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894*. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:15.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Também importante foi a reforma realizada pela Emenda Constitucional de 3 de Setembro de 1926¹⁷, que alterou levemente aspectos técnicos e processuais, mas manteve o método difuso:

Substitua-se o art. 6º da Constituição pelo seguinte:

‘Art. O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes:

- a) a forma republicana;
- b) o regime representativo;
- c) o governo presidencial;
- d) a independência e harmonia dos Poderes;
- e) a temporariedade das funções electivas e a responsabilidade dos funcionários;
- f) a autonomia dos municípios;
- g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição;
- h) um regimen eleitoral que permitta a representação das minorias;
- i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos;
- j) os direitos políticos e individuaes assegurados pela Constituição;
- k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores;
- l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretal-a;

[...]

§ 1º Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para assegurar o respeito aos principios constitucionaes da União (nº II); para decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (nº III), e para reorganizar as finanças do Estado insolvente (nº IV)

[...]

Em resumo, as alterações promovidas pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 melhor definiram as hipóteses de intervenção federal no caso de desrespeito à constituição, prevendo os princípios constitucionais que ensejariam, caso violados, a atuação interventiva.

Em seguida, a Constituição Brasileira de 1934 manteve o sistema inicial de controle difuso de constitucionalidade, assim como a previsão do veto por inconstitucionalidade, trazendo também algumas inovações.

¹⁷ BRASIL. *Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc03-1926.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:20.

A primeira novidade foi a previsão de uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva, conforme previsto no art. 12, da Carta Maior de 1934¹⁸:

Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

[...]

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

[...]

§ 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º, nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo.

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

[...]

Na verdade, tal possibilidade de declaração de inconstitucionalidade interventiva era uma revisão judicial obrigatória para aferir a constitucionalidade da lei federal que determinasse a intervenção no caso em que fosse invocada para assegurar a observância de princípios constitucionais, mediante provocação vinculada do Procurador-Geral da República.

Outra inovação desta Carta Política foi a adoção da cláusula de reserva de plenário, conforme previsto em seu art. 45¹⁹:

Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Segundo este instituto, a declaração de inconstitucionalidade por Tribunais somente poderá ocorrer mediante a concordância da maioria absoluta de seus membros, não sendo possível tal tipo de decisão em sede monocrática no órgão colegiado.

Por último, um terceiro e importante acréscimo para a teoria de controle de constitucionalidade brasileira foi aquele previsto no art. 91, 1, IV, da Constituição Federal de 1934²⁰:

Art 91 - Compete ao Senado Federal:

1 - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre:

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:35.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

[...]
 IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;
 [...]

Esta foi a primeira vez que ficou prevista a competência de órgão do Poder Legislativo para suspender a execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

A importância desta previsão é extrema, pois adequa o sistema de controle difuso de constitucionalidade à família de direito de tradição romano-germânica, de modo a estender para todos a eficácia – em regra *inter partes* - das decisões tomadas em controle descentralizado, o que não era necessário no sistema norte americano em razão da doutrina do *binding precedent*.

A Constituição Brasileira de 1937 teve caráter autoritário e repressivo, restringindo liberdades e beneficiando os mais poderosos. No que toca ao controle de constitucionalidade, este diploma manteve o sistema anterior sem trazer qualquer melhoria, muito pelo contrário, pois limitou a força do Poder Judiciário.

Em enorme contrassenso à evolução que se desenvolvia, esta Carta Política previu que o Presidente da República poderia submeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, de modo que a este era possível sustar os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade²¹:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Esta previsão de caráter quase ditatorial é escancarado absurdo, pois esvazia completamente a força normativa da constituição, na medida em que, por provocação do Executivo, os Parlamentares poderiam atropelar os preceitos constitucionais mantendo vigente ato contrário à Carta Maior.

²¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:55.

Tal prática ainda tornava inútil e desvinculado de razão todo o sistema de controle de constitucionalidade que, após seguir complexo procedimento para afastar ato inconstitucional, poderia ter todo o esforço esvaziado de eficácia por mera solicitação do Chefe do Executivo e única votação do Legislativo.

Além disto, a CF/1937 deixou de prever a hipótese de inconstitucionalidade interventiva, deixando a intervenção ser decretada sem a prévia análise do judiciário sobre sua adequação aos preceitos constitucionais.

Outro retrocesso praticado foi a retirada da previsão que concedia ao Poder Legislativo a capacidade de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, acabando com a possibilidade de extensão dos efeitos de tal decisão para todos.

À vista disto tudo, apesar de mantido o sistema controle difuso de constitucionalidade, esta involução maculou o sistema de controle de constitucionalidade, atrasando-o no tempo.

Passada a má fase anterior, a nova Constituição, verdadeiramente Democrática, promulgada no ano de 1946 reavivou o sistema de controle de constitucionalidade extirpando de seu texto a cláusula que permitia sustar os efeitos das decisões judiciais e mantendo os demais preceitos positivos surgidos nas constituições anteriores.

E sua importância não ficou somente na revitalização do sistema, pois esta Carta Política ampliou o controle difuso de constitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal conhecer pela via do Recurso Extraordinário as causas relativas a contrariedade de atos normativos face a Constituição Federal²²:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

[...]

²² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:15.

Outra mudança realizada pelo texto original da Constituição Brasileira de 1946²³ foi a revisão da ação de inconstitucionalidade interventiva, que passou a ter como objeto o próprio ato contrário aos princípios constitucionais e que ensejou a intervenção federal, de modo que o Supremo Tribunal Federal deveria confirmar a inconstitucionalidade do ato para permitir a intervenção:

Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:
[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e harmonia dos Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário.

Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

No texto original da Constituição Federal de 1946 estas são as principais mudanças, mas, durante a vigência deste diploma constitucional outras alterações promovidas por meio de Emenda Constitucional foram de grande relevância para o crescimento e consolidação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Nessa linha, a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965²⁴, trouxe mudanças de grande monta relativas à inauguração do controle abstrato de constitucionalidade.

A primeira alteração foi promovida no art. 101, da CF/1946, deixando na redação da alínea "k" a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por propositura do Procurador Geral da República:

Art. 2º As alíneas c, f, i e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:

²³ *Ibidem*.

²⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:19.

[...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

Tal dispositivo inaugurou o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, permitindo que uma representação pudesse impugnar diretamente o dispositivo maculado, que seria apreciado diretamente e originariamente pelo STF, e garantindo, diante da ausência de partes ou lide a ser solucionada, a eficácia *erga omnes* da decisão, sem a necessidade de manifestação do senado.

Ainda no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade a Emenda Constitucional n. 16/1965²⁵ possibilitou aos Tribunais de Justiça Estaduais exercer jurisdição para controle de constitucionalidade de lei ou ato Municipal em confronto com a Constituição do Estado, também na forma direta:

Art. 19. Ao artigo 124 são acrescentados os seguintes inciso e parágrafos:

“XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

[...]

Analisadas em conjunto a Constituição de 1946 com as alterações promovidas pela E.C. n. 16/65, muito há que se comemorar em termos de evolução no sistema de controle de constitucionalidade, que foi revigorado e ampliado na sua modalidade difusa, além da criação do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

No que toca à Constituição Brasileira de 1967, e alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 1/69, poucas foram as disposições de relevância para a evolução do sistema de controle de constitucionalidade, pois mantidas, em sua maioria as previsões anteriores relativas ao controle difuso e abstrato de constitucionalidade.

Em termos de mudanças históricas há que se destacar que este diploma constitucional recuperou a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 45, IV, CF/67²⁶.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:28.

Restaurada também a análise pelo Supremo Tribunal Federal de representação do Procurador Geral da República em casos de intervenção federal fundada na ofensa a princípios constitucionais (art. 11, §1º, “c”).

Em matéria de exclusões, deve se constar que a redação original da CF/1967 retirou a possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Neste âmbito estadual, com o advento da E.C. n. 1/69²⁷ ficou previsto, tão somente, o julgamento pelos Tribunais Estaduais de representação do Chefe do Ministério Público para atestar a constitucionalidade nos casos de intervenção municipal.

A Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, acrescentou às competências do Supremo Tribunal Federal o julgamento de representação do Procurador Geral da República com fim de delimitar a interpretação de lei ou ato normativo federal, além de permitir o julgamento de medida cautelar nas representações apresentadas pelo Procurador Geral (art. 119, inc. I, alíneas “l” e “p”).

Por fim, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe muitas alterações positivas ao sistema de controle de constitucionalidade.

Em linhas gerais a mais recente constituição brasileira deu nova força ao controle abstrato de constitucionalidade e manteve íntegro o controle difuso, permitindo a uma maior gama de agentes políticos e sociais a participação direta na fiscalização da adequação dos atos e normas à constituição.

No controle de constitucionalidade da intervenção esta Carta Política Democrática manteve as hipóteses de necessidade de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador Geral da República nas hipóteses de intervenção para assegurar a observância dos princípios constitucionais listados no art. 34, VII²⁸, e no caso de recusa à execução de lei federal.

No mais, este diploma constitucional ampliou os meios de controle abstrato, prevendo, inicialmente, como meios de impugnação em tese de leis, atos normativos e preceitos fundamentais a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; Ação Direta de

²⁷ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:37.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:55.

Inconstitucionalidade por Omissão – ADO e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Além disto, no controle concentrado de constitucionalidade a Carta Maior de 1988 retirou a legitimidade exclusiva do Procurador da República, ampliando o rol de propositores das ações de impugnação abstrata de leis e atos normativos para além dos integrantes da estrutura estatal.

No texto originalmente publicado a previsão dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão abrangia agentes políticos, jurídicos e outros da sociedade civil²⁹:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V - o Governador de Estado;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

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

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

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Ainda no que toca ao controle abstrato, a Constituição Federal de 1988 conferiu, em seu art. 125, §2º, “aos Estados a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

A ADPF, apesar de prevista genericamente na Carta Magna de 1988, originalmente em seu art. 102, parágrafo único³⁰, carecia de regulamentação, em virtude do que teve a sua aplicabilidade condicionada à elaboração de Lei, o que somente ocorreu com o advento da Lei n. 9.882/1999.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

No que toca ao controle difuso de constitucionalidade, a Lei Maior de 1988, em seu art. 102, inc. III, “a”, “b” e “c”³¹, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, por meio de Recurso Extraordinário, de causas concretas envolvendo contrariedade a dispositivos constitucionais, mantendo o sistema, mas não trazendo grande inovação, no particular.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Outro instrumento de controle de constitucionalidade pela via difusa, também voltado para a fiscalização de omissões, foi o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI³², no sentido de suplementar a ausência de norma regulamentadora que de modo a impedir o exercício de direito constitucionalmente assegurado.

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:

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

Já bastante promissor, este panorama de instrumentos para o controle de constitucionalidade ainda foi alterado para melhor por meio das Emendas Constitucionais de n. 3, de 17 de março de 1993 e de n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

A E.C. n. 3/1993³³ introduziu no sistema a Ação Declaratória de Constitucionalidade, atribuindo legitimidade para propositura a alguns dos legitimados para a ADI e também prevendo que a decisão em ADC teria eficácia contra todos e efeito vinculante:

Art. 103.

[...]

§ 4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Art. 102.

[...]

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Posteriormente, com a reforma do Poder Judiciário promovida pela E.C. n. 45/2004³⁴, a ADC passou a ter os mesmos legitimados para propositura da ADI e esta foi incluída no art. 102, §2º, para lhe garantir expressamente na constituição o efeito contra todos e vinculante de suas decisões.

Além disto, o rol dos legitimados para a propositura das ações abstratas de controle de constitucionalidade foi ampliado para abarcar os respectivos correspondentes do Distrito Federal, conforme previsão do modificado art. 103, da Carta Magna³⁵:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4.º - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

³³ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:05.

³⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:15.

³⁵ *Ibidem*.

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

No controle difuso de constitucionalidade, a E.C. n. 45/2004 acrescentou a necessidade de demonstração de Repercussão Geral aos recursos extraordinários, o que, de certa forma, significou uma restrição à possibilidade de chegada de matérias de impugnação constitucional pela via difusa ao Supremo Tribunal Federal³⁶:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

No geral, as inovações da Constituição de 1988 ampliaram o controle de constitucionalidade, mas a consolidação do sistema veio ao longo do tempo com os entendimentos firmados pelo STF e com algumas leis esparsas regulando o tema, a exemplo das Leis n. 9.882/99 e n. 9.868/99.

2.4 Sistema atual pós Constituição Federal de 1988

O sistema de controle de constitucionalidade surgido no Brasil se baseou precipuamente no modelo norte-americano, mas sofreu influências do modelo austríaco.

O controle judicial abrange as duas formas inicialmente praticadas pelos norte-americanos e pelos austríacos, dividindo-se em difuso (ou concreto) e concentrado (ou abstrato):

Controle jurisdicional concentrado - exercido pelo Supremo Tribunal Federal, fiscaliza a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, na via de ação. Trata-se de um controle abstrato, instaurado por provocação dos agentes, órgãos e entidades previstos no art. 103 da Lei Maior. Também pode ser acionado o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais

³⁶ *Ibidem.*

perante os Tribunais de Justiça dos Estados, em face das constituições estaduais (CF, art. 125, §2º)³⁷.

Controle jurisdicional difuso - realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência (CF, art. 97). O Supremo Tribunal Federal também o pratica em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c) e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundado em decisões recorridas (art. 102, II). O Superior Tribunal de Justiça exercita o controle incidental via recurso especial (art. 105, III, a, b, c).³⁸

O modelo brasileiro admite os controles preventivo e repressivo de constitucionalidade. Em suma, o controle preventivo é exercido de forma política, enquanto o controle repressivo é exercido por órgãos jurisdicionais.³⁹

O controle preventivo, de caráter político, é exercido pelo Poder Legislativo no procedimento de elaboração das leis e pelo Poder Executivo por meio do veto presidencial⁴⁰.

O controle repressivo, difuso ou concentrado, se dá pelo Poder Judiciário como um todo, estando o controle concentrado adstrito à atuação do Supremo Tribunal Federal, salvo o caso de inconstitucionalidade de lei em face de constituição estadual, quando a atribuição será do respectivo Tribunal de Justiça; e o difuso atribuído a todos os órgãos do Judiciário.

No sistema norte americano o controle de constitucionalidade surgiu essencialmente como controle difuso, ou seja, operado em cada caso concreto à medida em que o Poder Judiciário era provocado e que surgia uma questão de conflito entre algum ato normativo e os preceitos da Lei Maior.

Numa primeira análise se concluiria que os efeitos das decisões ali tomadas se limitariam às partes do processo, no entanto, por tratar-se de sistema jurídico provindo da tradição inglesa da *common law* a *ratio decidendi* torna-se vinculativa, em respeito à força vinculante dos precedentes - *stare decisis*, o que estende a eficácia das decisões a todos os órgãos e tribunais do Poder Judiciário.

No Brasil não há de forma institucionalizada a vinculação dos precedentes, em razão do que foi necessária uma previsão que atribuísse às decisões em controle difuso, inicialmente

³⁷ Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. cit.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 195.

³⁹ Uma exceção deve ser ressalvada, que é um único caso de controle preventivo exercido por órgão judicial. Ele ocorre no caso de impetração de mandado de segurança contra ato ilegal na tramitação de projeto de lei, ferindo o processo legislativo e ofendendo a direito líquido e certo dos parlamentares, que são os únicos legitimados à impetração desta medida judicial, neste caso.

⁴⁰ Cf. art. 66, §1º, da CF/88: Art. 66. [...]

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]

com efeitos *inter partes*, uma extensão para alcançar as situações de outras pessoas sem a necessidade de recorrer cada uma ao judiciário.

Tal atribuição foi conferida ao Senado Federal, por meio de previsão constante no art. 52, X, da Constituição Federal (CF) de 1988, que previu a edição de resolução para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle incidental.

Com isto, o sistema de controle difuso de constitucionalidade foi adequado à tradição da família romano-germânica, permitindo a extensão dos efeitos da decisão, conforme se dá na *common law* pelo *stare decisis*.

Já no controle concentrado de constitucionalidade uma questão constitucional é posta para análise direta pelo tribunal competente para tanto, desvinculada de qualquer situação concreta anterior ou que tenha feito surgir o questionamento.

A discussão se dá em âmbito abstrato, examinando-se a adequação e validade, em tese, de uma norma ao sistema constitucional pátrio. O que se combate aqui são os excessos legislativos ou interpretativos que não se amparem na constituição vigente. Por isto mesmo, a decisão que resolve pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da norma em tese a afetará em sua validade.

Não há partes na discussão, mas apenas legitimados para a propositura das ações que exercem o controle concentrado. O órgão competente é um só e pré-definido, sendo o STF no caso de ato normativo federal ou estadual impugnado em face da Constituição Federal ou o Tribunal de Justiça no caso de ato municipal ou estadual impugnado em face da Constituição Estadual respectiva.

No caso de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ela será afastada do ordenamento jurídico, já que se reconhece a sua incompatibilidade com a constituição desde a entrada em vigor da norma, em razão do que há mera declaração desta situação. Por isto mesmo os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade no tempo são, em regra, *ex tunc*.⁴¹

Não se discutem situações concretas no controle abstrato de constitucionalidade e a sua consequência de reconhecer a não validade da norma, com a sua retirada do ordenamento,

⁴¹ Esta é a visão clássica quanto aos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade abstrato, mas que, ainda assim, submete-se no Brasil à possibilidade de modulação de seus efeitos no tempo, na forma prevista no art. 27, da Lei n. 9.868/99.

implica que nesta modalidade de fiscalização constitucional das leis o efeito da decisão tomada será oponible contra todos.

Diante disto, a eficácia *erga omnes* da decisão em controle concentrado de constitucionalidade decorre da natureza abstrata de sua discussão, afetando a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, e também decorre das consequências próprias da decisão de inconstitucionalidade, que afasta a validade da norma, tornando-a inexigível a quem quer que seja, vez que é retirada do ordenamento.⁴²

Além disto dos efeitos *erga omnes*, também é garantido pelo art. 102, §2º da Constituição Federal de 1988, às decisões definitivas de mérito em controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Já no controle difuso de constitucionalidade a questão constitucional posta à análise surge integrada a um caso concreto que caracteriza uma lide submetida à apreciação e solução pelo Poder Judiciário.

É chamado de difuso pois todos os órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário têm competência para declarar, de forma incidental, e sem efeitos para fora do processo, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Tal tipo de decisão é submetida à cláusula constitucional de reserva do plenário, segundo a qual deve ser julgada pela maioria dos membros do Tribunal, na forma do art. 97, da Carta Magna de 1988.

É uma discussão na qual há partes e interesses subjetivos envolvidos, voltando-se para um caso concreto, que veicula a questão principal a ser resolvida e que depende da manifestação sobre a constitucionalidade de um ato normativo para tanto.

⁴² Cabe ressaltar que no modelo austríaco de controle de constitucionalidade, por grande influência do jurista Hans Kelsen, a decisão de inconstitucionalidade é considerada como constitutiva, ou seja, a norma, antes válida, se torna inconstitucional somente a partir da decisão que assim a definir.

Neste caso, discute-se a situação particular de um indivíduo ou grupo de indivíduos que se submetem à vontade substitutiva e impositiva do estado-juiz, estando a análise de mérito relativa à solução da lide vinculada diretamente a uma questão de viés constitucional que a precede logicamente na análise, condicionando-a de forma a influir diretamente no que será decidido.

É o que se chama de questão prejudicial ao mérito, a qual, tendo caráter constitucional, exigirá uma análise que concluirá pela adequação ou não ao sistema normativo da constituição, podendo resultar num reconhecimento de constitucionalidade ou numa declaração de inconstitucionalidade.

Por ser questão decidida em caráter incidental no processo, a decisão sobre a constitucionalidade da norma no controle difuso não integra o mérito da ação, motivo pelo qual, acompanhado as regras gerais de processo, não é alcançada pela coisa julgada material, produzindo efeito apenas dentro do processo originário.

É o que está previsto no atual Código de Processo Civil em seu artigo 469, inc. III⁴³:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

E assim ocorre, pois no nosso sistema processual a coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença e não sobre os motivos que levaram ao seu entendimento e nem sobre as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo.

Para que as questões incidentais façam coisa julgada é preciso instaurar uma ação declaratória incidental, a qual é cabível se o juiz for competente em razão da matéria e se a questão constituir pressuposto necessário ao julgamento da lide.⁴⁴

No caso de declaração de inconstitucionalidade não é possível aos juízes e tribunais exercerem tal ação declaratória incidental, pois não tem competência para exercer o controle direto de constitucionalidade, o que é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Constitucional pela Constituição.

⁴³ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:45.

⁴⁴ Cf. art. 470, do Código de Processo Civil brasileiro.

Não obstante, apesar de o Supremo Tribunal Federal exercer de forma concentrada o controle direto de constitucionalidade, não é ele considerado Corte Constitucional, propriamente dita, pois também tem atribuições de controle difuso e suas decisões tem viés político e jurídico.

Destaca José Afonso da Silva que⁴⁵:

o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.

Este é um simples panorama geral do atual sistema de controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, sem esgotar todas as suas nuances e discussões que são travadas acerca da sua complexidade e seus pormenores.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 554-555.

3. TRIBUNAIS COMO FONTE DE TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO

Após longo período de concentração do poder na pessoa soberana do monarca, as revoluções populares fizeram surgir contextos de limitação e organização de tal poder em instâncias separadas.

Este processo de limitação do poder monárquico e de concessão de garantias ao povo foi marcando a evolução do constitucionalismo, que é, em sua essência, doutrina de limitação dos poderes unitários, passando, com o tempo, à garantia de direitos ao cidadão.

Historicamente isto foi percebido pela assinatura da *Magna Charta* em 1215, que limitou o poder soberano do rei João Sem-Terra, na Inglaterra, onde mais tarde foi assinado o *Bill of Rights*, em 1689, dando início a uma sequência de outros eventos ao redor do mundo, os quais tiveram como expoente mais marcante a Revolução Francesa de 1789.

Neste caminho surgiram constituições liberais, que limitaram sobremaneira ou extinguiram o poder monárquico. Aqui se encaixam a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

Após a tendência de limitação, outros paradigmas surgiram, em especial quanto à garantia de direitos aos cidadãos, de caráter social e não meramente individual. Neste momento histórico destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919.

Vieram outros modelos até o advento do atual constitucionalismo contemporâneo, ou também conhecido por neoconstitucionalismo, que deu novo vigor às Constituições enquanto verdadeiras normas impositivas e de observância imediata e cogente.

A importância de tais relatos se dá porque as constituições foram tomando aspecto cada vez mais importante no contexto político, social e jurídico dos países, servindo como fundamento para liberdades dos indivíduos, como garantia para o exercício de direitos e também como parâmetro para elaboração de outras normas.

Para Uadi Lammêgo Bulos⁴⁶ “como técnica jurídica de tutela das liberdades, o constitucionalismo foi um movimento criado para assegurar as prerrogativas inalienáveis do ser humano, permitindo ao povo exercer seus direitos fundamentais, previstos na constituição.”

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 66.

A partir daí, evidenciou-se sobremaneira os conceitos abertos, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos, assim como as normas programáticas constitucionais.

Tudo isto criou espaço para a evolução de teorias voltadas para a abertura do direito frente à sociedade, garantindo uma permeabilidade do sistema jurídico, de modo a acompanhar as evoluções históricas.

Os juízes e tribunais, revitalizados e com maior liberdade de agir, já que menos presos aos termos estritos da lei, passaram a apreciar matérias de todo espeque, com especial atenção àquelas relativas aos preceitos e valores sociais e culturais.

Isto permitiu uma aproximação do Poder Judiciário com o cidadão, valorizando aquele e conferindo a ele grande poder de adequação das leis postas à realidade social, de modo a evitar o anacronismo jurídico.

Luís Roberto Barroso⁴⁷ destaca que:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Neste contexto, a produção jurisprudencial do direito foi ganhando mais espaço e maior reconhecimento, permitindo aos julgadores atuar em mais esferas e de forma mais profunda na interpretação das leis.

Especialmente na seara constitucional foi conferido grande valor às ideias de máxima efetividade da Constituição, que passou a ter seus preceitos dotados de normatividade e exigibilidade.

Nessa linha, a força normativa da constituição surgiu como ideal de fortalecimento e manutenção da ordem jurídica e dos preceitos básicos da sociedade, os quais estariam sedimentados na Carta Política.

No particular, a própria alteração da norma constitucional passou a adotar meios informais, como a mutação constitucional, que serviu para aproximar a evolução da norma abstrata aos anseios sociais.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410

Diante disto, natural era que, com o crescimento e evolução destas Cartas Políticas, surgissem instrumentos para sua proteção e para a manutenção das limitações e dos direitos conquistados ao longo de toda a história anterior, o que se deu por meio da defesa dos preceitos da própria Constituição.

É de se imaginar que propostas posteriores poderiam tender a restringir ou retroceder no que foi obtido pelas sociedades bem estabelecidas constitucionalmente. Para evitar isto e manter a ordem constitucional protegida é que se dispõe do controle de constitucionalidade.

À luz desta nova visão, o controle de constitucionalidade, já analisado, surge como meio de garantir a proteção dos valores mais elevados de uma sociedade, por meio da manutenção da ordem constitucional conquistada e posta.

"Controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna."⁴⁸

Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade acompanhou a evolução do constitucionalismo. Já no ano de 1803 surgiu de forma paradigmática nos Estados Unidos um dos institutos que embasariam a construção de toda a teoria moderna do Controle de Constitucionalidade, o *judicial review*, base do controle difuso de constitucionalidade. Em outro momento, com a Constituição Austríaca de 1920, foram criadas pioneiramente as bases da via abstrata do controle de constitucionalidade.

Estas duas modalidades de controle de constitucionalidade, eclodidas em diferentes países e épocas, influenciaram sobremaneira no sistema brasileiro, que, como visto, adotou primeiro o controle difuso, a partir da Constituição de 1981 para, somente após, incorporar o controle abstrato na Constituição de 1946, após emendas, vigendo hoje um sistema misto de controle de constitucionalidade.

A partir disto desenvolveu-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de caráter misto, mas com particularidades surgidas em razão da organização judicial e política do país, as quais foram moldando, por meio da doutrina e jurisprudência, o sistema até o que se tem hoje.

Estas relações e serão abordadas neste capítulo, que aprofundará outros institutos necessários à perfeita compreensão do tema principal deste estudo.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.*, p. 181.

3.1 Grandes sistemas de direito e controle de constitucionalidade

O direito nem sempre foi como o entendemos hoje, sequer foi baseado em formalismos sistemáticos ou em regras próprias de criação, evolução e aplicação.

Houve épocas em que se imperava a mera aplicação do costume, dissociado de regras de caráter mais geral e desvinculado de argumentação racional na aplicação, se restringindo a mera imposição cultural, histórica ou de autoridade.

Um importante passo para a consolidação dos sistemas de direito e aproximação de uma ciência foi a adoção do modelo sistemático como organizativo de um sistema jurídico.

Logo o direito se vinculou a preceitos mais tangíveis e afeitos à própria produção da humanidade, como os sistemas normativos legais.

Nesta mudança, interessante é a lição de Norberto Bobbio⁴⁹:

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a explicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam 'fontes do direito'. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

A referida evolução dos sistemas jurídicos é de fundamental importância para a análise da argumentação jurídica, pois o direito se conformou aos preceitos intrassistemáticos ou aceitos pela permeabilidade do sistema para que fossem qualificáveis como jurídicos e portanto válidos para se utilizar na tarefa argumentativa.

Nesta esteira de pensamento e de análise da ciência do direito e de seus fundamentos e origens a noção de fontes do direito é essencial para que se compreenda a atual conformação dos maiores sistemas jurídicos existentes (maiores em razão da importância paradigmática em estudos de direito comparado, influenciando o direito de muitos outros).

Tais sistemas decorrem, sem dúvidas, das tradições *romano-germânica* de compreensão e formação do direito e da tradição de *common law* de compreensão e formação

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico* – Lições de Filosofia do Direito. Compilação: Nello Morra, tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

jurídica.

Cada qual tem sua origem própria e decorreu de condições específicas em cada país que delas se utilizam até hoje, não surgindo de sopetão, mas sendo formuladas e moldadas ao longo da história, conjuntamente com a história da sociedade e do direito em si.

Na sequência desta transformação histórica, pode-se dizer, em breve resumo, que a chamada tradição de família romano-germânica foi influenciada pela sistematização e pelo período de redução do entendimento jurídico a textos de caráter normativo, ou seja, a atos com força de lei, ou assemelhados.

O sistema de tradição romano-germânica também é conhecido como sistema de *civil law*, ou sistema de tradição continental.

Isto porque foi praticado majoritariamente pelos países do continente europeu, em contraposição ao sistema anglo-saxão aplicado na Inglaterra, que ficou conhecido como insular.

De grande relevância foi a consolidação do *Corpus Iuris Civilis Romani*, realizada por ordens do Imperador Justiniano I, quem pretendeu unificar o direito aplicado pelos juristas romanos, de modo que sua ordenação permitisse a comunhão entre as diversas regiões e tratamento mais isonômico, tornando todo o Império sobre seu comando uma só nação.

A redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* influenciou diretamente diversos códigos dos países europeus e, por consequência, muito do direito de suas colônias no período Imperialista, a exemplo do Brasil que teve o berço de seu direito na estrutura jurídica de Portugal.

Baseia-se, precipuamente, o sistema de tradição romanística na priorização do texto escrito (lei) enquanto fonte normativa própria, à qual é conferido o papel de enunciar o direito posto.

Na tradição anglo-saxã, por sua vez, o direito é precipuamente extraído da prática judiciária, a partir dos entendimentos formulados pelos tribunais nos julgamentos de determinados casos. Esta tradição é também chamada de *common law*, *case law* ou sistema de tradição insular.

Ao direito explicitado pelos julgadores é conferida grande relevância, o que não se aplica igualmente ao texto legal em si que, muitas vezes, é bem genérico e não trata de muitas situações.

A legislação é parâmetro, base de orientação dos julgadores, que vão extrair a partir dela e do caso o direito a ser aplicado, caso em que este será adotado por outros órgãos e em outros casos posteriores e que guardem similitude fática com aquele já decidido.

O funcionamento do *case law* se dá, portanto, por meio do sistema de *binding*

precedent, que é a força vinculante dos julgamentos anteriores imbuídos de paradigmaticidade.

O direito é extraído, então, dos entendimentos dos tribunais sobre casos anteriormente julgados e não de um texto escrito posto na lei ou em outro ato regulamentar qualquer.

Importante ressaltar que não é qualquer manifestação que terá efeito vinculante, mas somente o que se conhece por *ratio decidendi*, ou seja, a lógica, razão de decidir determinada situação de uma certa maneira, que passará a ser padrão para casos semelhantes.

Descrevendo o sistema jurídico de tradição baseada no *common law*, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵⁰ explicita os traços característicos do seu funcionamento geral:

Seus traços fundamentais são os seguintes: primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é a sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que se tem de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, podendo ser invocado desde que se demonstre a sua utilidade para o caso.

Em outra passagem, o Ferraz Júnior⁵¹ faz breve comentário sobre o sistema de tradição jurídica baseada no *civil law*, chamado por ele de romanístico, em razão de sua origem anglo-saxã:

Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente (*'non exemplis, sed legibus judicandum est'* – *Codex*, 7, 45, 13). E nas grandes codificações que ocorreram na Era Moderna, repetiram-se preceitos semelhantes (por exemplo, o Código Prussiano – *Allgemeines Landrecht* – de 1794). Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que, desde os primórdios, reconhecia-se que o juiz podia julgar conforme a *equity* mesmo em oposição ao *common law* (o direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra), no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral. Esta adquire desde cedo uma preeminência que nem mesmo as leis anglo-saxônicas (os *statutes*), não obstante sua publicação nos tempos atuais, chegam a alcançar (guardando uma função auxiliar, de complementação e esclarecimento do direito comum – o *common law*). Houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel legado ao Estado e que pouco a pouco se insere na sua administração, adquirindo a condição de funcionário público. Esta desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz *aplica* o código e nada mais do que isto.

⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 243-244.

⁵¹ *Ibidem*, p. 244.

Esta passagem traz a lume um outro aspecto de curial importância para o entendimento da diferenciação dos sistemas e principalmente para se entender como se desenvolveu o sistema jurídico de tradição romano-germânica, que culminou no *civil law*.

Com isto, o direito produzido pela magistratura foi sobreposto pelo direito produzido pela legislatura, a qual, por ser omissa, foi complementada por outras fontes, dentre as quais a jurisprudência não era reconhecida como fator preponderante ou de importância.

Este panorama inicial facilita a compreensão das questões que serão analisadas neste artigo no que toca ao controle difuso de constitucionalidade.

Isto porque o controle difuso de constitucionalidade, originado nos Estados Unidos a partir da doutrina do *judicial review*, que conferia aos juízes o papel de preservação da autoridade da norma constitucional frente a outras que fossem a ela contrárias.

O expoente histórico que marcou o início da consolidação do *judicial review* foi o caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pelo justice *John Marshall*, no qual foi reconhecida a supremacia da constituição para desconsiderar lei inferior que permitia o ajuizamento do *writ of mandamus* diretamente junto à Suprema Corte dos Estados Unidos.

Com isto, Marshall, aproveitando-se do cunho político com o qual o caso se revestia, concedeu visibilidade a sua teoria que permitia o controle judicial das leis e atos contrários à Constituição Americana, fazendo-a vingar na prática judiciária americana.

No particular, as origens do direito americano, que sofreu influência da colonização inglesa e, portanto, derivou do *common law*, permitiram o assentamento da teoria do *judicial review*, que adequou-se perfeitamente ao sistema de *binding precedent* e do *stare decisis*, que conferem força vinculante às decisões proferidas em casos tratados como precedente.

Com isto, organizou-se um sistema difuso de controle de constitucionalidade, baseado no poder dos juízes e tribunais em garantir a supremacia da constituição e amparado na eficácia vinculante dos precedentes para garantir confiabilidade e segurança ao sistema e aos jurisdicionados.

No sistema difuso, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei possui efeitos *ex tunc* – retroativos, pois se considera que o ato ao ser criado já era incompatível com a ordem constitucional.

Quase que num contraponto há o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Tem como origem histórica a Constituição Austríaca de 1920, que concebeu, a partir das ideias e contribuições de Hans Kelsen, um sistema de controle de constitucionalidade

afastado da atuação própria do Poder Judiciário.

Kelsen idealizou um órgão próprio para exercício do controle de constitucionalidade das leis, em exercício típico da função legislativa, mas com formato de corte jurisdicional colegiada, o qual ficou conhecido como Tribunal Constitucional.

A influência da família continental de *civil law* é marcante, pois nela há uma maior separação das funções judiciária e legislativa, tanto que, em seu entendimento clássico, não cabe aos juízes interferir na atuação legislativa ou produção do direito, atividades que ficam restritas ao agir do legislador.

Neste cenário surgiu o controle concentrado, abstrato e principal de constitucionalidade, no qual somente um órgão e não todo o judiciário poderia atestar a inconstitucionalidade de uma lei.

No particular, o sistema concentrado considerava que o reconhecimento da inconstitucionalidade teria eficácia *ex nunc* somente, pois estaria se afastando a validade uma lei que era reconhecidamente válida, já que produzida pelo legislativo.

Relacionado com o controle de constitucionalidade e as famílias de direito está o papel da jurisprudência que, na verdade, discute a força conferida às decisões dos tribunais dentro de um sistema jurídico.

No *common law*, como visto, se confere papel de maior importância à produção jurisprudencial, pois é garantida uma atuação dos juízes criando e modificando o direito ideia esta que, no *civil law*, sofreu e vem sofrendo resistência em ser adotada.

Somente após muito tempo e construção jurisprudencial e após vencidas diversas escolas e teorias sobre os limites e extensão do direito e sua representação legislada é que se pôde recuperar a valorização da produção jurídica enquanto norma dita pelo órgão jurisdicional.

Sobre o papel da jurisprudência o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵² explica que:

Apesar disso é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não se pode desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais que não obriga, mas *de fato*, acaba por prevalecer. De outro lado, porém, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume *praeter legem*. Este

⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 245.

costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de um *uso* jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes; em segundo lugar, sua convicção da necessidade não se relaciona diretamente aos endereçados das normas, mas aos juízes que emanam as decisões.

Como se pôde ver, a tradição romanística é baseada no texto escrito, em especial a lei, mas, ao longo do tempo, a necessidade de maior acompanhamento das apreensões sociais e a percepção de insuficiência dos códigos escritos para o tratamento das situações concretas fez com que o direito buscasse outros meios para se originar.

A jurisprudência, enquanto prática da comunidade jurídica profissional é um elemento de suma importância que, ao viés desta evolução histórica, passou, cada vez mais, a ser valorizada como elemento de potencial criação do direito e não como mero comentário ou acessório desvinculado de força produtora dentro do ordenamento jurídico.

Esta tendência pode ser percebida no Brasil a partir da evolução das codificações, dos Códigos de Processo Civil, que foram aceitando e internalizando os julgados, as Súmulas, as uniformizações de jurisprudência e conferindo a eles efeito vinculante e, por vezes, eficácia contra todos, aproximando-a do nítido caráter assumido pela lei.

3.2 Papel dos tribunais na formação do direito.

Para compreender a evolução de como o direito é produzido em sistemas de civil law, como o Brasil, e o motivo de ter vingado o esboço de uma teoria de transcendência dos motivos ou abstrativização dos efeitos do quanto decidido em controle difuso de constitucionalidade é preciso uma breve análise da atuação dos tribunais enquanto formadores do direito.

Os tribunais têm importante papel de produção jurídica, de integração da estrutura hierárquica e funcional do Poder Judiciário e de preservação e efetivação dos direitos.

Também cabe ser destacada a função de manutenção da ordem e da estrutura do estado, devendo zelar pela efetivação dos preceitos constitucionais e agir em caso de violação praticada pelos outros Poderes constituídos ou de omissão destes na conformação e consolidação da República e do Estado Democrático de Direito.

O sistema jurídico brasileiro se organiza de modo que o Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa o mais alto degrau enquanto instituição destinada a exercer a jurisdição.

Neste aspecto, a Corte Suprema tem a última palavra na resolução de conflitos jurídicos que sejam englobados por sua competência constitucional, firmando, deste modo, o

entendimento jurídico que deve ser adotado no direito brasileiro.

Além desta relevante função institucional dentro da hierarquia judiciária do Brasil, relacionada à harmonização e sedimentação de entendimentos jurídicos, não se pode esquecer o destacado papel político exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Este papel político pode ser facilmente explicitado por alguns aspectos relacionados à Corte Suprema.

Num primeiro ponto deve ser destacada a própria formação do Tribunal. Isto porque ele é composto por 11 (onze) ministros, todos escolhidos pelo Presidente da República, que são nomeados após aprovação da escolha pelo Senado Federal, tornando completamente político o preenchimento de sua composição.

Não há dúvidas de que as escolhas feitas diretamente pelo Chefe do Poder Executivo Federal e aprovada por uma das Casas do Poder Legislativo Federal têm caráter eminentemente político.

E não se quer dizer que a cúpula do judiciário é formada essencialmente por pessoas vinculadas a cunhos políticos partidários em si, mas que questões de política social, enquanto termômetro dos anseios dos cidadãos e veículo de representação de suas vontades e perspectivas, direcionam politicamente a escolha dos seus membros.

Destaque-se que a natureza política da escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal traz uma vantagem para o fechamento de sua composição e para o exercício de sua função institucional de dizer o direito da maneira que se espera mais correta.

A diversidade da composição do STF implica também na existência de diferentes formações jurídicas e pontos de vista dentro da corte, o que cria um palco perfeito para a discussão de teses e para se efetivar a construção do direito por meio da argumentação e da retórica.

Ora, é certo que toda sociedade passa por diversos ciclos que fazem com que alguns pontos de relevância social sejam postos em evidência em alguns momentos, enquanto em questão de poucas horas, ou até mesmo de instantes, ou, por vezes, de anos, a atenção da sociedade pode se voltar a questões antes completamente esquecidas.

Quanto a isto, esclarecedor é o sociólogo Zygmunt Bauman⁵³, que enfoca este tema com maestria:

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 7-8.

[...] O mundo que chamo de ‘líquido’ porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo. Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança: as modas que seguimos e os objetos que despertam nossa atenção (uma atenção, aliás, em constante mudança de foco, que hoje se afasta das coisas e dos acontecimentos que nos atraíam ontem, que amanhã se distanciará das coisas e acontecimentos que nos instigam hoje); as coisas que sonhamos e que tememos, aquelas que desejamos e odiamos, as que nos enchem de esperanças e as que nos enchem de aflição.

[...]

Para resumir a história: esse mundo, nosso mundo líquido moderno, sempre nos surpreende; o que hoje parece correto e apropriado amanhã pode muito bem se tornar fútil, fantasioso ou lamentavelmente equivocado. Suspeitamos que isso possa acontecer e pensamos que, tal como o mundo que é nosso lar, nós, seus moradores, planejadores, atores, usuários e vítimas, devemos estar sempre prontos a mudar: todos precisam ser, como diz a palavra da moda, ‘flexíveis’.

Tal maleabilidade e fluidez da sociedade pós-moderna torna difícil a tarefa do Estado enquanto ente regulador da sociedade e provedor, em geral, do bem-estar dos cidadãos, fazendo com que uma liberdade política na formação das instituições possa permitir um melhor acompanhamento dessas mudanças e uma melhor adaptação a elas.

A possibilidade de escolha direta dos membros do Supremo Tribunal Federal por dois órgãos de viés político permite que se preencha uma vaga daquela corte com um membro que tenha perfil para se adaptar a certos clamores da sociedade num determinado momento, não se esquecendo, em nenhum momento, das exigências de que tal membro tenha notável saber jurídico e reputação ilibada.

Um segundo viés da natureza política do Supremo Tribunal Federal decorre de que compete a esta corte solucionar conflitos jurídicos altamente sensíveis para a sociedade, pois com grande repercussão e impacto para seus membros.

Luís Roberto Barroso⁵⁴ destaca que:

[...] em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário-, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

A título meramente exemplificativo podem ser citados os julgamentos da ADI n. 3510, na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa com células tronco embrionárias, a ADPF n. 54, na qual se decidiu sobre a legalidade da interrupção de gravidez de fetos anencéfalos.

Tais decisões, tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade são

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 410

dotadas de efeitos *erga omnes*, atingindo a todas as pessoas e órgãos do Judiciário, por força do disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Ainda nesta seara, podem ser citadas como relevantes as decisões atinentes ao reconhecimento da união estável homoafetiva, à condenação dos envolvidos em desvio de verbas públicas e corrupção (mensalão), à definição de regras de aplicação de tributos, a exemplo do IPTU e do ICMS, dentre diversas outras de afetação geral.

Em outros casos, apesar de apenas dotados de efeitos *inter partes*, são tomadas decisões de relevância em sede de controle difuso de constitucionalidade; a exemplo do julgamento dos Mandados de Injunção de n. 670 e n. 712, nos quais se discorreu sobre a efetivação do direito de greve dos servidores públicos.

Este segundo ponto se relaciona ao papel de órgão solucionador de conflitos sociais, cumprindo uma das funções da justiça enquanto instituição, que é a pacificação social.

Neste ponto, evidencia-se a atuação dos tribunais como elementos de adaptação do ordenamento jurídico aos anseios sociais, que muitas vezes não são acompanhados pela atividade legislativa.

Com efeito, as origens puramente legislativas e sistemáticas do direito foram aos poucos se deixando permear pelas necessidades de proteção de valores diversos que foram surgindo com a evolução da sociedade. Neste aspecto, o Poder Judiciário ganhou importância como efetivador e protetor destes anseios da sociedade.

Neste, sentido, elucida o doutrinador Paulo Roberto Soares Mendonça⁵⁵ que:

Por meio da atividade dos tribunais superiores ocorre uma atualização do sentido das normas jurídicas em vigor, independentemente do processo legislativo, o que faz com que o apego ao princípio da separação de poderes venha sendo repensado nos sistemas jurídicos da atualidade.

A expansão da produtividade do Supremo Tribunal causa certa instabilidade na organização do sistema jurídico e político, em especial na relação entre os poderes, notadamente o legislativo.

No âmbito dos poderes da república, no entanto, esta ampliação dos efeitos das decisões da Suprema Corte impactou os parlamentares, que já tem propostas legislativas para alterar a Constituição permitindo ao Senado sustar a eficácia de atos normativos do Poder Judiciário que ultrapassem o seu poder regulamentar.

⁵⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 275.

Neste sentido, as recentes PEC's de n. 33/2012 e de n. 171/2012 propõe a alteração do art. 49, V, da CF/88 para permitir ao Senado que possa sustar não somente os atos do Poder Executivo, mas também do Poder Judiciário, quanto exorbitarem dos limites do poder regulamentar.

Em suma, a maior atividade do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal e no que toca ao tema discutido neste trabalho, influenciam a sociedade por mudar a visão que se tem do papel dos poderes da república e a forma que eles influenciam no dia-a-dia.

Não se pode esquecer a função híbrida exercida pelo Supremo Tribunal Federal, como lembra Paulo Roberto Soares Mendonça⁵⁶:

O Supremo Tribunal Federal desempenha no sistema brasileiro uma função até certo ponto híbrida, já que não pode tecnicamente ser considerado uma Corte exclusivamente voltada à análise de questões constitucionais. Mesmo naqueles casos em que atua externamente ao que seria uma função de Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem uma grande importância em termos institucionais, uma vez que suas decisões são grandes instrumentos de orientação para as demais instâncias julgadoras no Brasil.

Não obstante este lado positivo, a proatividade também gerou, como visto, a necessidade de rediscussão do papel de cada Poder e da parcela de competência de cada um, criando uma situação, no mínimo, agitada nas relações políticas e judiciais.

Definida a importância e papel dos tribunais, em especial da Suprema Corte, há que se analisar a sua prática argumentativa em si, inserida no mecanismo de produção do direito.

3.2.1 Tribunais como órgãos voltados a prover justiça: a visão de John Rawls

Retomando as ideias fluidez e maleabilidade da sociedade pós-moderna, que, como visto no tópico anterior, justificam o caráter político da composição do Supremo Tribunal Federal, é de relevância a concepção do filósofo John Rawls.

A teoria de Rawls apresenta contrastes com as ideias do utilitarismo. Afirma o autor que o utilitarismo não se posiciona preocupado com o número de indivíduos afetados por um certo instituto ou pelas formas institucionais que organizam as decisões são relevantes, colocando-se em primeiro ponto sempre a busca da maior soma de satisfação, de forma aditiva.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 301.

Para Rawls, tais ideias não se coadunam com a justiça como equidade que se basearia no estabelecimento de liberdades básicas iguais para todos e na garantia de que as desigualdades econômicas sociais e existentes se justifiquem pode concederem maior vantagens aos mais desfavorecidos.

Aqui cabe ser feito um parêntese para explicitar melhor a questão de como as desigualdades econômicas são justificáveis dentro de uma teoria da justiça enquanto equidade.

Para isto, nos valem de uma das premissas adotadas pelo autor, consistente no fato de que os indivíduos não podem ser visualizados com capacidades decorrentes de dons naturais imutáveis, mas como efetivadores de características e qualidades potenciais de cada um, as quais para se desenvolver precisam se valer das condições sociais que cercam o indivíduo.

Com base nisto, assevera Rawls que “o papel das instituições que fazem parte da estrutura básica é garantir condições justas para o contexto social, pano de fundo para o desenrolar das ações dos indivíduos e das associações.”⁵⁷

A partir daí ele também justifica como importantes as desigualdades econômicas, pois viabilizam que diferentes pessoas com diferentes capacidades sejam agraciadas com equivalentes condições sociais, de modo a terem pontos de partida semelhantes.

Nas palavras de Rawls⁵⁸:

As desigualdades sociais e econômicas são autorizadas com a condição (a) de que estejam dando a maior vantagem ao mais desfavorecido e (b) de que estejam ligadas a posições e funções abertas para todos, nas condições de justa igualdade de oportunidades.

Esta concepção se relaciona como princípio da diferença, defendido pelo autor como um dos princípios da justiça.

Segundo o Princípio da diferença, não é feita “distinção entre o que é adquirido pelos indivíduos enquanto membros da sociedade e o que eles teriam adquirido se não fossem membros da sociedade.”⁵⁹

A importância desta máxima é que a distribuição de bens entre os indivíduos membros da sociedade não deve levar em conta as condições que tais indivíduos teriam caso não fizessem parte do acordo social, de modo a manter sempre uma distribuição equitativa.

Esclareça-se que não deve a distribuição ser equalitária, pois assim não se estaria respeitando as diferenças entre os indivíduos, razão pela qual deve se adotar uma distribuição

⁵⁷ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 13.

⁵⁸ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 20.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 29.

equitativa, tomando por base as maiores necessidades dos mais desfavorecidos, na forma já explicitada.

Outro princípio visualizado por Rawls como decorrente da justiça é o da igualdade, segundo o qual as pessoas devem ter direitos iguais de liberdades básicas, sempre compatível com as mesmas liberdades concedidas às demais pessoas em situação semelhante, respeitando-se, mais uma vez as diferenças entre os indivíduos.

Em outras palavras, os princípios de justiça de Rawls asseveram basicamente que todos os indivíduos devem ter assegurada a máxima liberdade pela sociedade, sempre compatibilizando para que os demais tenham uma igual parcela de liberdade, de modo que as diferenças sociais estejam relacionadas a posições acessíveis por todos em condições de igualdade e que as riquezas produzidas sejam distribuídas respeitando-se as desigualdades econômicas e sociais, gerando maiores benefícios para os menos favorecidos.

A partir destas premissas, e de outras mais, Rawls assevera que um contrato social é um acordo hipotético entre todos os membros da sociedade enquanto cidadãos e não enquanto ocupantes de um papel particular na comunidade.

Essa doutrina é que se chama teoria da justiça como equidade, já que os parceiros são considerados e se consideram eles próprios como pessoas morais, livres e iguais.⁶⁰

Rawls⁶¹ continua afirmando:

Ora, para a teoria da justiça como equidade é essencial que a posição original seja equitativa em relação a pessoas iguais, de modo que essa equidade possa ser transferida para os princípios que serão adotados. Recordemos então por que a posição original é dita equitativa.

Para se alcançar uma sociedade na qual as previsões legais sejam voltadas a uma justiça equitativa, o autor descreve a ideia de *posição original*, baseada no véu de ignorância.

A posição original é conceito de base essencialmente contratualista, com base no qual um grupo de indivíduos irá criar as regras da sociedade em construção, o que ocorre num momento anterior no tempo e espaço à própria sociedade, de modo que não tenham noção nenhuma de qualquer elemento concreto da mesma.

A viabilização de tal conceito de caráter essencialmente contratualista originário impôs ao autor a concepção de outro conceito chamado *véu de ignorância*.

Segundo a ideia de véu de ignorância os indivíduos que participarem da posição original não devem ter qualquer tipo de consciência acerca de qual papel eles exercerão na sociedade em formação após a escolha dos princípios de justiça.

⁶⁰ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 4.

⁶¹ *Ibidem*, p. 103.

O véu de ignorância permitiria o respeito à equidade durante a fixação dos princípios que viriam a reger a sociedade, o que não estaria garantido se pudessem saber se seriam beneficiados ou prejudicados pelas escolhas que fizessem.

Para respeitar tais desideratos, o contrato social na visão do autor tem natureza inegavelmente hipotética, servindo como exercício abstrato de situação que poderia originar regramentos aplicáveis numa sociedade baseada na efetivação da justiça como equidade.

Nas palavras do próprio Rawls⁶²:

Na justiça com equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.

[...] Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais.

Baseado nestes ideais, John Rawls visualiza que a estrutura básica da sociedade é o objeto primeiro da justiça. Ele entende como estrutura básica a maneira pela qual as principais instituições sociais se arranjam em um sistema único, pelo qual consignam direitos e deveres fundamentais e estruturam a distribuição de vantagens resultantes da cooperação social.⁶³

Esse breve esboço da teoria de John Rawls pode ser aproveitado especialmente no ponto em que preconiza que as instituições têm que ser justas e que a estrutura básica da sociedade se volta à justiça.

Os pontos mais importantes e de maior relevância para este estudo são justamente o ideal de atuação dos indivíduos como despidos de seus interesses meramente particulares, mas voltados à efetivação de uma justiça equalitária, ou seja, um bem maior, socialmente falando.

Aplicado a estruturas e instituições sociais, a ideia de Rawls nos leva a pensar que as organizações devem se pautar pela busca da efetivação da justiça enquanto equidade, de modo que seu papel seja sobrelevado não somente no meio particular em que se inserem mas de maneira voltada para toda a sociedade.

Esta concepção, aplicada à organização administrativa e hierárquica do Poder Judiciário leva à reflexão de que os Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgãos componentes da estrutura julgadora dos conflitos jurídicos não podem

⁶² *Ibidem*, p. 13-14.

⁶³ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 3.

meramente se comportar (e aqui se fala do órgão por meio de seus membros) na medida de seus interesses próprios e egoístas.

Antes é necessário que se visualizem como instituições pertencentes a um cenário social posto, voltadas essencialmente à promoção da justiça, de modo que, num viés de equidade, preservem as liberdades e direitos da sociedade como um todo.

3.2.2 Fontes do direito e jurisprudência

A partir da demonstração da relevância do papel dos tribunais na formação do direito, surge a oportunidade de discorrer brevemente sobre a atuação jurisprudencial e as fontes do direito.

Uma análise mais dogmática das fontes do direito revela que o seu entendimento exige a concepção da ciência do direito enquanto sistema ordenado de normas.

O direito é entendido como um sistema de norma jurídicas, ou seja, um conjunto de proposições normativas organizadas segundo regras estruturais próprias que regem as relações entre seus elementos e o que há externo ao sistema e também em relação aos elementos intrassistêmicos entre si.

Primeiro conceito essencial é o de norma, já que esta é o elemento basilar de qualquer sistema jurídico como entendido na modernidade.

A norma é o conteúdo que se extrai de uma proposição com caráter de dever ser, ou seja, de imposição de comportamento ou consequência a pessoas e fatos previamente definidos.

Tais proposições normativas compõe o direito, caracterizando-o como ciência prescritiva, uma vez que preveem o que deve ocorrer em determinadas circunstâncias e situações.

A norma, sendo elemento essencial do direito, dota esta ciência do caráter deôntico, ou seja, com viés de *dever ser*, de prescrição, comando.

Tal estrutura normativo-sistemática que compõe um ordenamento jurídico se fecha em si mesma, prevendo as regras essenciais à incorporação de conceitos a ele externos, assim como de relação entre os próprios elementos (normas).

As relações internas entre normas consubstanciam e dão validade ao dogma da coesão, enquanto as externas tentam dar concretização ao dogma da completude.

Neste viés, as normas jurídicas podem não atender completamente às exigências da realidade pulsante, o que implica na aparição de antinomias dentro do sistema ou de lacunas,

antinomias, a serem preenchidas.

Dáí decorre, a necessidade de se recorrer a fontes diversas pra a produção jurídica, de modo que uma norma possa ser aplicada em situação na qual a outra não é suficientemente eficaz ou de modo que se aceite a colmatação de uma lacuna por meio da inclusão de nova norma dentro do sistema, ainda que decorra de elementos a ele externos.

Ressalte-se que a lei, enquanto enunciado normativo primário e essencial do direito, pode até se mostrar insuficiente para abarcar certa situação prática, ou então inexistente, omissa, mas isso não permite ao direito que se exima de amparar aquele que se sente prejudicado.

Diz-se que no direito é vedado o *non liquet*, ou seja, é proibido se eximir de julgar uma causa posta à apreciação, ainda que não haja regulamentação própria na lei ou na fonte primária do sistema.

Tais casos solucionam-se por meio da busca de outras fontes do direito, fazendo com que se amplie a aplicação de determinadas normas ou então se crie normas a partir de outras fontes, para que sejam aplicadas exclusivamente ao caso em questão, até que haja normatização primária própria.

Deve se esclarecer também que a ausência de lei não implica em ausência de norma ou de resposta jurídica, justamente porque a teoria das fontes do direito permite buscar em outras origens elementos para que se tenha uma norma aplicável a um caso não tutelado primordialmente.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, pode se passar à análise das fontes do direito em si.

Fontes do direito podem ser conceituadas como circunstâncias, elementos, objetos e entendimentos que são aptos a inovar o sistema jurídico posto, criando e adaptando o direito.

A partir das fontes do direito, o ordenamento jurídico é modificado, fazendo surgir novos conceitos, novas interpretações e até mesmo novas tutelas em relação a valores antes não amparados.

Tal força integradora e modificativa somente será conferida a fatos, objetos, elementos e entendimentos que sejam aceitos pelo próprio sistema como fontes próprias, não se podendo falar de inovação no ordenamento jurídico por mera voluntariedade sem amparo no sistema.

Assim, não é qualquer manifestação ou pronunciamento seja de jurista ou de órgão jurisdicional, que terá o poder de fazer ou transformar o direito, estando isto adstrito às hipóteses aceitas pelo ordenamento.

É importante salientar que as fontes do direito enquanto meios de origem, de

verdadeiro nascedouro de tutelas e obrigações, não se desvinculam do contexto teórico, conceitual, filosófico, histórico e contextual no qual se insere determinado sistema jurídico.

No que toca ao atual ordenamento brasileiro podem as fontes do direito serem avaliadas pelos seguintes critérios.

Na legislação, a recentemente renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), que é o Decreto-Lei n. 4.657/1942⁶⁴, indica em seu artigo 4º, *caput*, as possíveis fontes para suprir hipóteses nas quais a lei seja omissa:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ou seja, nos casos em que a lei não prever solução jurídica para o caso concreto poderá o jurista se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito como fontes válidas para aplicação da tutela jurídica, ainda que baseado em meio não originalmente previsto no sistema.

Daí se deduz que a própria Lei é uma fonte normativa própria, que tem caráter primário, com preferência em relação às outras fontes já indicadas neste mesmo capítulo – analogia, costumes e princípios gerais de direito –, o que tem como implicância que estas últimas somente podem ser utilizadas na hipótese de omissão na lei.

A doutrina, por seu lado, não trata de maneira uniforme o assunto e nem mesmo aceita um elenco padrão de fontes do direito, divergindo muitas vezes quanto a elas, conforme será demonstrado.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁵, por exemplo, traz como elenco de fontes do direito: a legislação (em sentido amplo, incluindo aqui a constituição, as leis infraconstitucionais, os atos normativos de regulamentação e os tratados e convenções internacionais); os costumes; fontes negociais; doutrina e princípios gerais do direito.

Maria Helena Diniz⁶⁶ já elenca como fontes a legislação, a produção jurisprudencial (jurisprudência), a prática consuetudinária (costumes) e a atividade jurídico-científica (doutrina).

⁶⁴ BRASIL. *Decreto Lei n. 6.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 21/07/2014, às 20:45.

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Rubem Nogueira⁶⁷ diz que as fontes do direito são as leis, os costumes jurídicos, a jurisprudência e os atos jurídicos, esclarecendo que a lei é a fonte principal do Direito, funcionando todas as demais somente em caráter subsidiário à lei.

Não sendo o objeto deste trabalho, não serão conceituadas as fontes do direito em espécie, partindo-se direto para a análise da jurisprudência como tal.

É preciso primeiramente conceituar o que se entende pelo termo jurisprudência.

A grafia do vocábulo é de peculiar importância no caso em questão, pois *Jurisprudência* com a primeira letra capital é sinônimo de Ciência do Direito, enquanto *jurisprudência* detém outro significado que será agora explicitado enquanto fonte do direito.

Este termo, segundo excelente definição da professora Maria Helena Diniz⁶⁸ é assim entendido:

O termo jurisprudência está aqui sendo empregado como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes com sua atividade jurisdicional.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior trata a jurisprudência como um tipo especial de costume, que ele considera como costume jurídico ou costume jurisprudencial: “Por fim, há um tipo de costume que, por sua relevância, merece um destaque especial: o costume jurisprudencial. Discute-se, neste passo, se a jurisprudência dos tribunais deve ser considerada fonte do direito.”⁶⁹

Curioso que em certo momento o autor chega a afirmar que “a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ *interpretativa* da lei, mas não chega a ser fonte do direito.”⁷⁰

Ou seja, a jurisprudência não estaria elencada dentre as fontes formais do direito, de onde prioritariamente surgiriam os novos conceitos jurídicos, mas apenas como elemento de interpretação e de diretriz para a aplicação do direito já existente e obtido perante outras verdadeiras fontes.

Já Maria Helena Diniz considera “a atividade jurisprudencial como uma fonte do

⁶⁷ NOGUEIRA, Rubem. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 295.

⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 243.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 246.

direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário (RT, 199:608). A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais.”⁷¹

Percebe-se que a jurisprudência não é aceita formalmente de maneira tranquila como fonte formal do direito, exercendo, para os autores explicitados, uma função secundária de orientar e dar viés interpretativo válido ao direito posto, mas não o criando.

É pensamento clássico dos sistemas jurídicos de família romano-germânica, mas que vem sendo temperado pela grande força exercida atualmente pelos tribunais pátrios e pela patente inovação na ordem jurídica que é promovida por alguns julgados.

3.2.3 Atuação dos tribunais e a necessidade de argumentação jurídica

Como visto, o Supremo Tribunal Federal é órgão integrante da estrutura judiciária do Brasil, possuindo importante papel hierárquico, mas também tem o dever de zelar pelos direitos e manter o Estado Democrático, garantindo as conquistas já realizadas e promovendo a efetivação dos anseios sociais atinentes a um ideal de justiça.

Não deve, no entanto, o órgão julgador fechar-se dentro do sistema jurídico e sua função estrutural, ficando preso a suas teses, paradigmas e contrapontos, pois é sabido que o direito não acompanha as mudanças e nuances sociais com a mesma rapidez que se dão as mudanças de valores na sociedade.

Isto se relaciona com o fato de que a sociedade tem evolução muito mais rápida e dinâmica do que o ordenamento, como foi visto na Introdução e tópicos iniciais deste artigo.

Neste sentido, Chaïm Perelman⁷² lembra que:

Via de regra é fora do tribunal, na própria sociedade, que se realizam lentamente as mudanças de opinião que levam a uma transformação dos âmbitos nos quais se desenrolam os debates judiciários.

E o Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte com relevante papel hierárquico na estrutura funcional do Poder Judiciário brasileiro, com marcante função produtora e consolidadora de entendimentos jurídicos, não tem se limitado, na atualidade, ao mero papel hierárquico e institucional de manutenção do sistema normativo.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 297.

⁷² PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 240.

Aproveitando mais uma brilhante explanação de Perelman⁷³ sobre a relação entre o direito e a sociedade, não se pode esquecer que:

Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação.

Esta necessidade de aceitação do direito, apontada por Perelman, não se volta apenas à validade da norma, mas à própria concepção do direito como relacionado aos anseios da sociedade e não meramente como reflexo de leis impostas.

Tal aceitação em si se dará também por meio da retórica e do convencimento, que se baseia, essencialmente nos métodos argumentativos.

Com maestria, Bobbio⁷⁴ nos lembra que uma lei tem vasta duração no tempo e nesta sua existência ela pode se afastar da vontade do legislador que a criou, mas continua a ter sua função de comando, independentemente das valorações que a fizeram surgir.

A atuação dos tribunais de modo a garantir a efetividade de leis e direitos deve se voltar também para a sociedade, sendo necessário vincular o decidido a uma fundamentação, de modo que se atenda a critérios de razoabilidade e cognoscibilidade das decisões.

Afirma Paulo Roberto Soares Mendonça⁷⁵ que:

A fundamentação das decisões judiciais representa uma importante fonte para uma análise tópica do direito, pois do exame dos fundamentos de uma sentença ou acórdão, é possível observar quais os recursos argumentativos de que lança mão o aplicador, no momento em que tenta aproximar uma determinada lei do sentido concreto da noção de justiça.

No que toca à análise da argumentação jurídica exercida na prática dos tribunais, há que se ter em mente, num primeiro ponto, a importância da fundamentação das decisões judiciais para a implementação do fenômeno argumentativo.

No curso da evolução do direito ao longo do tempo foi patente uma tendência de se dar maior racionalidade aos preceitos jurídicos e às decisões judiciais, o que implicou no afastamento da possibilidade de se proferir decisão sem vincular a um fundamento.

Em tempos medievais, não se exigia a fundamentação como elemento das decisões, já que o processo era vinculado a um caráter divino ou então ao monarca em si, nem se podendo

⁷³ *Ibidem*, p. 241.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 89.

⁷⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Op. Cit.*, p. 275.

falar de processo em si, mas de mera imposição da vontade do soberano por meio de um ato seu.

Neste contexto, a motivação era desnecessária, ou acessória, caso existisse, até mesmo porque não se exigia a correlação do decidido com critérios de razoabilidade ou de relação com um sistema jurídico, posto que inexistente.

O grau de racionalidade e a exigência de tornar o direito mais claro e cognoscível fizeram com que a fundamentação passasse a ser elemento básico das decisões judiciais, vinculando a própria validade desta sua exposição de motivos.

Até mesmo força constitucional foi conferida a tal entendimento⁷⁶:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Especialmente quando se trata de órgãos colegiados, a fundamentação dos votos e pontos de vista jurídicos se revela essencial na construção do raciocínio a ser aplicado no caso sob análise. A exposição dos motivos de um voto, por exemplo, tem importante papel de convencimento dos demais julgadores de uma corte, servindo como verdadeiro ato de retórica que se volta à adesão do convencimento dos pares.

Por outro lado, a necessidade de fundamentação das decisões torna o direito aplicado mais acessível às partes e à sociedade em geral, pois efetiva uma comunicação relativa àquilo que está sendo decidido e as razões para tanto, ainda que se use a linguagem específica do contexto jurídico.

Por este viés também se efetiva o princípio da publicidade das decisões, já que não basta tornar acessível ou visível uma decisão sem que seja esta inteligível, servindo a fundamentação como meio de implementar a efetiva publicidade relacionada ao teor do decidido.

E é inserida na fundamentação que se vê a utilização de técnicas argumentativas, como assevera Paulo Roberto Soares Mendonça⁷⁷ que:

⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *cit.*

⁷⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Op. Cit.*, p. 290-291.

Ao fundamentar uma determinada decisão, o juiz utiliza-se de inúmeros recursos argumentativos, a fim de articular a matéria de fato e a de direito e superar lacunas e ambiguidades do direito positivo. [...] Originariamente voltada a justificar a atitude do magistrado perante o legislador, ela hoje precisa satisfazer a opinião pública, que tem certas expectativas em relação à forma pela qual os seus juízes decidem os casos. [...] Além disto, no Estado democrático, a motivação das decisões funciona como uma proteção da sociedade contra eventuais abusos da autoridade judicial, juntamente com o sistema recursal, que permite a revisão do julgamento original por instâncias superiores.

Daí decorre a importância de se estudar os critérios, meios, modos e fundamentos possivelmente utilizados na seara argumentativa pelos tribunais, o que será feito neste ensaio tomando por base a doutrina de Chaïm Perelman.

Neste aspecto, na linha do pensamento de Perelman, deve se tomar em conta que a fundamentação jurídica exercida numa decisão colegiada se volta primeiramente ao auditório especializado que é a própria corte.

Perelman invoca como regra argumentativa a da justiça, que "requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria."⁷⁸

Nesta linha, o órgão julgador, valendo-se de técnicas argumentativas diversas, vai voltar a sua fundamentação a três auditórios básicos: a) o próprio tribunal e seus pares julgadores; b) a comunidade jurídica; c) a sociedade em geral.

A partir da análise da fundamentação e dos argumentos utilizados tomando por base este entendimento, pode-se classificar a argumentação segundo três funções ou naturezas específicas.

O julgador pode se utilizar de argumentos relacionados à produção jurídica pretérita do próprio tribunal, podendo se amparar em julgados anteriores, súmulas, trechos de votos e outros elementos da prática jurídica do tribunal, ou seja, a sua jurisprudência, o que pode ser chamado, para fins de didática: argumentação de natureza orgânica.

A fundamentação também se volta para o auditório especializado dos advogados da causa e demais membros da comunidade jurídica, servindo aqui de parâmetro de aplicação de certos conceitos do direito.

Neste ponto de vista, a decisão se valerá de conceitos um pouco mais amplos, que abrangem o direito enquanto ciência, mas que estejam restritos a sua especialidade, podendo

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 248.

servir como paradigma ou ‘precedente’ para a interpretação de certo conteúdo jurídico, o que será nominado neste ensaio: argumentação de natureza sistêmica.

Num terceiro aspecto, a fundamentação, como exigência de cognoscibilidade e de garantia de ampla publicidade da decisão, permite ao auditório mais amplo, que compõe toda a sociedade, uma mínima compreensão e orientação segundo o conteúdo do quanto decidido e do direito aplicado, fundamentação esta que será indicada daqui para frente como: argumentação de natureza ampla.

Tais técnicas e conceitos são utilizados pelos tribunais no teor de sua argumentação, permitindo que a integração da comunidade técnica especializada e da sociedade em geral na atuação que guarda grande relevância social, como visto.

3.3 Legitimação da produção jurisprudencial do direito

O melhor entendimento das condições que levaram a surgirem teorias voltadas à valorização das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso se forma a partir da compreensão de como evoluiu a exigência de fundamentação na atuação dos tribunais.

A revitalização da atividade jurisprudencial e o desenvolvimento da hermenêutica fizeram com que aquela fosse cada vez mais regulada e cercada de ferramentas e técnicas que permitem a realização do direito pelos magistrados, mas que a circunda dos mecanismos necessários a tal realização.

O positivismo jurídico clássico se baseava no conceito de previsão e solução de todas as situações pelo ordenamento legislativo, previsão que foi se reduzindo com as percepções de lacunas legislativas e da ausência de resposta patente a certas situações sociais pelo ordenamento posto legalmente.

Tornou-se necessária uma atuação mais proeminente dos julgadores para suprir a insuficiência do paradigma jurídico puramente positivista, o que desaguou no surgimento de um novo paradigma de viés pós-positivista.

A partir desta nova ideia de entender e aplicar o direito foi enfatizada a atuação do julgador, por meio de um maior desenvolvimento de sua atividade argumentativa e da fundamentação de suas decisões.

Alguns passaram a vincular a atividade jurisdicional ao proferimento de uma solução

justa⁷⁹, que passou a ser exigida da própria atividade do juiz.

Nesta linha, Mauro Cappelletti⁸⁰ defende diretamente o caráter criativo da atividade jurisdicional:

A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.

Baseado neste aspecto, há que se relacionar a maior abertura conferida à atividade judicante com uma correspondente exigência de racionalidade das decisões, o que se dá por meio de uma exigência de fundamentação.

Com efeito, a previsão meramente legislativa de uma solução jurídica apenas obriga o juiz a referenciar o direito posto e a demonstrar a similitude fática entre o caso concreto e a hipótese normativa em abstrato, recaindo a fundamentação sobre as características factuais e sua subsunção à lei.

No caso de uma atividade jurisdicional de viés criativo, não havendo previsão completa na legislação, há a necessidade de o magistrado se valer de princípios gerais e outras fontes, como a analogia, para embasar a construção de um raciocínio juridicamente válido dentro dos contornos do ordenamento formal e material no qual está inserido.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁸¹ afirma que:

É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de civil law não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.

Especialmente no sistema de direito baseado na tradição de família *civil law*, a mais preponderante atuação do poder judiciário, em virtude também da atuação menos eficaz do

⁷⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 128-129.

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. Vol. n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.

Legislativo em acompanhar as nuances da sociedade, faz com que a atividade criativa do juiz surja integrada com a legislação positivada.

Tal coexistência gera uma maior aproximação entre os sistemas, mas não implica na confusão entre o *civil law* que valoriza a atividade jurisprudencial e o *common law*, que concede efeito vinculante aos casos, adotando-os como fonte primordial do direito.

A este teor, explicita Mauro Cappelletti⁸²:

[...] Se é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de 'Civil Law' verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno (que se encontra no centro deste ensaio) do aumento da criatividade da jurisprudência, ocorrido pelas mesmas razões examinadas nos §§5-10, e com as quais se apresentou também nos modernos sistemas de 'Common Law'. Resta, certamente, uma diferença de grau, mas esta está também desaparecendo e se atenuando. De vários anos, a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial.

A compatibilização destas fontes legal e jurisprudencial se dá pela aqui tratada necessidade de fundamentação das decisões judiciais o que permite às partes insurgirem-se contra os motivos fundantes da decisão e o que gera publicidade deste para a sociedade, que poderá exercer o controle desta, especialmente por meio do próprio Poder Judiciário e de outros órgãos que tiveram um inchaço na sua atuação, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça.

Neste ponto, interessante referir à crítica de alguns autores quanto à ausência de legitimação democrática das decisões criadoras de direito proferidas por magistrados, que não teriam poder de representação da soberania popular, o que é conferido constitucionalmente aos representantes eleitos pelo povo.⁸³

Mauro Cappelletti⁸⁴ elenca alguns argumentos contrários a esta crítica, nos quais ele evidencia que já é patente a incapacidade “dos poderes políticos em alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos, da sua maioria.”; a este argumento adere o autor que “o próprio judiciário, depois de tudo, não é inteiramente privado de representatividade”⁸⁵, o que ele aplica especialmente aos tribunais com indicação política dos seus membros (aplicável no

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 123-124.

⁸³ Cf. art. 1º, §2º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 96.

Brasil ao STF).

Outro argumento contrário a esta crítica é que os tribunais “efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*.”⁸⁶, ou seja, os tribunais podem servir como meio de representatividade de grupos desamparados de apoio político, mas que ainda devem ser respeitados e ter participação, em privilégio da democracia, o que reforça um quarto argumento no sentido de que o Judiciário pode dar acesso mais direito de participação popular do que o próprio Legislativo.

Neste ponto, afirma o autor que: “Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.”⁸⁷

Como quinto e último argumento o autor invoca que “a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais.”⁸⁸, o que pode ser mais efetivado pelo judiciário, em preservação e cumprimento do sistema de *checks and balances*, mantendo controle adequado por meio de tolerância e razoabilidade.

A crise de legitimidade da criação do direito por meio da jurisprudência, apontada por alguns autores e tratada por Cappelletti é diminuída pela exigência de fundamentação das decisões judiciais, cada vez mais ferrenha, sendo meio de se justificar, e conseqüentemente legitimar, com argumentos convincentes as interpretações realizadas pelo julgador e o resultado alcançado na atividade judicante.

O que se nota é a necessidade de conferir legitimidade e validade às decisões judiciais, o que se tem feito por meio das teorias argumentativas e da exigência de fundamentação pelo órgão julgador.

Uma decisão não fundamentada impede ao jurisdicionado ter ciência do seu exato teor, assim como das bases jurídicas utilizadas para a aplicação do direito. Em outro prisma, a fundamentação permite que a comunidade jurídica e também a sociedade tenham conhecimento das razões jurídicas utilizadas, assim como das estruturas argumentativas invocadas para a aplicação do direito.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 105.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 106.

Beclaute Oliveira Silva⁸⁹ lembra que:

A garantia para a justiça não está em seu conteúdo, mas no respeito ao procedimento que tem sua coroação na justificação. Não se pode perder o enfoque de que a verdade não é correspondência, mas aceitação, conforme procedimento discursivo racional. Ademais, fato é linguagem, logo, produzido segundo o procedimento racional.

É na fundamentação da sentença que o julgador irá documentar as razões que entende necessárias para justificar racionalmente sua decisão, ou seja, a justiça da decisão.

[...]

Neste contexto, é fácil perceber que, na teoria discursiva da linguagem normativa, afastar a fundamentação da decisão (sentença) judicial consiste em quebrar a possibilidade de um direito legítimo. É imperativo, para uma estrutura que pretende ser legítima, a exigência desta garantia. [...]

Tudo isto se mostra essencial para a validade e legitimidade do direito aplicado jurisprudencialmente, em especial nos casos em que a lei se mostra omissa ou insuficiente para regular determinada situação.

Neste contexto, a ausência de motivação ou a sua insuficiência afetam diretamente a validade e legitimidade das decisões judiciais, gerando consequências que uns entendem como nulidade e outros como inexistência, prevalecendo a noção de nulidade das decisões não fundamentadas, o qual também é seguido pelos tribunais⁹⁰:

Com relação à ausência de fundamentação, Pontes de Miranda entende que é um problema de nulidade. Esta é a linha seguida pela doutrina brasileira majoritária, como é caso de Teresa Arruda Alvim Wambier, José Rogério Cruz e Tucci, Maria Teresa Gonçalves Pero, Antônio Magalhães Gomes Filho etc.⁹¹

Diante disto, percebe-se que a motivação das decisões judiciais confere a elas validade dentro do ordenamento jurídico e também legitimidade para com a comunidade jurídica especializada e com a sociedade em geral, reduzindo as críticas de ausência de legitimação democrática do direito criado pelo órgão julgador.

⁸⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 69-71.

⁹⁰ Cf. AgRg no REsp 1423599/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014; STJ - REsp: 1399997, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 17/10/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2013; STJ - HC: 29942, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 19/12/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2008; STJ - AgRg no RMS: 18388, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/12/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.02.2007 p. 273; STJ - RMS: 27419, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 14/04/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2009.

⁹¹ SILVA, Beclaute Oliveira. *Op. cit.*, p. 127.

3.4 Mutação constitucional como produção normativa jurisprudencial

Na sequência de análise dos assuntos pressupostos e atinentes ao tema da abstrativização dos efeitos das decisões, é preciso aprofundar o modo como os órgãos do Poder Judiciário produzem a transformação do direito no exercício da atividade judicante.

Como visto, a atividade dos tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, está diretamente ligada a anseios sociais e   própria transformação da sociedade em si.

A forçá produtiva de julgados, apesar de não inicialmente e prioritariamente reconhecida como fonte criadora e transformadora do direito, ganhou espaço e relevância na formulação da norma jurídica, especialmente no que toca ao exercício necessário para sua aplicação.

Nessa linha, a expansão da eficácia das decisões tomadas em controle difuso é um passo adiante na valorização da atuação dos tribunais, pois garante maior efetividade e alcance aos entendimentos pretorianos, daí a importância de se apreciar alguns elementos da transformação do direito pela atividade judicante.

Além da mera atividade de subsunção, cabe aos julgadores, enquanto intérpretes autorizados da norma jurídica, a delimitação de conceitos e a adequação dos mesmos aos casos concretos.

A evolução dos sistemas normativos e legais permitiram uma valorização da atividade interpretativa judicial e do reconhecimento do direito por ela produzido.

É neste contexto que as mais recentes adoções de cláusulas gerais, conceitos abertos e de normas princípio garantiram espaço para uma mais livre atuação judicial e, conseqüentemente, uma mais profunda e ativa análise a aplicação das normas jurídicas.

Isto já foi evidenciado ao longo deste trabalho, cabendo, neste momento, a análise mais a fundo do instituto da mutação constitucional, como ferramenta utilizada pelos órgãos judiciais para o exercício da atividade judicante de forma criativa.

As constituições, como reflexo dos ideais e valores da sociedade, necessitam acompanhar a evolução social de modo a manter a sua legitimidade e operabilidade, sob pena de quedarem como letra morta, diante do anacronismo com a realidade pulsante e a expectativa dos que a ela se submetem.

Ingo Wolfgang Sarlet⁹² destaca que:

[...] é preciso que ela [a Constituição] seja sempre também um projeto em permanente reconstrução, aberto ao tempo e ao câmbio da realidade, de tal sorte que permanência, estabilidade e mudança não são incompatíveis entre si, mas, pelo contrário, constituem exigência recíprocas e que se retroalimentam, desde que guardado o necessário equilíbrio.

Passando a abordar diretamente o instituto, é preciso explicitar, primeiramente, que a mutação constitucional é meio informal de alteração de normas constitucionais, em contraposição à revisão constitucional e à edição de emenda constitucional, que são meios formalmente previstos na Carta Magna para este fim, mediante requisitos próprios.

Com efeito, a revisão constitucional e as emendas constitucionais são métodos de mudança da constituição mediante alteração em seu texto escrito. Ou seja, agem mediante a supressão, modificação ou inclusão de novos significantes que serão postos à disposição do intérprete para aplicação do direito.

Tais métodos caracterizam o poder constituinte de reforma e estão expressamente previstos no texto constitucional, com formalidades próprias a serem seguidas, por isso são classificados como meios formais de mudança constitucional⁹³.

A mutação constitucional, por sua vez, não foi idealizada pelo constituinte originário e não encontra guarida expressa na legislação, motivo pelo qual é classificada como meio informal de mudança da constituição.

Uadi Lammêgo Bulos⁹⁴ define a mutação constitucional como “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”.

Para Luís Roberto Barroso⁹⁵ a “mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 117.

⁹³ A revisão constitucional está prevista no art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual descreve que: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”; por sua vez a emenda constitucional se dá segundo o procedimento previsto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988. Ambas se caracterizam por promoverem alteração textual na constituição, ressalvando, apenas que a revisão constitucional ocorreu de forma única após cinco anos de promulgação da Carta Magna, restando apenas as emendas como meio de modificação do texto.

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 148.

Dirley da Cunha Jr. melhor esclarece que “A chamada *mutação constitucional* ou *interpretação constitucional evolutiva*, ao contrário dos procedimentos de emenda e revisão, cuida-se de processo *não formal* de mudança das Constituições rígidas, por via da tradição, costumes, interpretação judicial e doutrinária.”⁹⁶.

Com efeito, a mutação constitucional atua sem modificar o texto expresso da constituição, sendo perceptíveis a partir de mudanças na interpretação dada sobre determinada cláusula ao longo do tempo⁹⁷.

A informalidade da mutação constitucional não quer dizer que seja um meio ilegal ou antidemocrático, pois a sua utilização decorre da própria necessidade dos aplicadores do direito em balizar e amoldar os preceitos jurídicos comunicados por meio do texto significante.

Neste sentido, cabe lembrar que a Constituição Federal de 1988 está repleta de conceitos abertos e de princípios jurídicos sem conteúdo previamente determinado, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da razoável duração do processo, dentre outros, o que somente demonstra que há necessidade de atuação do aplicador para efetivar os preceitos que o legislador positivou como mais importantes para a sociedade.

Ressalve-se que a mutação constitucional não se limita à atividade interpretativa em si, ou somente à definição e balizamento de conceitos frente a um caso concreto. Isto faz parte da atividade interpretativa de aplicação de todo e qualquer direito posto.

Além disto, a legislação infraconstitucional reconhece os costumes, a jurisprudência e os princípios gerais do direito como fontes do direito, em certo nível, no caso de omissão legal, não existindo contrariedade entre este dispositivo e a Constituição Federal, o que valida, de certa forma, ou, ao menos, não afasta, a possibilidade de se valer da mutação constitucional como meio jurídico de interpretação e aplicação constitucional⁹⁸.

Apenas por não promover alteração direta no texto significante é que a mutação constitucional se classificada como meio informal de mudança da constituição.

Mais a fundo, a mutação constitucional é, na verdade, um meio de mudança, de alteração do sentido que antes era atribuído ao texto pelo aplicador, operando em nível de

⁹⁶ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 209.

⁹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁹⁸ Cf. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

interpretação constitucional, sendo imprescindível, portanto, a realização da atividade interpretativa para a sua ocorrência, apesar de não se confundirem.

Ela não se opera de forma estanque ou imediata, mas mediante um processo evolutivo que acompanha os anseios sociais e as inovações jurídicas ao longo do tempo e da historicidade que é própria ao direito⁹⁹.

Uadi Lammêgo Bulos¹⁰⁰ descreve as:

mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos.

Com mais precisão, Dirley da Cunha Jr.¹⁰¹ explicita que:

[...] a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interação com a sua realidade social. Com a mutação constitucional não e muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados, muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente as demandas do texto e dos fatos.

“A mutação constitucional se realiza por via da interpretação por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas.”¹⁰²

Ainda no que toca à definição do instituto é preciso abordar que a informalidade própria ao instituto faz ele carecer de delimitações próprias e formalidades para seu uso, o que o torna, à semelhança da abstrativização dos efeitos de decisões, um fenômeno maleável pelo operador.

As vantagens de operacionabilidade daí decorrentes se opõe às desvantagens relativas a uma maior insegurança jurídica, que se observa sempre que há afastamento ou relativização do texto legal.

⁹⁹ Conceito este que se aproxima dos ideais da Escola Histórica do Direito, encabeçada por Friedrich Von Savigny e pela doutrina que valorizada o conceito de *Volkgeist* (espírito do povo, em tradução livre), relacionado à evolução dos pensamentos jurídicos de acordo com a sociedade em geral e não pelo mero arbítrio do legislador. Sobre o tema, conferir: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 45.

¹⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁰¹ CUNHA JR., Dirley da. *Op. cit.*, p. 209.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 150.

A mutação constitucional como processo informal de mudança da Constituição permite, em certa concepção doutrinária, a atribuição de novos sentidos, conteúdos, até mesmo não ressaltados na letra da lei, quer por meio de construção ou dos usos e costumes constitucionais¹⁰³.

Há, no entanto, um limite mínimo compartilhado pela doutrina quanto ao uso da mutação constitucional que é a não contraposição ao texto em si, ou seja, o intérprete tem liberdade dentro das possibilidades de significantes e de adequação do texto ao caso concreto, não podendo, no entanto, negar-lhe eficácia ou se opor diretamente ao texto original¹⁰⁴.

É um conceito fluido, mas que também confere uma mínima baliza para a utilização do instituto que, por sua natureza de maleabilidade, somente poderá ser fiscalizado no momento em que tiver efetiva utilização.

Nessa linha de pensamento, não se pode deixar de lado o alerta de Cibele Fernandes Dias¹⁰⁵:

Há um risco constante e inevitável de se tratar o texto da Constituição como um espelho a refletir os volúveis humores dos intérpretes, o que importaria aceitar a conversão de preferências ideológicas em jurisprudência constitucional.

Ressalte-se que a mutação constitucional, enquanto fenômeno informal de alteração da constituição, não pode se sobrepor aos meios formais de reforma, sob pena de se negar eficácia à própria Carta Magna e procedimentos por ela estabelecidos para garantir a sua rigidez.

Este entendimento foi exposto por Konrad Hesse que foi também um dos juristas que defendeu a mutação constitucional como fenômeno jurídico válido, mas entendeu que se submeteria a limites de modo a não contrariar o texto constitucional¹⁰⁶.

Ferdinand Lassalle conferia mais elevada importância aos fatores reais de poder¹⁰⁷ do que ao texto escrito no corpo da Constituição, o que não foi inteiramente aceito por Hesse.

¹⁰³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 297 *et. seq.*; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Max Limonad, 1986, p. 243 *et. seq.*

¹⁰⁵ DIAS, Cibele Fernandes. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 3.

¹⁰⁶ As ideias de Hesse revisitam a conceituação originária de Ferdinand Lassalle sobre o confronto entre os fatores reais de poder e a Constituição posta, de modo a não tornar os fatores de poder prevalentes sobre a constituição de forma impositiva, mas sim de forma a permitir uma permeabilidade do texto aos anseios políticos, econômicos e sociais. Sobre a concepção de Lassalle e fatores reais de poder conferir: LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Verdadeiramente, a ideia de valorização de anseios econômicos, políticos e sociais, ligada diretamente à maleabilidade do texto para permitir tal conformação e na linha de atuação da mutação constitucional, não podem se opor integralmente ao texto escrito, sob pena de se ingressar em uma contradição lógica.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁸ destaca que “a existência de mutações inconstitucionais significa que as mutações constitucionais, para serem consideradas legítimas, devem respeitar determinados limites, que, por sua vez, devem ser reconduzidos à própria constituição projetada pelo poder constituinte.”

Luís Roberto Barroso elenca que a mutação constitucional tem dois limites: “a) as possibilidades possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.”¹⁰⁹

Com efeito, é o próprio texto constitucional que confere as bases e a abertura de conceitos e princípios para que o intérprete possa se valer de técnicas interpretativas tais como a mutação constitucional.

Tais técnicas foram criadas para garantir maior efetividade à Constituição e não para negar as suas disposições, sendo completamente desconexa uma aplicação interpretativa *contra legem* constitucional.

As técnicas interpretativas, tais como a mutação constitucional, são meios para garantir a força normativa da Constituição e somente surgiram a partir de um contexto histórico que evoluiu para a valorização dos preceitos jurídicos constitucionais e para a exigibilidade jurídica destes.

Afastar o texto constitucional por meios informais seria o mesmo que acabar com a rigidez constitucional da Carta Magna, o que colocaria em risco a própria estabilidade dos preceitos jurídicos e da sociedade em si.

Permitir, nesta linha, que o texto pudesse sucumbir às técnicas interpretativas de forma absoluta seria uma verdadeira apoptose¹¹⁰ do Direito Constitucional e da força das constituições como hoje entendidas, que teriam evoluído para a concepção de seu próprio fim.

¹⁰⁷ Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. *In: LASSALE. Op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 150.

¹¹⁰ Mecanismo pelo qual a célula provoca a autodestruição de modo programado, atuando no controle da densidade populacional das células saudáveis. *In: Dicionário Caldas Aulete Digital*. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/apoptose>>. Acesso em: 20/01/2015.

Esse é, aliás, o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal, que não admite a normas constitucionais inconstitucionais¹¹¹, por entender que não é possível existir hierarquia entre normas constitucionais originárias.

A contraposição entre a constituição escrita e os fatores reais de poder não pode gerar a prevalência absoluta de um dos lados, sob pena de engessamento ou de ruína do sistema constitucional rígido e dotado de exigibilidade.

Por isto, para Konrad Hesse “o significado da ordenação jurídica da realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco.”¹¹²

A norma jurídica não existe por si só, ela não tem sentido se for apenas observada em abstrato, uma vez que é criada com pretensão de ser eficaz, de realizar mudanças no plano do real, circunstância que a submete a interpenetrações do contexto histórico, social e suas circunstâncias.¹¹³

A força normativa da constituição pressupõe, portanto, não a sua prevalência sobre fatores reais, mas a sua “adaptação inteligente a uma dada realidade”¹¹⁴, de modo que permaneça atual e atinente aos preceitos sociais mais valorados.

Quanto mais o conteúdo constitucional se adequar à realidade social, maior força normativa será conferida a ela, uma vez que serão diminuídas as tensões entre os fatores jurídicos e reais¹¹⁵.

Este papel, na linha de entendimento deste estudo, é efetuado pelo Poder Judiciário, de forma precípua, e também, de forma secundária, por todos os operadores do direito e doutrina.

A conclusão a que se chega, juntamente com o autor supracitado, é que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, sendo certo que deve contemplar as questões condicionantes dos fatores

¹¹¹ A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. *In*: ADI 815, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131; no mesmo sentido conferir ADI 466 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1991; no meio doutrinário: BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

¹¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

¹¹³ *Ibidem*, p. 14-15.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

reais de poder, correlacionando estes com as proposições jurídicas e normativas da constituição¹¹⁶.

“A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”¹¹⁷

Em suma, as circunstâncias fáticas podem e devem promover alterações na interpretação constitucional que, no entanto, deve se limitar ao sentido da proposição jurídica fundante¹¹⁸.

Caso a tensão entre os anseios sociais e os limites do texto originário não possam ser compatibilizados, se fará necessária uma alteração formal do texto por meio de emenda para que seja estabelecido outro significante que abarque o significado interpretativo-normativo almejado pela sociedade.

Passando a outro viés de análise, menos conceitualista, cabe frisar que, em período anterior ao neoconstitucionalismo, a mutação constitucional não estava atinente com os sistemas constitucionais vigentes, não tendo grande espaço na aplicação judicial da constituição.

Isso porque a visão do texto constitucional como mero ordenador político e estrutural dos estados não deixava espaço para uma exigência de efetividade das constituições, o que afastou sobremaneira a sua exigibilidade frente ao judiciário pelo cidadão.

A partir das constituições dirigentes pode se ter um marco para a mudança de paradigma sobre a função do texto constitucional, que passou a incorporar programas e sedimentar valores integrantes da sociedade, que, aos poucos, passaram a ser exigíveis diretamente pelo cidadão.

Neste passo, o neoconstitucionalismo foi fator importante para a atual valorização dos julgadores enquanto intérpretes e transformadores da constituição, no exercício da jurisdição constitucional.

Isto porque esta nova visão buscou garantir que o texto constitucional fosse efetivador dos valores sociais, por meio da constituição em si, que passou a fixar regras e valores com imediata e máxima efetividade, tornando-se, exigíveis, em sua maioria, a partir da própria lei constitucional.

¹¹⁶ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹¹⁷ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 22-23.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 23.

Tal ideologia, no entanto, não seria de possível aplicação caso seguido o modelo concentrado puro de controle de constitucionalidade, como inaugurado na Áustria.

Com efeito, o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, em sua forma original, como imaginada por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920, se pautava na ideia de que o controle da Constituição deveria ser exercido por um órgão extrajudicial, ou seja, fora da estrutura do Poder Judiciário, ao qual, por sua vez, caberia apenas a aplicação do que for estabelecido.

O Tribunal Constitucional neste modelo é, portanto, um órgão muito mais próximo ao Poder Legislativo, não exercendo função jurisdicional, mas de controle de legalidade, praticado pela uniformização das interpretações acerca dos dispositivos constitucionais sobre os quais se instaure celeuma interpretativa.

Haveria, assim, um juízo prévio pela Corte Constitucional sobre o sentido da norma constitucional, de forma independente, sem vinculação à lide posta em juízo, de forma abstrata, portanto, para, somente após delimitado o alcance da norma constitucional, ser este aplicado pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, ressalta Cibele Fernandes Dias¹¹⁹ que:

O princípio básico do sistema austríaco é que os juízes comuns devem estar excluídos do juízo de constitucionalidade. Em contrapartida, nos EUA, a ideia era justamente a oposta: a função de guarda da Constituição não é coisa alheia ao exercício da função jurisdicional. Pelo contrário, inscreve-se no seu âmago, porquanto correspondente à *very essence of the judicial Law*.

Vê-se que a efetivação de valores estabelecidos em uma constituição dirigente, como a nossa, não se daria de forma plena caso fosse necessária a manifestação prévia de um órgão que não analisasse a conformação do texto ao caso concreto, requisito essencial para a correta aplicação de regras e princípios, à luz do neoconstitucionalismo.

Não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988 atribui, precipuamente, a função de guarda da constituição ao Supremo Tribunal Federal, que é órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário Brasileiro, conforme seu artigo 102, *caput*.

E neste cenário estabelecido no nosso país, o Supremo Tribunal Federal exerce papel que está diretamente ligado a questões de alto impacto na vivência e cultura das pessoas, muitas das quais ali chegam por submissão ao controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

¹¹⁹ DIAS, Cibele Fernandes. *Op. cit.*, p. 77

No que atine ao controle difuso de constitucionalidade, a função exercida pelo Supremo exige a aplicação da norma constitucional ao caso concreto, necessariamente por meio da interpretação do alcance e sentido dela, atribuindo, cada vez que aplicado um entendimento, um significado jurídico a certa disposição constitucional.

Pode se pensar que o exercício em si da atividade jurisdicional em controle difuso marca a prática da mutação constitucional.

Ressalte-se que o controle difuso de constitucionalidade é assim classificado justamente por ter mais de um órgão competente a exercitá-lo, incluindo os juízes singulares e tribunais do país.

A formatação do sistema constitucional brasileiro não permitiria, no entanto, entender as interpretações dos órgãos judicantes singulares como autênticas e definitivas delimitações do alcance e sentido das normas constitucionais, já que cabe sempre ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra como guarda da Constituição.

Ressalva feita, apenas aos casos que não cheguem ao alcance da Corte Supremo por força das próprias barreiras criadas ao longo do tempo para limitar a chegada de processos, como, por exemplo, a Repercussão Geral.

Este instituto foi introduzido no sistema constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional de n. 45/2004 e passou a exigir que o recorrente, em recurso extraordinário, demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, o que foi definido pelo Código de Processo Civil, em seu art. 543-A, §1º, como “a existência, ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”

Assim, o exercício do controle de constitucionalidade no modelo difuso somente vai se dar ou em casos que tenham jurisdição originária no Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, Mandados de Injunção relativos a normas da Constituição Federal; ou em casos que alcancem o Pretório Excelso por meio de recurso e nos quais seja reconhecida repercussão geral pelos ministros.

Isto significa que uma norma constitucional que não possa ser apreciada pelo Supremo por não envolver caso com repercussão geral reconhecida, terá sua aplicação definida pelo entendimento explicitados nos órgãos inferiores, a saber, o juiz singular ou o Tribunal de Justiça Estadual.

Nem sempre, portanto, a aplicação de uma norma constitucional terá os seus limites definidos pela Corte Suprema, já que é necessário ultrapassar a barreira da repercussão geral do caso que envolve a aplicação da norma.

Destaco que o próprio Supremo Tribunal Federal se manifesta no sentido de que exerce atividade com dimensão política, voltada a garantir a força normativa da constituição e a sua máxima efetividade¹²⁰:

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, DJE de 20-8-2010.)

Não há dúvidas, portanto, de que o processo interpretativo da Constituição exercido pela Corte Suprema é método por ela mesmo reconhecido como de possível utilização para a mudança da compreensão acerca da norma aplicável, ainda que de forma limitada pelo texto originário.

Para ilustração deste reconhecimento, segue um julgado do Pretório Excelso que trata da mutação constitucional como meio de alteração da norma magna aplicável:

Tendo em vista que o STF, modificando sua jurisprudência, assentou a competência dos tribunais de justiça estaduais para julgar habeas corpus contra ato de turmas recursais dos juizados especiais, impõe-se a imediata remessa dos autos à respectiva Corte local para reinício do julgamento da causa, ficando sem efeito os votos já proferidos. Mesmo tratando-se de alteração de competência por efeito de mutação constitucional (nova interpretação à CF), e não propriamente de alteração no texto da Lei Fundamental, o fato é que se tem, na espécie, hipótese de competência absoluta (em razão do grau de jurisdição), que não se prorroga. Questão de ordem que se resolve pela remessa dos autos ao TJDFT, para reinício do julgamento do feito. (HC 86.009-QO, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-8-2006, Primeira Turma, DJ de 27-4-2007.)

¹²⁰ No mesmo sentido: AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2013; RE 132.747, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-1992, Plenário, DJ de 7-12-1995. Vide: HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009; RE 227.001-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-9-2007, Segunda Turma, DJ de 5-10-2007.

No caso exposto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente que a alteração da competência para julgamento de Habeas Corpus contra ato de turmas recursais dos juizados especiais não decorreu de mudança textual da Constituição, mas de nova interpretação a ela dada.

O Tribunal considerou a novel interpretação como válida e eficaz, como se nova regra tivesse sido instaurada no sistema jurídico constitucional posto, tudo isto porque a interpretação se deu dentro dos limites do texto significante que passou pela alteração interpretativa.

Neste tópico ficou esclarecido que a mutação constitucional é meio de alteração das normas constitucionais, que se caracteriza por ser informal, já que não previsto originalmente na Carta Magna e não dotado de procedimento próprio.

É um instituto juridicamente válido e perfeita integrado ao nosso sistema jurídico, permitindo a alteração do sentido de uma norma sem que se passe por uma formal alteração legislativa.

Tem como pressuposto e função garantir a efetividade da Constituição e preservar a força normativa desta, não podendo ser utilizado como meio de rebater os preceitos constitucionais textuais.

Por este motivo e também por ser dotada de grande maleabilidade, a mutação constitucional se limita pelo texto constitucional em si, que deve se contrabalancear com a realidade prática para promover as mudanças sociais almejadas e preservar a ordem jurídica posta e sua autoridade.

Entender a importância da mutação constitucional fecha o ciclo de razões consideradas como essenciais para a valorização da atividade judicante exercida pelos Tribunais e se une aos motivos que permitem uma também valorização da produção normativa pelos Tribunais, fortalecendo a ideia de necessidade de vinculação de certas decisões, que ampara a ideia de necessidade de ampla eficácia e amplo respeito ao decidido pelas Cortes pátrias.

Tal fortalecimento da função jurisdicional é parte do caminho e da historicidade que permitiu vingar a teoria da abstrativização dos efeitos de decisões judiciais.

Aliado a isto, a mutação constitucional tem importante palco de utilização nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Constitucional, tanto em sede de controle difuso, como em controle concentrado, o que a torna uma ferramenta essencial para a produção normativa que se pretende seja reconhecida.

Por fim, a abstrativização dos efeitos das decisões foi foco central da discussão travada na Reclamação n. 4.335/AC, na qual o Supremo Tribunal Federal discutiu de forma incidental

a existência ou não de mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988, o que torna de extrema importância entender este instituto para a apreciação minuciosa do referido caso nos tópicos seguintes.

4. ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Este tópico abarca o instituto objeto principal do estudo, em relação ao qual foi necessária a análise dos conceitos e tópicos anteriores para melhor compreensão.

A abstrativização dos efeitos de decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade não é instituto que decorre meramente e unicamente de construção doutrinária, mas sim de efetiva aplicação pretoriana pelo Supremo Tribunal Federal¹²¹.

Tal atuação pretoriana marca uma transformação no modelo de controle de constitucionalidade adotado, se mostrando como inusitada atuação, mas, por outro lado, garantindo uma maior efetividade a direitos constitucionalmente protegidos.

Surge a questão dos limites de atuação do Supremo para abstrativizar estes efeitos sem ofender a separação dos poderes e de modo a manter o sistema de controle de constitucionalidade idealizado pelo legislador, ao tempo em que se procura encaixar tal instituto no atual sistema de controle de constitucionalidade para lhe dar maior efetividade.

Do mesmo modo há que se analisar a compatibilidade com o sistema de controle de constitucionalidade posto pela CF/88, principalmente quando se analisa o artigo 52, X, da Carta Magna e sua repercussão¹²².

Uma destas particularidades é a necessidade de o Senado Federal, em exercício de atividade tipicamente judicial, suspender a execução de norma declarada inconstitucional em controle incidental exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ampliando os efeitos desta decisão, os quais, a princípio, se resumem às partes do processo originário da controvérsia, tópico este que envolve o julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, analisada neste capítulo.

Tais questões serão agora analisadas, com base no já exposto e com os aprofundamentos doutrinários e jurisprudenciais necessários à uma satisfatória exposição do tema.

¹²¹ Cf. RE RE 197917, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002; MI 670, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007; MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007.

¹²² Esta discussão acessória já ganhou cenário jurídico na Reclamação n. 4.335/AC, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, na qual se entendeu, em entendimento provisório, pela ocorrência de mutação constitucional no referido dispositivo garantindo ao Senado apenas a publicização do que for decidido pelo STF em controle difuso de constitucionalidade.

4.1 O que se entende por abstrativização ou objetivização das decisões

Em tópico anterior foi explicado que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade têm seu efeito adstrito ao caso decidido e às partes do processo, pois se trata de via de defesa de interesses individuais, na qual a discussão sobre a constitucionalidade de norma se dá apenas de forma incidental, não integrando o dispositivo e não enquadrando-se como objeto da coisa julgada, conforme a sistemática processual do processo subjetivo.

Este panorama básico do controle incidental de constitucionalidade tem os seus efeitos revisados a partir do conceito de abstrativização ou objetivização da decisão, que pretendem, igualmente, retirar o limite dos efeitos destas decisões, fazendo-as valer em outros casos e para outras partes.

Abstratizar é “dar ou assumir o caráter de abstrato; tornar-se abstrato”, segundo o dicionário online Caldas Aulete¹²³.

Juridicamente, significa desvincular a conclusão do julgamento do caso concreto analisado para se chegar a ela.

Com isto, apesar de se ter uma decisão judicial tomada em razão da provocação de partes visando à solução de litígio social, o dispositivo e razões determinantes desta decisão não ficam adstritos ao caso no qual foram obtidos e nem às partes integrantes do processo, passando a produzir efeitos em outros processos que discutam casos equivalente e com outras partes.

Ainda neste teor de introdução, a ideia de objetivar a decisão conceitua uma aproximação do processo subjetivo que ocorre no sistema incidental de controle de constitucionalidade com o chamado processo objetivo, que é aquele utilizado pelo controle concentrado de constitucionalidade para o combate de normas contrárias à constituição, no qual não há lide e se discute diretamente a validade da norma frente à ordem constitucional.

No direito português há um instituto chamado *processo de generalização*, referido por José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁴ como meio estender os efeitos jurídicos de uma decisão para além do caso concreto:

¹²³ *Dicionário Caldas Aulete*. Disponível em: <aulete.uol.com.br>. Acesso em: 02/05/2013, às 14:30.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1.024.

Permite-se o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso, ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma (cfr. Art. 281,º/2). Existe aqui um fenómeno de *generalização* e o processo a isto destinado designa-se vulgarmente **processo de generalização**. Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juízo da inconstitucionalidade.

Nessa linha, as razões que levaram à decisão tomada na modalidade incidental de controle de constitucionalidade pelo STF não constituem objeto da coisa julgada e o dispositivo, apesar de abrangido por esta, tem a sua força restrita ao conteúdo que não envolveu a discussão de constitucionalidade.

Há que se atentar, no entanto, que tal extensão subjetiva dos efeitos da decisão em controle difuso não poderia se dar em qualquer órgão do Supremo Tribunal Federal, em razão da restrição existente no art. 97, da Constituição Federal de 1988, que consagra a cláusula de reserva do plenário:

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

Nesta linha, sabendo-se que o Supremo Tribunal Federal é integrado por 11 ministros que se dividem em duas Turmas de 5 ministros e o Presidente do Tribunal, para respeitar a cláusula de reserva de plenário a decisão sobre inconstitucionalidade deve se dar no Plenário do Tribunal, onde é possível alcançar a maioria absoluta em relação ao total de seus membros.

Isto é importante, pois o controle incidental de constitucionalidade se dá, no Supremo Tribunal Federal, essencialmente por meio da via recursal, seja ordinária ou extraordinária, para a qual será competente uma das Turmas do Tribunal, na forma de seu regimento interno.

Assim sendo, em regra, quando uma questão constitucional precisa ser decidida incidentalmente no STF ela chega por meio da via recursal, submetida ao julgamento de uma das Turmas e, portanto, sem o quórum necessário à discussão da constitucionalidade, na forma do art. 97, da CF/88.

Por isto, deveria o julgamento ser afetado ao plenário pela Turma ou pelo relator para que seja discutida a questão constitucional suscitada, tudo conforme os artigos 11 e 22, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante toda esta explanação, o Supremo Tribunal Federal se manifesta em sentido manifestamente oposto, indicando que as suas Turmas podem julgar por si questões

relativas ao controle incidental de constitucionalidade, sem configurar ofensa ao art. 97, da CF/88.

Neste sentido, vide o RE n. 361.829-ED, de relatoria da Min. Ellen Gracie¹²⁵:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. CARÁTER TAXATIVO. SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL. EXCLUSÃO. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO MODIFICATIVO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. NÃO-VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ENCAMINHAMENTO AO PLENÁRIO. COMPETÊNCIA DA TURMA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF. VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87 é taxativa, consolidando sua jurisprudência no sentido de excluir da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se tratando, no caso, de isenção heterônoma do tributo municipal. 2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez inexistente o caráter infringente de anterior acórdão embargado, mas, apenas, o aspecto supletivo processualmente previsto. 3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte. **4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.** 5. Embargos de declaração rejeitados. (grifamos)

Ultrapassado este breve esclarecimento, cabe destacar que tal fato implica em repercussões no sistema de análise de matérias constitucionais pela via incidental, inclusive seguindo uma forte tendência de uniformização e expansão dos entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal fato pode ser percebido em algumas situações já positivadas no sistema constitucional pátrio.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹²⁶ destaca a eficácia reflexa das decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade:

¹²⁵ RE 361829 ED, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-050 DIVULG 18-03-2010 PUBLIC 19-03-2010 EMENT VOL-02394-02 PP-00491 RTJ VOL-00214- PP-00510 LEXSTF v. 32, n. 376, 2010, p. 166-172.

¹²⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102.

A decisão de inconstitucionalidade, proferida em controle difuso de constitucionalidade das leis, apresenta eficácia *inter partes*. No entanto, embora o conteúdo do pronunciamento do STF alcance diretamente as partes litigantes, ele ultrapassa os limites da lide, repercutindo fora do caso decidido, podendo, inclusive, interferir em situações subjetivas de sujeitos que não figuraram na relação processual.

A decisão proferida em controle difuso também vincula o pronunciamento de outros Tribunais sobre a questão constitucional posta para análise.

Num primeiro momento a apreciação de questão constitucional, ainda que por turma do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso dispensa, por si, a remessa de incidentes de inconstitucionalidade para os órgãos plenários dos Tribunais inferiores, permitindo aos órgãos fracionários reconhecerem a inconstitucionalidade na mesma linha de entendimento já proferido pelo Supremo Tribunal, sem violar, com isto, a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97, da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que tal construção não foi pretoriana, mas decorre de expressa previsão legal constante no art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, conforme redação da Lei n. 9.756/98:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

Além desta hipótese de efeito reflexo, deve se ressaltar a maior força dos efeitos de decisões proferidas em controle difuso em casos de reconhecida repercussão geral.

Relembre-se que a repercussão geral é instituto de barreira criado pela Emenda Constitucional de n. 45/2004, passando a ser exigida de todos os recursos extraordinários analisados pela Corte Suprema, que a instituiu como requisito de admissibilidade deste recurso.

A partir de então, somente será julgado pelo Pretório Excelso recurso extraordinário que tenha reconhecida repercussão geral, o que traz algumas implicações práticas que se relacionam ao tema em questão.

Isto porque, negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese¹²⁷.

¹²⁷ Frise-se que tal sistemática é decorrente de previsão legal expressa constante no art. 543-A, §5º, do Código de Processo Civil.

Curioso destacar que pode o relator admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros alheios ao recurso em apreciação, o que demonstra uma clara intenção de solucionar a controvérsia não de forma meramente individual, mas expansiva para outrem.

Numa tendência ainda mais expansiva, e decorrente de previsão legal, o Código de Processo Civil permite, nos casos de multiplicidade de recursos com mesmo tema, a seleção de um recurso representativo da controvérsia que será julgado de forma a afetar todos os demais do próprio Tribunal Excelso e dos Tribunais inferiores, que ficam sobrestados até julgamento final do selecionado.

À semelhança da situação anterior, negada a repercussão geral, ficarão inadmitidos automaticamente todos os demais recursos sobrestados.

Mas o que guarda maior aproximação com a ideia de extensão da eficácia de uma decisão em sede de controle difuso é a hipótese de reconhecimento da repercussão geral e julgamento de mérito do recurso representativo.

Neste caso, ficam os tribunais inferiores condicionados à decisão proferida, devendo retratar-se da decisão contrária ou mantê-la, julgando prejudicado o recurso extraordinário interposto no feito.

Esclarecido o funcionamento do instituto da repercussão geral e do julgamento mediante representação de controvérsia, os quais, frise-se, são de origem legislativa, fica claro que a atuação judicante do Supremo Tribunal Federal nestas hipóteses se dá num âmbito muito mais amplo do que a mera discussão individual apreciada.

Isto porque o entendimento ali formulado vai afetar diretamente o julgamento de outros processos, com partes diversas, que não participaram da demanda originária na qual formulada a *ratio decidendi*.

Fica claro que há, portanto, um sentido de aproximação das modalidades de apreciação de matérias em via individual, coletiva e abstrata, o que somente reforça a ideia de possibilidade de abstrativização dos efeitos de certas decisões.

Tais casos podem ser considerados como modelos menos radicais de expansão da eficácia de decisões proferidas em ações individuais, o que inclui aquelas decorrentes do controle difuso de constitucionalidade.

Em tais situações, a necessidade de suspensão do dispositivo declarado inconstitucional pelo Senado é quase sobrelevada, uma vez que toda demanda judicializada deve seguir o entendimento posto no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, caso a ele se adeque.

Resta possível a suspensão pelo senado apenas para conferir efeitos *erga omnes* e alcançar situações que estariam fora de discussão judicial, mas que dependeriam, ainda assim, da anuência das partes envolvidas para cumprir, o que, se não ocorrer, torna necessária a judicialização da lide, com a necessidade de seguir o entendimento proferido pelo Pretório Excelso em sede incidental.

Como ressalta Paulo Pimenta¹²⁸:

Hodiernamente, com o surgimento da súmula com efeito vinculante (CF, art. 103-A) e da possibilidade da extensão para outros processos da decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, regulada pela Lei 11.418/2006, a Resolução teve a sua importância reduzida, pois em tais situações poderá ocorrer a ampliação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso, sendo desnecessário, nesse caso, a atuação do Senado.

Ressalte-se, no entanto, que a repercussão geral está restrita aos recursos extraordinários, não afetando o controle difuso exercido em sede de Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Ações Originárias no Supremo Tribunal Federal, casos nos quais não é tão simples se expandir os efeitos de decisão relativa a matéria constitucional ali discutida.

Ainda no que toca a institutos legais e constitucionais que aproximam os efeitos das decisões proferidas em controle difuso e abstrato de constitucionalidade, cabe destacar a Súmula Vinculante¹²⁹.

A Súmula Vinculante foi criada também pela Emenda Constitucional de n. 45/2004 e está prevista diretamente no corpo da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103-A e parágrafos.

Este instituto permite ao Supremo Tribunal que edite enunciado normativo, com base em entendimento decorrente de reiteradas decisões suas sobre matéria constitucional, o que pode ser feito de ofício ou mediante provocação.

Ponto de relevância do instituto para a atual abordagem que está sendo feita é que a Constituição concedeu a tal Súmula efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas municipal, estadual e federal.

¹²⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Op. cit.*, p. 105.

¹²⁹ Tal instituto será melhor apreciado em tópico seguinte, no qual se faz uma distinção entre abstrativização dos efeitos de decisões do tribunal e a Súmula Vinculante em si, o que é necessário para demonstrar que este esta não esvazia a existência daquele instituto analisado neste trabalho.

Com isto, nos casos em que for possível a edição de Súmula Vinculante, caso editada esta, fica o entendimento do Supremo Tribunal Federal revestido de efeito vinculante contra todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração direta e indireta das três esferas de poder.

É mais uma hipótese que guarda grande semelhança com a tendência de expansão dos efeitos de uma decisão, inclusive no caso de controle difuso de constitucionalidade.

Na jurisprudência, destaca-se o caso no qual o Supremo Tribunal Federal aprecia Recurso Extraordinário contra ação de controle de constitucionalidade abstrato de competência de Tribunal Estadual.

Nesta situação, a decisão proferida na via recursal incidental será dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por decorrência lógica da natureza originária do processo recorrido.

Neste sentido¹³⁰:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o *leading case*. **3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence.** 4. Agravo regimental provido. (grifo nosso)

¹³⁰ AI 375011 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362

Esta hipótese, no entanto, decorre da própria natureza da ação de controle abstrato de constitucionalidade recorrida, não se podendo dizer que seja uma consolidação da teoria da abstrativização dos efeitos das decisões.

Outra situação na qual a decisão do Supremo Tribunal Federal terá automática eficácia expansiva é no caso de não recepção de lei em face da nova ordem, jurídica, por entender o Tribunal que tal conflito se resolve pelo critério da temporalidade, caracterizando mera derrogação de lei em face da Constituição.

Neste sentido, Anna Candida da Cunha Ferraz¹³¹ comenta o RE n. 387.271, de Relatoria do Min. Marco Aurélio:

Recurso Extraordinário 387.271 – São Paulo – Norma não recepcionada pela nova ordem constitucional. Desnecessidade de comunicação ao Senado Federal: em processo de separação judicial foi levantada questão de ordem sobre a não recepção do inciso II da Lei 6.615/77, em face da Constituição de 1988. Não recepcionada, a norma citada foi considerada inconstitucional pelo Relator, mas pelo voto da maioria, decidiu-se, na esteira de precedentes anteriores, tratar-se de incompatibilidade que se resolve pela não recepção da norma, na linha *lex posterior derogat priori*, não cabendo, pois, comunicação ao Senado Federal;

Percebe-se, portanto, neste caso, uma hipótese na qual é desnecessário o envio do julgado para o Senado exercer a extensão dos efeitos, uma vez que a própria sistemática jurídica já confere ampla aplicação ao entendimento de derrogação temporal da norma.

Perpassadas estas questões iniciais, deve ser abordado em sim o instituto da abstrativização ou objetivação das decisões proferidas em sede de controle difuso, objeto da pesquisa ora realizada.

No particular, quanto à questão atinente aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, a doutrina se debruça sobre este tema, com ênfase especial à possibilidade de ampliação dos efeitos do controle difuso.

A partir da análise dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade proferidas nos diferentes sistemas e modelos a doutrina já se manifesta sobre a incongruência da limitação dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso, em relação àquelas adotadas em controle abstrato de inconstitucionalidade.

Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior¹³² explicita que:

¹³¹ Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Comentários ao art. 52, inciso X*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.063.

De fato, se no passado se justificava a distinção de efeitos entre as decisões de inconstitucionalidade do STF, hodiernamente ela é intolerável diante da posição de Guardião da Constituição da qual se reveste a Corte. Ora, no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológica a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide *inter partes*, enquanto no controle concentrado decide erga omnes. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo *incidenter tantum* ou *principaliter tantum* – o órgão prolator da decisão é o mesmo?

Esta visão, aliada ao entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve adotar o seu papel de Corte Constitucional, do próprio Dirley da Cunha Júnior, demonstram o fortalecimento da jurisdição constitucional e da sua vinculatividade¹³³:

Temos esperanças que o Supremo Tribunal Federal amadureça o assunto e aceite o seu novo e verdadeiro papel de Corte Constitucional, cujas decisões adotadas no controle de constitucionalidade, independentemente de em processo abstrato ou concreto, passem a projetar os seus efeitos em face de todos.

Partindo desta realidade de efeitos diversos às diferentes modalidades de controle de constitucionalidade, inegável é a inferência acerca da aproximação do sistema brasileiro com os preceitos da *common law* e do seu princípio de *stare decisis*.

Neste aspecto, a lição de Fredie Didier Júnior¹³⁴, aproximando a tendência de abstrativização à força vinculativa existente nos sistemas de tradição baseada em precedentes e na força das normas jurídicas por eles criadas nos tribunais:

ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade). Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma Constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). A norma jurídica criada e contida

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Princípio do 'Stare Decisis' e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 283-284.

¹³³ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹³⁴ DIDIER Jr., Fredie. *O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 269.

na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, (...) Trata-se de ‘norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto’, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações.

Quanto à repercussão desta ampliação dos efeitos no sistema atual de controle de constitucionalidade, como posto pela Carta Magna e também quanto ao Princípio da Separação dos Poderes, não pode deixar de ser citada e adotada a visão do Min. Gilmar Ferreira Mendes¹³⁵, enquanto julgador e doutrinador, ao defender que o papel do controle difuso é tão importante quanto o do concentrado e que a imposição de efeitos gerais às suas decisões se impõe, a despeito do papel do Poder Legislativo constante no art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

Ainda em sede doutrinária, defende Fredie Didier Jr. que “o STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstrato*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes.”¹³⁶

Nesta linha, o atual Min. da Corte Suprema Teori Zavascki¹³⁷ defende que:

Além dessa clara e enfática posição do STF sobre o caráter expansivo e vinculante das decisões formadas sob o regime da repercussão geral é importante registrar, no mesmo sentido, a sua posição favorável à aplicação, também em controle incidental de constitucionalidade, da técnica de modulação de efeitos de que trata o art. 27 da Lei 9.868/99, modulação que tem aplicação não somente para o caso concreto em julgamento, mas também para os demais processos em que a mesma questão é discutida.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 34.

¹³⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 342.

¹³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

A abstrativização dos efeitos das decisões é, portanto, facilmente compreendida como a atribuição de efeito *ultra partes*, ou *erga omnes*, a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de demanda individual e até coletiva.

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, ela seria praticada quando o Tribunal manifesta um entendimento com teor constitucional, afastando a aplicação de uma lei num caso concreto, por considerá-la inconstitucional.

Não há motivo para que a mesma lei aplicada em semelhante situação, mas com relação a outras pessoas, em demandas diversas, seja ainda considerada aplicável por outros órgãos e tribunais, já que tal tese estaria fadada ao insucesso na Corte Suprema.

Além disto, a continuidade da aplicação da referida lei, no exemplo dado, seria o mesmo que dar efetividade a preceito legal contrário à Constituição, de forma reconhecida pelo órgão atribuído a proferir a última palavra em matéria constitucional.

Assim, além dos institutos já manifestados, a saber, a repercussão geral e a súmula vinculante, caberia que o Pretório Excelso manifestasse em casos de reconhecida inconstitucionalidade proferida em controle difuso, que tal entendimento deveria ser aplicado pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

À luz destas manifestações doutrinárias, percebe-se que a tese da abstrativização dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso tem aceitação doutrinária, restando apenas consolidação na jurisprudência, que vacila quanto ao tema.

No particular, é imperiosa a análise da Reclamação n. 4.335/AC, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, na qual se discutiu, incidentalmente, a prevalência do papel do Senado como órgão competente a conferir eficácia *erga omnes* a decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso.

4.2 O papel do Senado no controle difuso e a Reclamação n. 4.335-5/AC

Como já exposto no decorrer deste trabalho, o controle difuso de constitucionalidade não foi dotado de eficácia *erga omnes*, recaindo tal atribuição ao Senado Federal que pode, por meio de Resolução, sob sua discricionariedade suspender no todo ou em parte a eficácia de lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, conforme redação do art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988.

Com base na existência deste dispositivo, entende-se, numa primeira análise, que não caberia ao Poder Judiciário conferir à própria decisão eficácia ampla, já que caberia ao Senado fazê-lo.

Pois bem.

Na Reclamação n. 4.335/AC, foi posta em discussão pelo Min. Relator, Gilmar Mendes, a ocorrência da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Carta Magna; tese segundo a qual não haveria mais utilidade para tal dispositivo na forma como imaginado originalmente, recaindo a sua função nos tempos hodiernos à mera publicização da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que teria autonomia para atribuir efeitos *inter partes* ou *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso.

Tratava-se de caso no qual o Supremo Tribunal Federal havia, em sede de Habeas Corpus, ou seja, em controle difuso de constitucionalidade, declarado a inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos.

Em outra demanda processada no Estado do Acre, um juiz singular rejeitou o pedido de progressão do regime, alegando que a decisão do Supremo somente teria eficácia *inter partes* e que não houve suspensão da lei pelo Senado Federal.

A partir disto, formulou-se Reclamação perante a Corte Suprema para fazer valer neste segundo processo o entendimento proferido em Habeas Corpus em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Caso acolhida a tese do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, estaria sedimentada a possibilidade de abstrativização das decisões do Supremo Tribunal Federal pela própria Corte, uma vez que deixaria de ter utilidade a suspensão dos efeitos, pelo Senado, do dispositivo declarado inconstitucional.¹³⁸

O Min. Relator¹³⁹, em resumo, fundamentou o seu voto alegando que era ultrapassada a doutrina de estrita separação de poderes que fundamentava a manutenção com o Senado Federal da suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional em controle difuso; asseverou que a decisão com eficácia geral foi tornada comum no sistema constitucional

¹³⁸ No mesmo sentido, conferir “O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensão a sua execução.”. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle Jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 145-146.

¹³⁹ STF, Rcl 4335, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001, Informativo n. 463 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>> Acesso em 21 de janeiro de 2015, às 21:35.

posto, à vista da permissão de reconhecimento de inconstitucionalidade por medida liminar e outros institutos.¹⁴⁰

No voto, o Ministro Relator¹⁴¹:

Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP.¹⁴²

O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da Reclamação, mas concedeu de ofício o *Habeas Corpus* para garantir a liberdade dos reclamantes, mas rejeitando, portanto, a tese levantada pelo Ministro Relator.

O Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a Reclamação, indo de encontro à tese do Relator, mesmo sentido no qual julgaram os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau acompanhou o Relator, julgando procedente a Reclamação considerando presente a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, em razão do que caberia ao Senado apenas dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, e reconhecendo força normativa à decisão da Corte para suspender a lei.¹⁴³

Na sequência do julgamento, entretanto, sobreveio a edição da Súmula Vinculante de n. 26¹⁴⁴, que dotou de efeitos erga omnes a tese jurídica invocada pelos Reclamantes e inclusive garantiu o cabimento da Reclamação, já que é o meio de insurgência contra decisão que descumpre tais súmulas.

¹⁴⁰ Registre-se que este mesmo entendimento do Min. Gilmar Mendes foi por ele defendido na Recl. 5051 MC/RJ, mas que acabou sendo acolhida por outros fundamentos.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Em sentido contrário Anna Candida da Cunha Ferraz assevera que “Não tem o Poder Judiciário – poder constituído – atribuição de modificar letra expressa da Constituição nem fazer às vezes do Constituinte Originário, sob pena de ultrapassar suas funções constitucionais e produzir, como se acentuou, verdadeira mutação inconstitucional.” Cf. Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Comentários ao art. 52, inciso X*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.067.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Com base neste novo entendimento, relacionado à superveniência da Súmula Vinculante de n. 26, dotada de efeito vinculante, proferiu voto o Ministro Teori Zavascki, pela procedência da Reclamação, no que foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

Perceba-se que foi deixada de lado a discussão acerca da mutação constitucional do artigo 52, inc. X, da Constituição Federal, uma vez que o fundamento do voto foi a existência de entendimento sumulado.

Já neste ponto não se pode dizer que houve rejeição da tese de mutação do artigo 52, inc. X, da Carta Magna e com isto o fim da tese da abstrativização.

Observa-se, pelo contrário, no teor do voto do Ministro Teori Zavascki um forte e marcante apoio à possibilidade de se conceder efeitos mais amplos a decisões proferidas em controle difuso, tema que pautou a sua fundamentação, somente não sendo utilizado no dispositivo.

Uma análise mais detida do caso revela que o Min. Teori Zavascki, em seu voto, acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, ressalta a já existência da concessão de efeitos vinculantes a decisões proferidas em controvérsias de índole individual, caminhando, portanto, na linha de entendimento que defende a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

O Ministro Teori Zavascki, em posicionamento mais moderado defende a existência de uma eficácia expansiva das decisões de controle incidental de constitucionalidade, mas afasta a possibilidade de se utilizar da reclamação constitucional para exigir a efetividade de tal eficácia.

Entendeu que a eficácia expansiva não ocorreria somente nos casos de atuação do Senado, uma vez que “o direito pátrio estaria em evolução, voltada a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribuiria, com crescente intensidade, força persuasiva e expansiva.”¹⁴⁵

Nesta linha, destacou a tendência de uma aproximação à cultura de *stare decisis* e sublinhou a existência de previsões normativas que foram conferindo eficácia ampliada para além das fronteiras da causa em julgamento.¹⁴⁶

¹⁴⁵ STF, Rcl 4335, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001, Informativo n. 739 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em 21 de janeiro de 2015, às 20:40.

¹⁴⁶ STF, Rcl 4335, *Op. cit.*

Seguiu afirmando que o sistema normativo pátrio concedia eficácia *ultra partes* aos precedentes das Cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e que tal agir seria alinhado ao perfil institucional da Corte Suprema na seara constitucional.¹⁴⁷

Ressaltou, sem negar a força expansiva, que, em princípio, a reclamação somente caberia por quem fosse parte da relação processual em que proferida a decisão que se busca a eficácia.¹⁴⁸

Impõe-se a transcrição do seguinte trecho de seu voto¹⁴⁹:

Anotou que a força vinculativa dos precedentes do STF fora induzida por via legislativa, cujo passo inicial fora a competência, atribuída ao Senado, para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais, nos termos do art. 52, X, da CF. Entretanto, assinalou que a resolução do Senado não seria a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF, porque diria respeito a área limitada da jurisdição constitucional (apenas decisões declaratórias de inconstitucionalidade). Haveria outras sentenças emanadas desta Corte, não necessariamente relacionadas com o controle de constitucionalidade, com eficácia subjetiva expandida para além das partes vinculadas ao processo.

Curioso destacar que tal posicionamento do Min. Teori Zavascki já era por ele defendido há mais tempo, ainda enquanto Ministro do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do Acórdão proferido no Recurso Especial nº 828.106/SP¹⁵⁰:

“(…) Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”).

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. “A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’”, in Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ STJ. Primeira Turma. *RESP 828.106/SP*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 2-5-06, DJ de DJ: 15/05/2006.

la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165). (STJ, Primeira Turma, RESP 828.106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 2-5-06, DJ de DJ: 15/05/2006). (grifo nosso)

Ainda mais incisivo, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁵¹, acompanhou a orientação expressada e defendeu a necessidade de vinculação dos precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal:

O Ministro Roberto Barroso, ao acompanhar essa orientação, frisou que a expansão do papel dos precedentes atenderia a três finalidades constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Explicou que essa tendência tornaria a prestação jurisdicional mais previsível, menos instável e mais fácil, porque as decisões poderiam ser justificadas à luz da jurisprudência. Assinalou que, embora os precedentes só vinculassem verticalmente e para baixo, na linha da doutrina “stare decisis”, eles deveriam vincular horizontalmente, para que os próprios tribunais preservassem, conforme possível, a sua jurisprudência. Sublinhou que, na medida em que expandido o papel dos precedentes, seria necessário produzir decisões em que a tese jurídica fosse mais nítida, o que seria denominado, pelo direito anglo-saxão, de “holding”. Considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir da mudança de texto da norma.

Forçoso concluir, portanto, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao rejeitar a Reclamação n. 4.335-5/AC não sepultou a tese da abstrativização dos efeitos de decisões por ele proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Pelo contrário, o posicionamento de quatro dos Ministros integrantes da Corte, seguindo o voto do Min. Teori Zavascki, demonstra que tal teoria já é aceita de certa forma e que há espaço para uma consolidação expressa da mesma, caso discutida de forma principal e derradeira pelo Tribunal.

¹⁵¹ STF, Rcl 4335, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001, Informativo n. 739 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em 21 de janeiro de 2015, às 20:40.

Destaca-se, ainda que não votaram neste processo os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, em razão de terem sucedido anterior Ministro que já havia proferido voto, assim como não votou a Ministra Carmém Lúcia, que estava em viagem oficial.

Este quadro revela não somente uma inclinação favorável à tese de abstrativização, como também que pode ainda ocorrer a consolidação desta tese junto ao Supremo Tribunal Federal, caso novamente discutida.

Também na doutrina há defensores da tese da abstrativização, a exemplo de Dirley da Cunha Jr.¹⁵²:

A competência do Senado, assim, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até a década de 80, não revela hoje utilidade alguma, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica, obsoleta e contraditória. Ora, se o Supremo Tribunal Federal pode, em sede de controle concentrado-principal, suspender, liminarmente e em caráter geral, a eficácia de uma lei e até mesmo de uma Emenda Constitucional, qual a razão hoje de limitar a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pela Corte no controle incidental às partes do processo e condicionar a sua eficácia geral à intervenção do Senado?

Estes dois cenários demonstram que a teoria da abstrativização dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade não está rejeitada, somente não foi sedimentado ainda posicionamento sobre ela, apesar de ser certa a existência de grandes adeptos à mesma, o que revela a possibilidade de que venha a compor o sistema jurídico pátrio tão logo seja posta novamente em discussão na Corte Suprema.

Diante disto, na visão deste estudo é certo que a teoria da abstrativização está forte e pode vir a ser acatada, razão pela qual cabe rebater possíveis argumentos que seriam a ela contrários e que pretendem afastá-la, o que será feito no derradeiro capítulo a seguir.

¹⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, s.l.

5. ADEQUAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO AO SISTEMA DE CONTROLE DIFUSO E COMPATIBILIDADE COM OS DEMAIS PODERES REPUBLICANOS

5.1 Necessária distinção entre os institutos da abstrativização dos efeitos e da Súmula Vinculante

A Súmula Vinculante é instrumento judicial que aproxima sobremaneira os efeitos proferidos em sede de decisões tomadas em via incidental e principal pelo Supremo Tribunal Federal, afastando, em muitos casos, a utilidade da atuação do Senado Federal para suspender a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional.

Neste tópico, será demonstrado que a Súmula Vinculante não esgota a discussão sobre a mutação do artigo 52, inc. X, da Constituição Federal e nem afasta a possibilidade de se conceber um instituto de abstrativização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em controle difuso de constitucionalidade.

Inicia-se portanto, a discussão sobre a real necessidade ou efetividade de se adotar o instituto da ampliação dos efeitos das decisões de controle difuso de constitucionalidade tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, diante da existência de outros institutos já integrados ao procedimento legalmente previsto e que teriam o mesmo efeito de ampliação dos efeitos, a exemplo da referida Súmula Vinculante.

De pronto, cabe asseverar que a Súmula Vinculante não substitui a abstrativização dos efeitos das decisões em sua integralidade, pois, apesar de terem efeitos que se englobam, não se confundem.

Em verdade, são institutos de natureza diferente. Enquanto a abstrativização dos efeitos das decisões em sede de controle difuso é técnica hermenêutica e de julgamento, a Súmula Vinculante é ato de caráter normativo utilizado pelos Tribunais para expressar um entendimento jurisprudencial reiterado.

Ademais, a abstrativização dos efeitos, no caso específico das decisões em controle difuso de constitucionalidade, não está regulada em nenhum diploma normativo, tendo se originado como construção jurisprudencial.

Já a Súmula Vinculante, por outro lado, está prevista no art. 103-A, da Constituição Federal de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, na chamada reforma do Judiciário, com o objetivo de dar maior efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal,

diminuir o número de recursos que chegam ao Tribunal e, por consequência, agilizar o julgamento das causas que já tenham entendimento fixado. Além disto, o procedimento de edição, revisão e cancelamento da Súmula Vinculante está regulamentado pela Lei n. 11.417/2006.

O referido artigo da CF/88 expressa que:

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Simple leitura já demonstra que além da natureza e regramento, outra grande diferença há na utilização da Súmula Vinculante e da abstrativização dos efeitos de decisões, que é a necessidade de reiteradas decisões para a aprovação da Súmula Vinculante, o que não ocorre no outro caso, pois, além de não haver regras expressas, a sua utilização vem se dando em razão da relevância da matéria e seu impacto social.

Não se duvida, no entanto, que, caso atendidos todos os seus requisitos para elaboração, esta Súmula terá, por força do art. 103-A, da CF/88, efeito vinculante em relação aos órgãos do judiciário e da administração pública direta ou indireta, em todas as suas esferas.

Por isto, uma matéria constitucional, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade de certo ato normativo, que seja abordada por Súmula Vinculante terá os seus efeitos ampliados para atingir a todos, independentemente de a decisão de inconstitucionalidade ter

se dado em sede de controle difuso ou não, mas, repita-se atendendo aos requisitos de edição da Súmula.

Deste apanhado deve ficar claro que uma declaração de inconstitucionalidade tomada em sede de controle incidental, caso trate de matéria que já tenha sido submetida a reiteradas decisões, e atendidos os demais requisitos, pode ser objeto da edição de Súmula Vinculante, mediante manifestação de ofício ou por meio de provocação e após decisão de dois terços dos membros do STF, passando a ter não somente efeitos contra todos, mas também vinculantes ao judiciário e à administração direta e indireta.

Tal ampliação de efeitos se dá de forma mais impositiva e com maior alcance e coercitividade do que a simples abstrativização dos efeitos da decisão, que somente abarca a extensão subjetiva dos efeitos próprios da decisão de inconstitucionalidade.

É o que ocorre nas já editadas e vigentes Súmulas Vinculantes de n. 2, n. 6, n. 8, n. 9, n. 10, n. 12, aqui citadas¹⁵³ meramente como exemplo, além de outras dentre as 32 Súmulas Vinculantes hoje publicadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode surgir o questionamento, então, sobre a necessidade ou utilidade de se reconhecer o instituto da abstrativização dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente após a E.C. n. 45/2004, que criou a Súmula Vinculante, a qual engloba o efeito obtido pela abstrativização, dotando-o de mais força.

Tal dúvida, apesar de não gerar maiores dificuldades para ser rechaçada, traz em sua resposta o apontamento de outra discussão que deve também ser destacada.

Mantendo a organização das ideias por etapas, deve ser vencido primeiro o questionamento proposto sobre a necessidade ou utilidade da abstrativização após a criação das Súmulas Vinculantes.

Pois bem, não se nega que a partir da edição de uma Súmula Vinculante com matéria constitucional não há mais espaço para utilizar a abstrativização quanto a mesma matéria, pois

¹⁵³ Súmula Vinculante n. 2 - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Súmula Vinculante n. 6 - Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Súmula Vinculante n. 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante n. 9 - O disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

Súmula Vinculante n. 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Súmula Vinculante n. 12 - A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

esgota-se completamente o objeto deste instituto, já que alcançados completamente a sua consequência de ampliação dos efeitos da decisão.

No entanto, a possibilidade genérica de se editar uma Súmula Vinculante não exclui, numa primeira análise, a utilidade da abstrativização dos efeitos de decisão em controle incidental.

O primeiro e mais preponderante motivo é que para a edição de Súmulas Vinculantes são necessárias reiteradas decisões sobre um mesmo tema, sendo que, por vezes, a relevância e sensibilidade da matéria recomendam que uma decisão sobre ela tenha efeitos gerais e não meramente presos a um caso específico, ainda que não tenha havido reiterada discussão sobre o tema.

E neste campo se insere justamente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, fortalecendo o seu papel de corte constitucional, atribuir efeito *erga omnes* a decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade e que contenha entendimento sobre tema de relevância, independentemente de atendidos os requisitos para a edição de Súmula Vinculante, tornando desnecessária, portanto, a multiplicidade de discussões pretéritas sobre a matéria constitucional.

Sem dúvidas que a simplicidade de tal procedimento garante grande flexibilidade ao STF para ampliar o alcance de seus entendimentos, mas críticas à parte no que toca à expansão excessiva do judiciário¹⁵⁴, há de se reconhecer a importância deste tipo de previsão par o fortalecimento de um direito brasileiro construído pelos tribunais e aplicado em todo o país, respeitando-se as partes e os juristas, que não ficam sob o anseio constante de decisões contraditórias.

Segundo ponto que faz a abstrativização ganhar espaço não alcançado pela Súmula Vinculante é justamente a maior simplicidade para sua utilização, até mesmo porque decorre de construção jurisprudencial, inexistindo regramentos próprios que condicionem ou limitem previamente a sua aplicação.

Esta inexistência de regulamentação não torna ilimitada a possibilidade de utilização do instituto, pois, como qualquer decisão judicial, ainda mais esta desamparada de supedâneo legal, a sua utilização deve se dar de forma fundamentada e coadunada com a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais do direito, também fontes do direito.

¹⁵⁴ O expansionismo do judiciário e dos poderes dos tribunais frente à relação entre os poderes da república.

Em suma, a não regulamentação traz vantagem ao instituto objeto desta monografia, que tem maior liberdade de aplicação, enquanto as Súmulas Vinculantes se submetem ao já citado requisito de necessidade de decisões reiteradas, além de depender de aprovação prévia mediante votação de 2/3 dos membros do STF para que seja publicada.

E aqui cabe lembrar a ressalva feita há pouco no que toca ao surgimento de outra discussão dentro desta resposta. Tal discussão toca justamente na inexistência de regras para a utilização da abstrativização dos efeitos de decisões, o que, num pensamento simplório, deixaria a Corte Suprema completamente livre para utilizar o instituto.

Apesar de se reconhecer aqui a inexistência de regras prévias para a abstrativização e também de reconhecer que esta característica facilita a sua aplicação e lhe faz ganhar espaço frente a outros institutos, não está se dizendo neste trabalho que há liberdade ampla e irrestrita do STF para utilizar tal ampliação de efeitos e que ela pode ser justificável com base no atual ordenamento jurídico pátrio.

Diante do exposto neste tópico percebe-se que não se confundem a abstrativização dos efeitos de decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade com o instituto da Súmula Vinculante, por terem naturezas diferentes; também não possuem os mesmos efeitos, apesar de se reconhecer que os efeitos da Súmula Vinculante abrange os da abstrativização; e também têm aplicações práticas diferentes, em razão da diversidade de requisitos a que se submetem tanto para autorizar a sua utilização quanto para fazer valer os seus efeitos.

5.2 Não usurpação da competência do Senado Federal: art. 52, X, da CF/88

À primeira vista, pode se pensar que a extensão subjetiva dos efeitos das decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal por iniciativa própria e sem a participação de outros poderes configuraria extrapolação dos limites de competência do Poder Judiciário, ainda mais quando se leva em conta a existência da previsão do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

Este artigo da Constituição confere ao Poder Legislativo a atribuição de ampliar os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade, por meio da suspensão da eficácia do ato declarado inconstitucional:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

A suspensão dos efeitos de ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, na forma do artigo 52, X, da CF/88, é elemento chave do sistema jurídico de controle de constitucionalidade brasileiro, pois permite que convivam aqui as modalidades de controle abstrato e de controle difuso, aquela com efeitos amplos garantidos automaticamente pela Carta Magna, e esta com a amplitude de efeitos também prevista na Constituição.

A princípio pode se pensar que a participação do Poder Legislativo no procedimento de efetiva suspensão dos efeitos de norma declarada inconstitucional é garantia de harmonia entre os poderes e de fortalecimento da democracia, já que este Poder representa a vontade do povo que elege a sua composição.

No entanto, uma análise mais acurada revela que a dependência da suspensão da norma inconstitucional ao crivo de conveniência e oportunidade do Senado Federal caracteriza verdadeira anomalia no sistema do controle de normas frente à constituição, sendo tecnicamente inadequada, além de enfraquecer a atividade jurisdicional e de não contribuir para uma célere resolução de processos.

Nesta linha, cabe explicar que as decisões que julgam a inconstitucionalidade de uma norma têm, no cenário jurídico brasileiro, em conformidade com a doutrina clássica, a natureza declaratória. Assim, entende-se que a decisão em sede de controle de constitucionalidade apenas reconhece uma situação preexistente de incompatibilidade da norma objeto do controle com a ordem constitucional.

Ressalta Luís Guilherme Marinoni¹⁵⁵:

Ora, se as decisões proferidas pelo STF, em controle incidental, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder para atribuir efeitos gerais às decisões de inconstitucionalidade. Como é evidente, ainda que o Senado tenha este poder, o fato de esta Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do STF não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. A omissão do Senado não pode se contrapor à eficácia vinculante da decisão do STF.

Diante disto, além de ser incongruente a restrição dos efeitos da decisão a um único caso concreto, também se mostra inadequada a ‘suspensão’ pelo Senado da norma declarada

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op cit.*, p. 967.

inconstitucional, já que foi reconhecida a sua incompatibilidade e, portanto, fica reconhecida pela decisão a não validade da norma.

A concordância quanto à eficácia temporal da decisão do Senado como retroativa se dá em relação à Administração Pública Federal direta e indireta, em virtude de previsão normativa expressa neste sentido, constante no Decreto n. 2.346/97:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal. (grifamos)

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Outrossim, é atribuída ao Senado a discricionariedade de dar eficácia geral a decisão do Judiciário quanto a normas que não foram produzidas somente por aquele órgão. Em geral serão leis que tiveram necessidade de participação também da Câmara dos Deputados, ou então leis estaduais ou municipais, produzidas por outros órgãos que não poderão opinar agora quanto aos efeitos da suspensão.

Daí conclui-se que a atuação do Senado não guarda relação com a atividade legislativa e com a representação popular, mas se figura como simples etapa de uma manifestação judicial sobre controle de constitucionalidade, especificamente no que toca à ampla produção de seus efeitos.

Tudo quanto exposto somente reafirma a incongruência desta previsão sem, no entanto, resolver o problema com a solução proposta de retroatividade dos efeitos da suspensão, pois continua incoerente a ideia de conceder ao Senado, órgão do Poder Legislativo, a atribuição de decidir sobre os efeitos de uma decisão judicial, exercendo atividade completamente alheia à sua competência originária.

Deve ser reconhecida, no entanto, a utilidade prática do art. 52, X, da CF/88 dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pois, uma vez que a decisão em controle incidental não tem efeitos *erga omnes*, é necessário algum instituto que estenda os efeitos

daquela para permitir unificar a aplicação do relevante entendimento de inadequação constitucional.

Não obstante, esta opção do legislador originário não tem o maior apuro. Há inadequação técnica entre o reconhecimento da invalidade de norma pela decisão de inconstitucionalidade e a necessidade posterior de suspender a sua execução.

Além disto, o Supremo Tribunal Federal é órgão máximo do Judiciário brasileiro e é aquela ao qual a Constituição confere o dever de guarda e interpretação da Constituição Federal, não se mostrando coerente e lógico o não reconhecimento de amplos efeitos a uma decisão que analisa a adequação de uma norma à constituição, tomada pelo Plenário do Tribunal, apenas porque ocorreu em controle difuso.

A discricionariedade do Senado Federal na suspensão da eficácia da lei também pode gerar a estranha situação de uma norma ter sido reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, incompatível com a constituição, mas manter-se válida para as demais situações não apreciadas ainda pelo Poder Judiciário.

É um antagonismo que permitiria a uma norma ser válida e aplicável, mas ao mesmo tempo já reconhecida incompatível com a ordem e princípios constitucionais pelo tribunal competente pela guarda da constituição, o que compromete o sistema jurídico, a aplicação do direito e a sua credibilidade.

Aliás, esta situação foi exatamente o que ocorreu no julgamento da Reclamação 4.335/AC, na qual o Min. Gilmar Mendes entendeu pela necessidade de respeito ao entendimento proferido pelo STF em sede de controle incidental de constitucionalidade para não aplicar a vedação à progressão de regime a crimes hediondos, por violar o princípio constitucional da individualização das penas.

Estas impropriedades geraram muitas discussões acerca da natureza e dos efeitos desta suspensão declarada pelo Senado Federal, assim como geraram controvérsias quanto à discricionariedade do Legislativo para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Também merece destacar que a não atribuição, de ofício, de amplos efeitos à decisão que já reconheceu a inconstitucionalidade de ato normativo gera insegurança jurídica, pois ficam os demais órgãos do Poder Judiciário na incerteza de aplicar o entendimento do Guardião da Constituição ou então da lei ainda vigente por uma questão de ausência de efeitos apropriados à decisão.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵⁶:

De fato, a adoção do método difuso de constitucionalidade das leis, num país em que não se exige a obediência aos precedentes e em que não há a cultura do respeito a eles, está fadada a produzir um quadro caótico, em que a multiplicidade de ‘pautas de conduta’ para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança.

Neste ponto, pode se vislumbrar que o reconhecimento de amplos efeitos a uma decisão que declara inconstitucionalidade contribui para a celeridade do judiciário, à medida em que a unificação do entendimento, além de servir de parâmetro aos demais órgãos, serve como barreira para a admissibilidade de recursos, agilizando o final do procedimento como um todo.

À luz destas razões, esta atribuição conferida ao Senado é vista por muitos como anacrônica e que teria unicamente a função de dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni¹⁵⁷ “exigir a comunicação ao Senado Federal é admitir algo que deixou de ter razão de ser. Não há qualquer razão para se exigir a comunicação do Senado Federal, ao menos para o efeito de se atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade. [...]”

Com base nestas e em outras críticas, o Min. Gilmar Mendes defendeu na Reclamação n. 4.335/AC a mutação constitucional do art. 52, X, para que a sua previsão se adeque às necessidades e tendências de consolidação de uma jurisdição constitucional, por meio da uniformização dos entendimentos jurisprudenciais e fortalecimento do papel do STF enquanto Corte Constitucional.

Este entendimento está bem resumido em artigo de autoria do próprio Ministro Gilmar Mendes¹⁵⁸, intitulado *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional* (2004):

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar

¹⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 171.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 968.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2:aspectos-gerais&download=120:o-papel-do-senado-federal-no-controle-de-constitucionalidade-um-caso-classico-de-mutacao-constitucional>. Acesso em 03/05/2013, às 18:35.

à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia feral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - *publicação a cargo do Chanceler Federal*, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,(2) *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Não bastassem estas razões técnicas trazidas por parte da doutrina e aqui resumidas, também há que ser destacada hipótese na qual a decisão sobre a constitucionalidade não pode ter seus efeitos estendidos por meio de resolução, por fugir da previsão constitucional, criando hipótese anômala na qual não haverá possibilidade de conceder amplos efeitos a uma declaração de inconstitucionalidade, salvo por meio de alteração legislativa ou de utilização de algum dos outros institutos antes referidos.

Esta situação ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, julgando questão constitucional em sede de controle incidental, profere decisão reconhecendo a inconstitucionalidade de norma diferente de lei.

Isto porque podem ser submetidos a controle de constitucionalidade outros atos normativos que não somente a lei, mas o art. 52, X, da CF/88 é enfático em atribuir ao Senado Federal a competência de promover a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional.

Também em razão de o Senado somente poder suspender a execução de lei, fica sem possibilidade de ampliação dos efeitos a decisão em controle incidental que declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é técnica judicial utilizada para que seja possível reconhecer a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação de um ato normativo, sem, no entanto, ensejar a alteração de seu texto recipiente.

Por ser uma técnica relacionada à hermenêutica, sem produzir qualquer alteração no texto, e diante da limitação do Senado a suspender os efeitos de leis, os entendimentos que considerem certas interpretações como inconstitucionais não poderão ter os seus efeitos ampliados para atingir a todos.

Sendo assim, há de novo a incompatibilidade de o Supremo Tribunal Federal poder reconhecer, no controle incidental, a inconstitucionalidade da interpretação de uma norma jurídica e este entendimento ficar adstrito ao processo originário, sendo exigido de outros que vivenciem situação equivalente a necessidade de recorrer ao judiciário por si e, ainda, mais, ver esgotada todas as instâncias processuais legais.

O reconhecimento de amplos efeitos a decisões deste tipo, proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, poderia, ao menos, diminuir o tempo que outras pessoas em situação semelhante teriam uma resposta do Poder Judiciário, além de facilitar uma unificação do entendimento jurídico sobre o tema.

Os argumentos aqui expostos foram defendidos pelo Min. Teori Albino Zavascki, à época em que compunha o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp n. 828.106/SP:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, §1º, redação da Lei 11.232/05: "Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal"). **Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. "A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'", in Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa", apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem "não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988" (MENDES, Gilmar Ferreira. "O papel do Senado Federal no**

controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165). (grifos nossos)

Como demonstrado ao longo deste tópico, este trabalho defende o entendimento de que a abstrativização dos efeitos de decisões em controle incidental de constitucionalidade pelo STF não extirpa competência do Senado Federal, uma vez que se trata de atividade própria de procedimento jurisdicional, além de estar assente com as mais recentes reformas processuais.

Desta forma, melhor entendimento a ser aplicado é que a possibilidade de abstrativização de ofício das decisões proferidas pelo STF no controle difuso é mais adequada ao sistema constitucional como entendido atualmente, não configurando transbordamento da atuação precípua do Poder Judiciário e, portanto, não invadindo parcela de outros Poderes da República.

5.3 Influência na efetividade e proatividade do Poder Judiciário

O controle de constitucionalidade tem importante função sistêmica de, num aspecto técnico-legislativo, manter a coerência do ordenamento jurídico; mas, além disto, tem importante força de política jurisdicional quando permite aos juízes e tribunais, especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF), adequar uma lei aos parâmetros da Constituição.

Por causa deste segundo viés o STF tem atuado nos últimos anos de forma mais marcante, exercendo a função de proferir a última palavra em casos de alto impacto social, ganhando com isto a atenção da mídia e da população como um todo.

Tais situações repercutem diretamente na sociedade em geral, que anseia pela atuação proativa dos Poderes da República de modo a darem respostas às mazelas sociais, além de expandirem e efetivarem direitos. Neste ponto, a atuação mais ativa do Judiciário por meio da extensão dos efeitos de suas decisões e do suprimento de omissões legislativas tem grande relevo social.

Esta atuação mais forte do Poder Judiciário esbarra na esfera de atuação de outros poderes que, por vezes, podem considerar atingida a sua parcela de autonomia.

Tais conflitos já levaram à discussão dos limites da competência do Senado Federal, na forma do art. 52, X, da CF/88, o qual, inclusive, foi alvo de entendimento alterando a sua interpretação por mutação constitucional por força de liminar deferida na Recl. 4.335-5/AC, conforme exposto em capítulo anterior.

Neste panorama, surgiram situações nas quais o STF atribuiu efeitos mais amplos a decisões proferidas em sede de controle incidental. Por um viés, esta atuação demonstra uma maior interatividade da Corte Suprema com os anseios sociais e dá maior credibilidade ao judiciário, que ganha o respeito e apoio da sociedade, já que está atuante na promoção e garantia de efetividade a direitos e garantias constitucionalmente protegidas.

Por outro lado, a expansão da produtividade do Supremo Tribunal causa certa instabilidade na organização do sistema jurídico e político, em especial na relação entre os poderes; notadamente o legislativo.

Também na comunidade jurídica a atuação do judiciário causa alvoroços, especialmente quando se fala da adoção de novo instituto, como o aqui abordado, conforme se depreende das divergentes posições doutrinárias.

Em especial quanto ao tema objeto deste estudo, destacam-se as decisões do STF no julgamento dos Mandados de Injunção de ns. 670 e 712, nos quais se discorreu sobre a efetivação do direito de greve dos servidores públicos.

Neles foi aplicado o pensamento inovador acerca da extensão automática dos efeitos da decisão sem a necessidade de intervenção do Senado, especialmente por se tratar de típico caso de omissão de legislação regulatória, que é tratada por meio do Mandado de Injunção.

O posicionamento do tribunal manifestou tendência de transformação do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, especialmente no que toca aos efeitos das decisões proferidas. Como visto, tal atuação mais proativa, no entanto, não está perfeitamente delimitada, havendo incerteza quanto à extensão subjetiva dos efeitos dos julgados, em especial no caso do controle difuso de constitucionalidade, no qual, em regra os efeitos afetam as partes do processo.

Em meio aos estudiosos do direito estes paradigmas e pensamentos geraram diversas teorias favoráveis e contrárias à consolidação da nova sistemática adotada pelo Tribunal Excelso nestes casos particulares.

No âmbito dos poderes da república, no entanto, esta ampliação dos efeitos das decisões da Suprema Corte impactou os parlamentares, que já tem propostas legislativas para alterar a Constituição permitindo ao Senado sustar a eficácia de atos normativos do Poder Judiciário que ultrapassem o seu poder regulamentar.

Neste sentido, as recentes PEC's de n. 33/2012 e de n. 171/2012 propõe a alteração do art. 49, V, da CF/88 para permitir ao Senado que possa sustar não somente os atos do Poder Executivo, mas também do Poder Judiciário, quanto exorbitarem dos limites do poder regulamentar.

Na justificativa das referidas propostas está previsto expressamente que haveria desequilíbrio entre os poderes, pois o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de atos do poder legislativo, enquanto este não teria medida semelhante em relação ao judiciário.

No entanto, tal previsão provoca verdadeiro desequilíbrio, pois manteria qualquer ato do Poder Judiciário, inclusive o de controle de constitucionalidade, sob o crivo do Poder Legislativo.

Na mesma linha de limitação da atuação do Poder Judiciário está a Proposta de Emenda à Constituição de n. 33/2011, que tramita no Senado Federal e que tem causado celeuma entre os poderes e também tem sido alvo de divulgação pela mídia.

Este projeto é menos incisivo, trazendo previsões mais restritivas, mas de teor moderado, só que também é bem mais amplo, alterando de várias formas o processo de controle de constitucionalidade e de atuação da Corte Suprema.

A primeira sugestão que traz é a ampliação do quórum previsto no art. 97, da CF – cláusula de reserva de plenário, de maioria absoluta para 4/5 dos membros. Tal votação qualificada também passa a ser exigida na aprovação de Súmulas Vinculantes, além de limitar o conteúdo das mesmas ao estritamente previsto nas decisões que a originaram.

Também se prevê a necessidade de deliberação do Congresso Nacional, no prazo de noventa dias para que se aprove o efeito vinculante da súmula, ao fim do qual será reconhecido tacitamente este efeito.

A parte menos moderada e de maior dúvida quanto à possibilidade de aprovação é a interferência direta no processo de controle de constitucionalidade ao prever que: as decisões que declarem a inconstitucionalidade de material de emendas à Constituição Federal não produzem efeitos imediatos e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional e, havendo discordância, será a questão submetida a consulta popular. A proposta também veda, em quaisquer hipóteses, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por meio de medida cautelar.

Em suma, limita completamente a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a Constituição, retirando o caráter jurídico desta análise e fazendo ela repassar por questões políticas ou sociais.

A partir destas questões surge a discussão aqui travada sobre os limites de atuação do STF para abstrativizar estes efeitos sem ofender a separação dos poderes e de modo a manter o sistema de controle de constitucionalidade idealizado pelo legislador, ao tempo em que se procura encaixar tal instituto no atual sistema de controle de constitucionalidade para lhe dar maior efetividade.

Há que se destacar que as propostas de alteração legislativa que poderiam modificar o sistema de controle de constitucionalidade, afetando diretamente o tema discutido, geraram tamanha agitação que foram alvo de medidas judiciais e de refreamento por parte da presidência da Câmara dos Deputados, que vai redobrar a discussão para o prosseguimento das mesmas.

Diante disto, apesar de possível a modificação do ordenamento no que toca ao controle de constitucionalidade, conclui-se que tal medida não se dará num breve espaço de tempo, ou, pelo menos, sem maior discussão que possa, ainda, alterar o conteúdo dos textos das propostas legislativas, em razão do que não há afetação direta na conclusão deste trabalho, mas mereceu nota por decorrer diretamente da discussão aqui analisada.

5.4 Tendência de fortalecimento da jurisdição constitucional e da uniformização do direito brasileiro

Como abordado em outros tópicos, a abstrativização dos efeitos da decisão em controle incidental de constitucionalidade está diretamente integrada às evoluções do poder judiciário nos últimos anos e também às novas tendências que devem ser implementadas pelas iminentes reformas processuais.

Uma primeira linha de reformas processuais realizadas no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988 se voltou para a minimização do problema da morosidade da justiça. Seguindo este ideal de conferir maior celeridade ao judiciário foram criados os juizados especiais por meio da Lei n. 9.099/95; foi realizada ampla reforma do poder judiciário por meio da E.C. n. 45/2004 e foi efetivado o sincretismo processual, por meio das Leis n. 11.232/05 e 11.386/06.

Neste rol merece destaque a E.C n. 45/2004, que caminhou para uma agilização na prestação jurisdicional. Para tanto promoveu uma profunda alteração na estrutura do Poder Judiciário adotando, por exemplo, a extinção das férias coletivas e a inclusão do princípio fundamental que assegura a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, o que balizou diversos posicionamentos jurídicos e mudanças legislativas que seguiram.

A E.C. n. 45/2004 também criou o instituto da Súmula Vinculante e estendeu a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões em controle de constitucionalidade também para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); além disto, criou a exigência da

repercussão geral para limitar a admissibilidade do Recurso Extraordinário, o que também limita os casos que chegam à análise do STF.

Estas mudanças demonstram uma inequívoca tendência em se reduzir a quantidade de processos que chegam à corte superior, também influenciando na agilização dos julgamentos, que poderão ser finalizados por meio da aplicação de entendimentos anteriormente registrados em Súmulas Vinculantes e por meio de efeitos amplos das ações constitucionais como um todo.

As leis 11.418/2006 e 11.672/2008 também inovaram prevendo o julgamento de recursos representativos de controvérsia, os quais servem de paradigma para a formalização de entendimento judicial a ser aplicado em diversos casos com o mesmo teor.

Neste caminho, percebe-se que a possibilidade de ampliação de efeitos das decisões e a vinculatividade destes aos demais órgãos do Poder Judiciário foram medidas-chave adotadas para se alcançar uma maior agilidade nos processos e implementar uma maior uniformização dos entendimentos.

Além da Súmula Vinculante e do ato do Senado Federal, citados pelos Ilustres Professores, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tomada em controle incidental também podem ser ampliados por meio da sistemática de julgamento dos recursos representativos de controvérsia, na forma do art. 543-B, do CPC, o que torna vinculante o entendimento do recurso paradigma julgado, permitindo ao STF, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Isto tudo permite a efetivação de dois ideais: um é o de maior celeridade do judiciário; e outro é o da uniformidade da produção do direito pelos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Um decorre do outro e influencia no outro. A uniformização dos entendimentos judiciais sobre um mesmo tema permite maior segurança jurídica nos julgamentos, garantindo às partes mais respeito ao judiciário e maior possibilidade de planejamento para ajuizar uma ação, além de evitar os aventureiros judiciais que vão a juízo em busca de obterem um entendimento favorável, ainda que não predominante.

Também em razão da uniformização se vela por um maior respeito às decisões dos Tribunais, fazendo com que elas tenham maior teor pragmático e maior efetividade e vinculatividade em relação a outros órgãos do Poder Judiciário, o que facilita e agiliza a aplicação do direito.

Esta uniformização também permite que os processos se encerrem em instâncias inferiores, já que a consolidação dos entendimentos faz valer as cláusulas impeditivas de recurso e evita que os Tribunais julguem todo e qualquer caso sobre um mesmo tema.

Tudo isto demonstra uma tendência de aproximação dos efeitos das decisões em ações de controle de constitucionalidade exercidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e também demonstram a intenção de alinhar os diversos entendimentos do Judiciário brasileiro sobre um mesmo tema, de modo a se aproximar de uma unificação da jurisprudência.

Até hoje esta tendência vem se dando de forma esparsa por meio de diversas reformas processuais, as quais incluíram no processo judicial os institutos de uniformização aqui explanados.

Em relação a isto, cabe destacar que o texto definitivo do novo Código de Processo Civil, que já seguiu para sanção presidencial, inova completamente o sistema jurisdicional brasileiro, trazendo previsões que tendem à vinculatividade das decisões proferidas pelos Tribunais e efetivando a tendência de uniformização da jurisprudência.

Analisando o texto do Novo CPC¹⁵⁹, percebe-se a continuidade desta tendência de uniformização da jurisprudência e de maior respeito ao direito produzido pelos Tribunais.

Ao tratar da ordem dos processos nos Tribunais, o projeto de novo Código confere ao relator a possibilidade de rejeitar o de dar provimento direto ao Recurso caso haja entendimento firmado sobre o tema, nas hipóteses elencadas:

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

V – depois de facultada, quando for o caso, a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

[...]

Nesta linha, há Capítulo próprio tratando do incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas, constando no art. 985 que a tese jurídica julgada no incidente será aplicada a

¹⁵⁹ Parecer n. 1.111, de 2014. Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa) – Novo CPC. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>>. Acesso em: 24/02/2015, às 20:13.

todos os casos processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, além dos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, cabendo Reclamação para o caso de descumprimento da tese fixada.

Seguem os dispositivos que preveem estes institutos:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Outra previsão de importância é a possibilidade de Reclamação ao Tribunal para preservar a sua competência, de Súmula Vinculante ou de tese firmada em julgamento de casos repetitivos:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

§ 1.º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou autoridade se pretenda garantir.

§ 2.º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal; assim que recebida, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

§ 3.º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4.º As hipóteses do inciso III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e a sua não-aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5.º É inadmissível reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão.

§ 6.º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Neste ponto, é preciso comentar que a redação final do Novo Código de Processo Civil, enviada à sanção presidencial, deixou de inovar ao prever expressamente que só caberia Reclamação para a hipótese de garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, o não cabimento da reclamação no caso de decisões proferidas em sede de controle difuso não retira a força destas.

Na verdade, não era de se esperar que fosse cabível o procedimento como remédio para tais casos, pois isto poderia implicar num excesso número de reclamações perante o Supremo Tribunal Federal, que se tornaria instância recursal primária para toda e qualquer decisão que contrariasse entendimento seu proferido em controle difuso de constitucionalidade.

Tal realidade afastaria o Supremo de seu papel de Corte constitucional, além de ir na contramão de tornar este um órgão de cúpula, podendo, ademais, inviabilizar a sua prestação jurisdicional.

Entretanto, a tese da abstrativização dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não foi enterrada pelo texto do novo Código de Processo Civil, muito pelo contrário, pois caberá reclamação contra o descumprimento de tese proferida em incidente de assunção de competência, conforme o citado art. 988, inc. IV e §4°.

Análise cuidadosa da redação final do Código revela a criação deste interessante instituto inovador denominado *Incidente de Assunção de Competência*.

Por meio deste incidente, será possível ao Tribunal submeter julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, que envolvam relevante questão de direito, ainda que sem repetição em múltiplos processos ao órgão colegiado indicado pelo regimento.

A decisão então tomada pelo órgão colegiado competente terá efeito vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários, até que seja revista a tese.

Segue o dispositivo:

CAPÍTULO III DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Este procedimento realiza o mesmo objetivo pretendido pela teoria da abstrativização ora estudada, uma vez que permitirá que o entendimento jurídico disposto no julgamento de recurso individual, remessa necessária ou processo originário seja estendido de forma vinculante a todos os juízes e órgãos fracionários.

O único requisito aqui exigido é que o julgamento envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social, ou seja requisito menos rígido do que o necessário para a edição de Súmula Vinculante, que requer o julgamento de múltiplos recursos.

Poderia até mesmo se dizer que tal instituto de assunção de competência é a efetivação é a efetivação jurídica no Brasil, por via de lei, da ideia de abstrativização dos efeitos de decisões individuais, por meio de um procedimento próprio, submetido a certos requisitos.

Destaque-se que tal procedimento está à disposição de todos os tribunais pátrios, o que implica que, caso utilizado de forma reiterada, fará com que os entendimentos das Cortes se tornem vinculantes, ainda que proferidas em processos individuais, desde que afetados ao julgamento por meio do instituto assunção de competência.

Como visto, caberá, inclusive, Reclamação contra a não aplicação da tese jurídica ali definida ou contra a sua aplicação indevida, o que comprova e efetiva a vinculatividade do entendimento proferido por meio do incidente de assunção de competência.

Frise-se que a tese da abstrativização como imaginada inicialmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina era realizada ao alvedrio do próprio Tribunal, como mera opção de julgamento acerca da extensão dos efeitos da própria decisão.

Difícilmente um instituto com tal repercussão seria internalizado com ampla liberdade ao magistrado do sistema jurídico brasileiro, arraigado por uma aplicação razoavelmente forte do princípio da separação dos poderes, sendo previsível a necessidade de criação de limites ou procedimento próprios para permitir aos Tribunais que estendessem os efeitos de suas próprias decisões.

Na visão deste trabalho, portanto, o incidente de assunção de competência criou verdadeiro procedimento jurídico próprio para integrar a abstrativização dos efeitos de decisões individuais ao sistema jurídico brasileiro.

Pensando a aplicação deste instituto pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, fica claro que o julgamento poderá ser afetado ao

órgão colegiado a ser previsto no Regimento Interno, tornando-se vinculante a tese nele proferida pela Corte.

Ou seja, não se trata mais de um passo para a objetivização do julgamento, mas de verdadeira abstrativização deste, que terá o entendimento nele proferido tornado vinculante.

Por fim, é preciso fazer a ressalva de que tal instituto tem âmbito de vinculatividade menos reduzido do que o das decisões proferidas em controle abstrato, por exemplo.

Isto porque no caso de controle concentrado de constitucionalidade, o efeito é *erga omnes*, atingindo a todos os órgãos de todos os Poderes e tornando-se judicialmente exigível dos particulares.

O incidente de assunção de competência, por sua vez, prevê que o julgamento será vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários, afetando diretamente, portanto, somente o Poder Judiciário.

Indiretamente, entretanto, serão afetados todos os demais poderes e os particulares, uma vez que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por todo o Judiciário brasileiro terá aplicação obrigatória no caso de judicialização de demanda com discussão semelhante.

É, portanto, uma eficácia vinculante direta para os órgãos do Poder Judiciário, que afetará também outros, diante do efeito coercitivo das decisões judiciais sobre a vontade de outros órgãos e de particulares.

Ressalte-se que o §4º, do já citado art. 988, do novo Código de Processo Civil prevê expressamente que o cabimento de reclamação neste caso se dá pela aplicação indevida da tese jurídica e pela sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, o que revela a efetiva vinculatividade do entendimento, da tese discutida, ou seja, a objetivação do julgamento individual afetado ao incidente de assunção de competência.

Com estas medidas os Tribunais terão em seu papel essencialmente a função de produzir o direito, ou seja, de solucionar as controvérsias que surgirem na aplicação do direito pelos órgãos inferiores.

Quando a controvérsia for dirimida pelo Tribunal não haverá, em tese, mais necessidade de discorrer extensivamente sobre situações semelhantes, que passariam a adotar o entendimento firmado.

É claro que tais consolidações são passíveis de revisão, caso o Tribunal venha a mudar seu entendimento sobre o tema ou caso a situação concreta não se adeque ao paradigma firmado.

Com isto, percebe-se que a tendência de linearidade e uniformização das decisões, por meio do fortalecimento dos entendimentos dos tribunais e vinculatividade dos mesmos, é tendência que será, em breve, realidade no ordenamento brasileiro.

5.5 Desnecessidade de alteração legislativa para aplicar a abstrativização

Por fim, breve digressão levemente crítica deve ser abordada.

Pode se pensar que, apesar de reconhecer a compatibilidade, a importância e os benefícios da abstrativização para os princípios constitucionais e a tendência de uniformização do ordenamento e do processo jurisdicional, entenda que a aplicação deste instituto não prescinde de inovação legislativa, não podendo ser aplicado por nova interpretação *lege lata*.

É certo que inexistente previsão legislativa para que o Supremo Tribunal Federal conceda amplo efeito às decisões por ele proferidas no controle incidental; e também se sabe que tal procedimento, apesar de possuir caráter jurisdicional, foi conferido ao exercício do Senado Federal por meio de Resolução.

Não se olvida nenhum destes pontos, mas deve restar claro que em nenhum momento há vedação legal para que o STF passe a exercer este papel o que, se existisse, indicaria, aí sim, a necessidade de reforma legislativa.

Nessa linha, a inexistência de vedação legal e a existência de fundamentos principiológicos e normativos diversos, tanto no sistema jurídico em geral, quanto na própria legislação posta, podem ser concebidas como justificativa para a modificação do panorama concebido originalmente pelo constituinte originário em relação à eficácia das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Nesta análise, há que se atentar para o fato de ser extremamente necessária à manutenção e bom funcionamento do sistema jurídico de controle de normas face a constituição que haja a previsão de algum instituto que permita a dotação de efeitos amplos à decisão de inconstitucionalidade em sede incidental.

E tal competência foi atribuída ao Senado Federal pelo legislador originário, pois assim concebeu como mais adequado, mas o fim a ser preservado com aquela opção pode ter sua valorização desvanecida nos dias atuais, o que justifica o ensejo de mudança no procedimento original.

O esvaziamento da função hoje realizada pelo Senado pode trazer malefícios ao sistema jurídico, que fica incongruente, além de ir na contramão dos institutos atuais de

direito processual e constitucional; diante do que não pode o judiciário ficar à mercê de solução de lege ferenda, podendo buscar, como tem feito em diversas ocasiões, alternativa que seja compatível com a constituição e seus princípios e que não caracterize excesso de poder.

Uma reforma legislativa garantindo maior maleabilidade à extensão dos efeitos das decisões do STF em controle incidental seria muito bem-vinda, mas, em sua ausência, não há empecilho que negue a possibilidade de o Tribunal recuperar em parte esta atribuição, desde que isto seja compatível com a ordem constitucional como um todo e seus princípios, requisito este que é atendido, conforme se vê em grande parte da doutrina e também pelo próprio doutrinador que elaborou a crítica agora combatida.

Diante disto, inexistindo vedação legal, e estando de acordo com o ordenamento jurídico e a efetivação dos princípios da ordem constitucional vigente, além de ser necessária, a adoção de novo instituto como o da abstrativização, traz grande evolução ao sistema de controle constitucional das normas, devendo ser incentivado e discutido de modo que se implemente sem exageros ou excessos no exercício das competências de cada Poder da República.

6. CONCLUSÃO

Com base no estudo desenvolvido é possível estabelecer os seguintes tópicos conclusivos, de acordo com a análise sistemática dos temas tratados em cada capítulo e do resultado final do trabalho.

As grandes famílias de *common law* e *civil law* influenciaram sobremaneira a formação e evolução do direito nos países que as adotaram, o que também repercutiu nos sistemas de controle de constitucionalidade.

O papel da jurisprudência ao longo do tempo variou conforme a situação e conformação política. Por um tempo foi claramente desvalorizada e limitada por serem os juízes confundidos com o próprio estado, o que fez com que tivessem pouquíssima liberdade após as Revoluções Liberais com tendência de limitação do poder soberano.

A restrição do direito a preceitos puramente legislativos visou a conferir maior segurança e evitar arbítrios por parte da produção jurisprudencial, no entanto, se mostrou insuficiente, tornando necessária uma revalorização da atividade jurisprudencial, o que se deu por meio da própria atuação mais expansiva dos tribunais e também pela conferência, a partir da própria lei, de institutos fortalecedores do direito produzido pelos juízes.

Este entendimento perpassa pela diferenciação entre os dois grandes sistemas de direito que se originaram a partir das famílias de tradição romano-germânica (baseada na lei como fonte primária) e de tradição anglo-saxã (baseada na produção judicial como fonte primária).

Este caminhar para uma valorização da produção jurisprudencial revela uma natural tendência de fortalecimento das decisões proferidas pelos tribunais em especial no caso aqui analisado de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade.

Nessa linha, é certo que o sistema de controle de constitucionalidade surgido no Brasil se baseou precipuamente no modelo norte-americano, mas sofreu influências do modelo austríaco. A partir disto desenvolveu-se com um caráter misto, mas com particularidades surgidas em razão da organização judicial e política do país, as quais foram moldando, por meio da doutrina e jurisprudência, o sistema até o que se tem nos dias de hoje.

Na evolução deste sistema pátrio de controle de constitucionalidade, adotando ideais e paradigmas de celeridade e uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, o Supremo

Tribunal Federal chegou a entender que poderia, por si, conferir amplos efeitos às decisões de inconstitucionalidade por ele proferidas em sede de controle difuso.

A chamada abstrativização dos efeitos de decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade não se confunde com outros institutos tendentes à ampliação dos efeitos de decisões concretas, como a Súmula Vinculante e o Julgamento de Recursos Repetitivos, tendo, portanto aplicações práticas diferentes, em razão da diversidade de requisitos a que se submetem tanto para autorizar a sua utilização quanto para fazer valer os seus efeitos.

A abstrativização de efeitos de decisões em controle incidental de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não subtrai competência do Senado Federal, uma vez que se trata de atividade própria de procedimento jurisdicional, além de estar assente com as mais recentes reformas processuais, em razão do que não se pode dizer que invada parcela de outros poderes e é compatível com a separação harmoniosa entre eles.

O instituto da abstrativização está em consonância com as reformas processuais efetivadas nos últimos anos, na constante busca pela celeridade processual, além de garantir maior segurança ao judiciário, por trazer a possibilidade de maior uniformização do entendimento produzido pelo direito pátrio através dos Tribunais; do mesmo modo garante maior agilidade ao julgamento pelos órgãos fracionários, que terão paradigmas firmados para o julgamento das questões constitucionais.

O Supremo reconheceu a existência da tese e a sua utilização em casos pretéritos da corte, no entanto, não acolheu expressamente a teoria de abstrativização dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso, quando da análise da RC n. 4.335-5/AC, julgada em 20 de março de 2014.

A análise dos votos do Ministro Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, revela que há simpatia dos membros do Supremo Tribunal Federal com a ideia de vinculação de suas decisões como precedentes e da possibilidade de conferir eficácia expansiva ou *ultra partes* a decisões proferidas, inclusive em controle difuso de constitucionalidade.

A tese, no entanto, não foi relegada ou declarada como inviável, mas apenas não aplicada no caso em análise, o que se deu em virtude da superveniência de Súmula Vinculante sobre o fundo de mérito da citada Reclamação, permanecendo, portanto, válida e cabível a discussão doutrinária sobre o cabimento e aplicabilidade da teoria.

Rejeitou-se, isto sim, a ideia de mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 que, na visão dos novos Ministros, permaneceria aplicável, sem

prejuízo da possibilidade de a Corte atribuir maior eficácia a suas decisões proferidas em controle difuso.

Destaque-se, ainda que o ordenamento pátrio já dispõe de diversos institutos que tem semelhante efeito à tese da abstrativização, limitados, no entanto, aos casos nos quais cabíveis, a exemplo da repercussão geral exigida na análise de recursos extraordinários e da súmula vinculante, que somente pode ser editada após múltiplas decisões sobre questão constitucional.

Ficam à deriva, no entanto, situações como a apreciação de inconstitucionalidade incidental em Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e Ações Originárias no Supremo Tribunal Federal, em relação às quais seria aplicável a expansão dos efeitos da decisão.

Na linha destas evoluções, o texto final do Novo Código de Processo Civil, encaminhado para sanção presidencial contém instituto denominado *Incidente de assunção de competência*, o qual, de forma resumida, permite a generalização, ou objetivação do entendimento jurídico fixado no julgamento de processo individual, ainda que sem repetição de julgados, mediante afetação do processo a órgão colegiado definido no regimento interno da corte e mediante o reconhecimento da existência de questão social relevante.

Tal instituto é verdadeiro procedimento legal para permitir a extensão de efeitos de uma decisão tomada em sede de demandas individuais, sendo perfeitamente utilizável nos casos que envolvam controle difuso de constitucionalidade, em especial aqueles não submetidos à Repercussão Geral, como o julgamento de ações originárias no Supremo Tribunal Federal, assim como recursos em habeas corpus e outras ações e recursos ordinários constitucionais.

Conclui-se, portanto, pela compatibilidade do instituto da abstrativização dos efeitos de decisões, inclusive no que toca ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo aceitação já legalmente prevista pelo novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de Castro; TAVARES, André Ramos. *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da jurisdição constitucional; estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle Jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer n. 1.111, de 2014*. Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa) – Novo CPC. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>>. Acesso em: 24/02/2015, às 20:13.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 171/2012*. Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Público que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=992121&filename=PEC+171/2012>. Acesso em 03/05/2013, às 19:15.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2011*. Estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=839055&filename=PEC+3/2011>. Acesso em 03/05/2013, às 19:08.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2011*. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=410E3C3DC1957BFF88F3C7EB9D5956CD.node2?codteor=837273&filename=PL+33/2011>. Acesso em 03/05/2013, às 19:00.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:00.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:35.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:55.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:15.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:28.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:55.

_____. *Decreto Lei n. 6.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 21/07/2014, às 20:45.

_____. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:37.

_____. *Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1986*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc03-1926.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:20.

_____. *Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:05.

_____. *Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 18:19.

_____. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:15.

_____. *Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894*. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 17:15.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 20/01/2014, às 19:45.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 828.106/SP*, acórdão relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 15/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2361882&sReg=200600690920&sData=20060515&sTipo=91&formato>. Acesso em 05/05/2013, às 18:17.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*, Acórdão relatado pelo Min. Marco Aurélio, Publicado em 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79206>>. Acesso em 05/05/2013, às 17:40.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*, Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto, Brasília/DF, 14/10/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>>. Acesso em: 20/01/2014, às 15:24.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional n. 4.335/AC*, Decisão Monocrática do Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005274&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 05/05/2013, às 17:32.

_____. Supremo Tribunal Federal, Rcl 4335, Informativo n. 463. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em 21 de janeiro de 2015, às 20:40.

_____. Supremo Tribunal Federal, Rcl 4335, *Informativo n. 739*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em 21 de janeiro de 2015, às 20:40.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 361.829-ED*, Acórdão relatado pela Min. Ellen Gracie, Publicado em 19.02.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=361829&classe=RE-ED>>. Acesso em 05/05/2013, às 17:55.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. In: Revista de Informação Legislativa, 50:55-64, Brasília, 1976.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Mutação Constitucional*. Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COUTO, Mônica Bonetti. *O Supremo Tribunal Federal e a Repercussão Geral no Direito Processual Civil Brasileiro: Notas de Relevância*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_05_2557_2604.pdf> Acesso em: 18/01/2014, às 00:52.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 7 ed., Salvador: Juspodivm, 2014.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 48.

DIAS, Cibele Fernandes. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. *Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LEAL, Roger Stiefelman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common Law e a necessidade de respeito aos precedentes*. Revista de Processo. vol. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 08/12/2014, às 16:35.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADOZ, Wagner Amorim. *O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 119.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *O controle incidental de norma no direito brasileiro*. Publicado em fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=3:controle-concreto-de-normas&download=85:o-controle-incidental-de-normas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 05/05/2013, às 18:23.

_____. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2:aspectos-gerais&download=120:o-papel-do-senado-federal-no-controle-de-constitucionalidade-um-caso-classico-de-mutacao-constitucional>. Acesso em 03/05/2013, às 18:35.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Economia e mutação constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

NOGUEIRA, Rubem. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estêvão de Rezende Martins, 3ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAATZ, Igor. *Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro*. Revista de processo. V. 36. N. 199, Setembro de 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Technos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

2.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Paulo. *Relatório do Deputado Paulo Teixeira com parecer sobre os Projetos de Lei 6.025/2005 e PL 8.046/2010*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em 03/05/2013, às 18:45.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEHWEG Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo. Vol. n. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21854371/86142167/name/Teresa+Wambier+-+S%C3%BAmula+Vinculante.pdf>>. Acesso em: 08/12/2014, às 17:10.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.