



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOÃO CÁSSIO ADILEU MIRANDA**

**A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO: UMA POSSÍVEL  
GARANTIA DA UNIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE  
DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EXERCIDO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador, Bahia

2018

**JOÃO CÁSSIO ADILEU MIRANDA**

**A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO:** UMA POSSÍVEL  
GARANTIA DA UNIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia,  
como requisito de obtenção do diploma de Bacharel em  
Direito, sob orientação do Professor Doutor Gabriel Dias  
Marques da Cruz.

Salvador

2018

**JOÃO CÁSSIO ADILEU MIRANDA**

**A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO: UMA POSSÍVEL  
GARANTIA DA UNIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito de obtenção do diploma de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz.

Aprovado em: \_\_ de julho de 2018.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Orientador: Professor Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz.  
Universidade Federal da Bahia

---

Professor Doutor Fábio Periandro de Almeida Hirsch  
Universidade Federal da Bahia

---

Professor Mestre André Luiz Batista Neves  
Universidade Federal da Bahia

## AGRADECIMENTOS

Vejo o momento de dizer adeus (ou até logo) à faculdade cada vez mais próximo. Olho para trás e reconheço que a minha trajetória fez da Egrégia um lar.

Não foi fácil, mas certamente me tornei mais forte para encarar a realidade, que também não pegará leve comigo.

Aproveito a oportunidade para agradecer às pessoas que foram imprescindíveis para que eu encerrasse essa fase crucial de minha vida com uma sensação de dever cumprido – ainda que não cite o nome de todos.

Agradeço aos meus pais, Cássio e Sofia, sempre presentes, pelo amor incondicional, pelos ensinamentos e exemplos de justiça, honestidade e resiliência. Agradeço a meu irmão Caio por estar ao meu lado a todo o momento, mesmo a dois mil quilômetros de distância.

Agradeço à minha avó, aos meus tios, especialmente Bira (*in memoriam*), tias, primos e primas pelo apoio e por terem sido fundamentais no desenvolvimento de meu caráter.

Agradeço à minha alma gêmea e melhor amiga Carol, com quem fui colega durante toda a graduação, por ter suavizado o nosso trajeto com tanto amor e carinho.

Agradeço a dona Ivone, pela afeição digna de família.

Agradeço ao Professor Gabriel Marques, meu orientador e mentor acadêmico desde o princípio do GPCC, por toda a atenção e ensinamentos durante esses anos.

Agradeço às minhas amigas do CSP, do Mendel, da faculdade, do TRC, do estágio e da vida, pelo companheirismo, tanto às duradouras, quanto às fugazes.

Agradeço a todos os meus professores, sobretudo a Joseane Suzart, a Salomão Viana e a Sebastian Mello.

Por fim, porém não menos importante, agradeço a Jerônimo Mesquita e a Yuri Arléo, pela orientação e ensinamentos valiosos à minha futura carreira jurídica.

MIRANDA, João Cássio Adileu. *A cláusula de reserva de plenário: uma possível garantia da unidade de fundamentação decisória no controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Supremo Tribunal Federal*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

A presente pesquisa estuda a cláusula de reserva de plenário, no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de um método dogmático-jurídico. Proponho a interpretação da cláusula de reserva de plenário como a exigência do voto da maioria absoluta dos membros de um Tribunal, pelas mesmas razões determinantes, para anular uma lei inconstitucional. Isso garantiria a unidade de fundamentação decisória dos julgados do Supremo Tribunal Federal e, portanto, a adequada aplicação dos precedentes obrigatórios do Código de Processo Civil e o respeito ao efeito vinculante de suas decisões, o qual vem sendo atribuído ao controle concreto-difuso de constitucionalidade. Para tanto: analisei os elementos do processo decisório do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade que implicam na ausência de unidade de fundamentação decisória em seus acórdãos; fiz um estudo detido da cláusula de reserva de plenário, sobretudo quanto aos seus fundamentos, conteúdo normativo e hipóteses de inaplicabilidade; reflito sobre os efeitos e limites das decisões desconstitutivas de lei inconstitucional, estabelecendo relação com os precedentes formalmente vinculantes; e, por fim, justifico a proposta do trabalho sob o prisma do positivismo jurídico.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade; cláusula de reserva de plenário; unidade de fundamentação decisória; efeito vinculante; precedente vinculante.

MIRANDA, João Cássio Adileu. *The full bench rule: a possible guarantee of a unique ratio decidendi on the brazilian's Supreme Court judicial review*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

### **ABSTRACT**

This research studies the full bench rule application in the judicial review of legislation by the Brazilian Supreme Court, through a legal-dogmatic method. I suggest that the full bench rule should be interpreted as the demand that a law must only be ruled as void for its unconstitutionality by the vote of the majority of six members of the Supreme Court and by the same reasons. This would guarantee a unique *ratio decidendi* of its cases and, therefore, the due application of the binding precedents established in the Civil Legal Procedure Statute and the respect of the binding force of its decisions, which has been recognized indistinctly on the judicial review. Thus, I analyzed the decision-making process' elements that imply on the absence of a unique *ratio decidendi* on the Supreme Court's decisions; I studied the full bench rule specifically, mainly its constitutional grounds, legal content and inapplicability cases; I also investigate the effects and limits of the judicial review's decisions, stablishing a comparison with the formally binding precedents; and, finally, I justify this paper's proposition under a legal positivism perspective.

**Keywords:** Judicial review; full bench rule; unique *ratio decidendi*; binding force; binding precedent.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

AC – Acre

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AP – Amapá

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CPC – Código de Processo Civil

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

Ed. – Edição

ED – Embargos de Declaração

Jr. - Júnior

Min. – Ministro(a)

Nº – Número

*Op. cit.* – *opus citatum* (obra citada)

P. – Página(s)

PE – Pernambuco

PR – Paraná

QO – Questão de Ordem

Rcl – Reclamação Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator(a)

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RJ – Rio de Janeiro

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

V. – Volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 O PROCESSO DECISÓRIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>15</b>
2.1 O MODO DE FORMAÇÃO E DE MANIFESTAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA ..	18
2.2 O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DO VOTO DO MINISTRO RELATOR .....	21
2.3 A CAUSA DE PEDIR ABERTA E A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PEDIDO .....	22
<b>3 A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO .....</b>	<b>26</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO .....	26
3.2 CONTEÚDO NORMATIVO .....	30
<b>3.2.1 Regra de competência e “quórum” de votos .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2.2 Requisito de validade dos acórdãos que desconstituem lei inconstitucional .....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.3 Requisito para a atribuição do efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade .....</b>	<b>33</b>
3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL .....	34
<b>3.3.1 Presunção de constitucionalidade das leis .....</b>	<b>34</b>
<b>3.3.2 Supremacia constitucional e segurança jurídica .....</b>	<b>35</b>
3.4 HIPÓTESES DE INAPLICABILIDADE .....	37
<b>3.4.1 Declaração de constitucionalidade.....</b>	<b>37</b>
<b>3.4.2 Decretação de inconstitucionalidade por Juízo de 1º grau .....</b>	<b>40</b>
<b>3.4.3 Juizados Especiais .....</b>	<b>40</b>
<b>3.4.4 Decisão de inconstitucionalidade com base em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal .....</b>	<b>41</b>
<b>3.4.5 Norma anterior ao parâmetro do controle de constitucionalidade .....</b>	<b>43</b>
<b>3.4.6 Tutela de urgência.....</b>	<b>45</b>

<b>3.4.7 Acórdão de Turma do Supremo Tribunal Federal que decreta lei inconstitucional incidentalmente .....</b>	<b>46</b>
<b>4 EFEITOS E LIMITES DA DECISÃO DESCONSTITUTIVA DE LEI INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>48</b>
4.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	48
4.2 NATUREZA DE UMA DECISÃO JUDICIAL QUE JULGA LEI INCONSTITUCIONAL .....	49
4.3 EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO-CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	54
<b>4.3.1 Limites objetivos do efeito vinculante e a diferenciação da eficácia erga omnes ....</b>	<b>54</b>
<b>4.3.2 Limites subjetivos do efeito vinculante.....</b>	<b>59</b>
4.3.2.1 Efeitos vinculantes sobre o Poder Executivo.....	60
4.3.2.2 Ausência de vinculação do Poder Legislativo .....	60
4.3.2.3 Ausência de autovinculação do Supremo Tribunal Federal .....	62
4.4 EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCRETO-DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	63
<b>4.4.1 O esvaziamento do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade ..</b>	<b>65</b>
4.4.1.1 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade visto pela doutrina..	65
4.4.1.2 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade visto pelo STF contemporâneo .....	68
<b>4.4.2 O regime jurídico do recurso extraordinário .....</b>	<b>71</b>
4.5 A RELAÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS .....	73
<b>4.5.1 Os precedentes no Código de Processo Civil.....</b>	<b>73</b>
<b>4.5.2 Os precedentes formalmente vinculantes e os efeitos do controle de constitucionalidade .....</b>	<b>76</b>
<b>5 ALTERNATIVA À ATUALCOMPREENSÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO .....</b>	<b>79</b>

<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional impõe desafios aos seus intérpretes, à vista da grande abertura semântica dos enunciados constitucionais.

Ao interpretar a Constituição de 1946, Lúcio Bittencourt já notava que a “Constituição é uma obra eclética, onde as transigências se sucedem, impedindo a cristalização de um sentido único, puro e unilateral.”<sup>1</sup>

A interpretação constitucional não é restrita a juristas ou agentes públicos, mas é potencialmente exercida por todos<sup>2</sup>.

É possível que cada compreensão normativa individual reflita, em certa medida, a moralidade política própria do intérprete, irradiado por sua trajetória no tempo e espaço, bem como pela moralidade política enraizada na instituição que faz parte – as quais podem divergir<sup>3</sup>.

Sobretudo diante de casos difíceis, a coexistência de interpretações divergentes com igual correção jurídica é plenamente possível.

Nesse diapasão, defender uma única interpretação correta em matéria constitucional é temerário.

No entanto, essa pluralidade se torna problemática no exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo STF<sup>4</sup>. Isso porque as suas decisões podem ser dotadas de eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e repercussão geral.

A problemática supra é relevante em razão da consequência dos referidos atributos das decisões em controle de constitucionalidade: o que os membros da Corte acordarem sobre a (in)constitucionalidade de um ato normativo pode vincular sujeitos que sequer participaram da deliberação judicial.

Isto é, a interpretação constitucional é centralizada no STF.

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 54.

<sup>2</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.24.

<sup>3</sup> Cabe explicar que interpretei o texto de Dworkin extensivamente. A literalidade de sua redação trata especificamente do reflexo da moralidade política dos juízes e da tradição do *common law* em quaisquer decisões judiciais, e não da interpretação constitucional por qualquer sujeito. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 86.

<sup>4</sup> O recorte do presente trabalho abarca apenas o controle de constitucionalidade das leis (e demais atos normativos). Não incluí a inconstitucionalidade por omissão por uma opção metodológica e prática, embora eu reconheça que a sua discussão enriqueceria a pesquisa.

Privilegia-se um único posicionamento institucional em prejuízo de um universo de interpretações possíveis, em virtude da supremacia da Constituição, da segurança jurídica e da integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência constitucional.

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade é posta em xeque por questões como a sua centralização interpretativa e o seu caráter contramajoritário. Esse cenário se agrava ao levar em consideração o processo decisório do STF e, reitero, os atributos de suas decisões colegiadas.

Registro que não tenho como objetivo negar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade neste trabalho. Pelo contrário. Parto do pressuposto que o controle de constitucionalidade é, sim, legítimo. Especialmente se exercido pelo STF – o guarda da Constituição.

Dentre as diversas questões que envolvem o processo decisório do STF, criticarei, com foco no controle de constitucionalidade das leis, a atual compreensão da cláusula de reserva de plenário, que consiste na exigência do voto da maioria absoluta dos membros da Corte para que uma lei seja decretada inconstitucional, no tocante ao dispositivo do acórdão.

Não se exige, porém, que os membros da Corte também acordem quanto aos fundamentos da decisão – o que será questionado aqui à luz dos elementos positivados do controle de constitucionalidade das leis.

Nesse diapasão, a identificação da *ratio decidendi* e dos fundamentos determinantes de diversos julgados do STF pode ser uma tarefa árdua. Uma lei pode ser decretada constitucional por razões diferentes contidas em cada voto dos Ministros – prejudicando a formação de um posicionamento institucional da Corte.

Não obstante, a ausência de uma unidade de fundamentação decisória<sup>5</sup> não é regra nos julgados do STF. A *ratio decidendi* é identificável pelo voto do relator na maioria dos casos, considerando a quantidade de votos registrados em ata<sup>6</sup>, o que não afasta a relevância da problemática.

O segundo capítulo deste artigo trata dos elementos do processo decisório do STF que influenciam à falta de unidade de fundamentação decisória da Corte, excluída a cláusula de reserva de plenário.

---

<sup>5</sup> Utilizarei a expressão unidade de fundamentação decisória para me referir às decisões colegiadas sem divergência de fundamentação. Dou o crédito da expressão a Gabriel Dias Marques da Cruz, que a sugeriu em substituição à unidade decisória, locução pela qual eu me referia ao fenômeno antes.

<sup>6</sup> KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, p. 103, 2014.

O terceiro capítulo aborda a cláusula de reserva de plenário, expondo a sua existência histórica, o seu conteúdo normativo, o seu fundamento constitucional, bem como as hipóteses de inaplicabilidade.

O quarto capítulo cuida dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade, sobretudo o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*, relacionando aquele com os precedentes obrigatórios do Código de Processo Civil.

Por fim, o quinto capítulo trata da minha proposição resultante da pesquisa: a interpretação da cláusula de reserva de plenário como a exigência do voto da maioria absoluta dos membros de um Tribunal para decretar uma lei inconstitucional pelas mesmas razões determinantes.

## 2 O PROCESSO DECISÓRIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As normas internas referentes à organização e aos procedimentos de uma determinada Corte incentivam a deliberação racional entre os seus membros<sup>7</sup>, bem como refletem no exercício do controle de constitucionalidade.

Adoto o conceito de deliberação de Conrado Hübner Mendes, qual seja a “forma exigente de interação no processo de tomada de decisão, por meio do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e alcançar um consenso”, a fim de se encontrar a melhor solução jurídica para o caso, com o mínimo dissenso<sup>8</sup>.

Em outras palavras, o potencial e o desempenho deliberativo de um Tribunal depende de suas condições institucionais<sup>9</sup>, de modo que o processo decisório não é um fim em si mesmo, e, sim, uma forma de aplicação e produção de normas constitucionais válidas.

Portanto, sob o prisma normativo, os problemas no processo decisório prejudicam a capacidade de um Tribunal produzir autênticos precedentes constitucionais<sup>10</sup> (regras jurídicas) e de atribuir efeito vinculante às suas decisões<sup>11</sup>.

Relativamente ao STF, Virgílio Afonso da Silva identifica a ausência de troca de argumentos entre Ministros, a carência de decisões que veiculam a opinião da Corte objetivamente e a ausência de unidade institucional e decisória – problemática pertinente ao presente trabalho<sup>12</sup>.

Este tópico cuidará de elementos normativos do processo decisório do STF que auxiliam a compreender a causa e influência da atual concepção da cláusula de reserva de plenário, sem, no entanto, a intenção de esgotá-los.

---

<sup>7</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 559. 2013.

<sup>8</sup> MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte deliberativa. In: GORZONI; Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60-64.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 564.

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte deliberativa. In.: GORZONI; Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

<sup>11</sup> VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 336.

<sup>12</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 217, 2009.

Privilegio, pois, os que se relacionam com o problema da falta de unidade da fundamentação decisória do STF<sup>13</sup>: I) o modelo de formação e manifestação da decisão colegiada; II) o momento de apresentação do voto do Ministro Relator; III) a causa de pedir aberta e a flexibilização do princípio do pedido.

Considerando estes outros fatores, deduzo que a mudança da interpretação da reserva de plenário não traria solução para todos os problemas do STF em relação à deliberação e formação de uma jurisprudência coesa.

Devido à natureza jurídico-dogmática do presente trabalho, não irei abordar a influência negativa da “TV Justiça”, conta do twitter, do *YouTube* do STF e afins no comportamento do Ministros nas sessões de julgamento<sup>14</sup>, já que não podem ser classificados como fatores jurídico-normativos.

De qualquer sorte, não se pode olvidar que essa divulgação da atividade do STF facilita o acesso à informação pelo cidadão comum e contribui com a democratização do Judiciário<sup>15</sup>.

Cabe explicar o que considero como pesquisa jurídico-dogmática. Para os fins deste trabalho, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., também considero que:

[...] a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.<sup>16</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Jr. classifica a dogmática jurídica em três modelos inter-relacionados: I) a dogmática analítica, que entende o Direito “como uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista”; II) a dogmática hermenêutica, que compreende o direito como a atividade interpretativa do

---

<sup>13</sup> Para o estudo dessa falta de unidade institucional em julgados específicos, recomendo a leitura de CARDOSO, Evorah Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 9, p. 21-44, 2009.

<sup>14</sup> Crítica feita em: MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. *Entre a transparência e o populismo judicial. Folha de S. Paulo, Tendências e Debates*, p. 3, 11 maio 2009.. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>. Acesso em 28 de maio de 2018; VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 329-344.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, p. 10-11, 2010/2011.

<sup>16</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 82.

comportamento humano; III) a dogmática da decisão ou da argumentação, de caráter empírico, encarando a norma como um procedimento decisório de controle humano<sup>17</sup>.

Nessa lógica, Robert Alexy atribui três dimensões à pesquisa dogmática, conferindo caráter prático a esta, quais sejam: I) a analítica, que estuda os conceitos do Direito e a relação deles entre si; II) a empírica, ao pôr os olhos na interpretação e aplicação do Direito pelos Tribunais, no caso, na jurisprudência do STF; e III) a normativa, dimensão que propõe solução adequada ao problema enfrentado – sem excluir, todavia, a possibilidade de existirem outras<sup>18</sup>.

Assim sendo, analiso a problemática da pesquisa a partir de uma perspectiva fundamentalmente dogmática, mediante o estudo doutrinário de elementos internos do Direito, dentre os quais incluo as decisões do STF, e a proposta de uma solução ao problema.

Registro que essa dogmática jurídica parte de uma compreensão positivista do Direito *stricto sensu* estrito, pois não prescinde do estudo das normas jurídicas postas validamente pelo Estado. As referências a Robert Alexy não descaracterizam essa natureza, cujo moralismo jurídico será abordado no capítulo 5.

Perfilho um positivismo jurídico *stricto sensu* próximo ao idealizado por Dimitri Dimoulis, visto que separo Direito da política e da moral – sem negar o caráter político da doutrina, por não ser interpretação autêntica<sup>19</sup>.

A dogmática positivista é bifásica: a definição e interpretação do Direito (gramatical e sistemática) é diferenciada de sua análise crítica. Isso é feito por meio de três comportamentos: I) o distanciamento na enunciação, qual seja a narrativa em estilo indireto usando um verbo declarativo; II) a proibição de correção, qual seja a autocontenção do intérprete em corrigir a vontade do legislador com base em avaliações de correção moral, devendo descrever a norma jurídica como ela é; III) a distinção entre o papel do intérprete e o papel do cidadão, consistente no dever de distinguir a descrição da opinião crítica do intérprete<sup>20</sup>.

Isso não significa que o positivismo não é valorativo<sup>21</sup>. A análise dogmática de um instrumento de poder, o Direito, não é politicamente neutra. Reconheço que a manifestação da moralidade política é de difícil controle, mormente no Direito Constitucional.

---

<sup>17</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91-92.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33-34.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 96.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, p. 70.

<sup>21</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 71.

Mesmo assim, Dimitri Dimoulis demonstra a vantagem cognitiva do positivismo jurídico, que se aproxima do ideal de certeza na identificação e descrição das normas jurídicas postas, ao não impor requisitos de validade atrelados a valores como democracia, moral e justiça, os quais prejudicam a segurança jurídica como previsibilidade das consequências jurídicas de uma conduta<sup>22</sup>.

## 2.1 O MODO DE FORMAÇÃO E DE MANIFESTAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA

O presente item é o de maior relevância para o tópico sobre o processo decisório do STF, qual seja o modo de formação e de manifestação da decisão colegiada.

Conforme Conrado Hübner Mendes:

Do ponto de vista formal, uma decisão deliberativa pode se manifestar tanto como uma voz única (*single voice*) quanto num formato de múltiplas vozes (*multiple voice*). Ela pode ser uma pura *seriatim*, uma *per curiam* ou ficar em algum ponto intermediário entre os dois extremos, no qual se pode encontrar uma decisão colegiada com votos concorrentes e dissidentes ao lado da opinião da corte<sup>23</sup>.

Em outras palavras, as decisões colegiadas podem se manifestar como a soma de votos dos membros do Tribunal (*multiple voice* ou *seriatim*), os quais são expostos em sequência no texto, ou como uma decisão unitária do Tribunal (*single voice* ou *per curiam*).

A manifestação das decisões colegiadas do STF está enquadrada na categoria *seriatim*, embora haja um posicionamento institucional da Corte consubstanciado no acórdão e na ementa. Este posicionamento é formado pela soma de votos e comporta os entendimentos divergentes ou concorrentes dos Ministros. Todos os votos dos Ministros (e os debates orais) são publicados com decisão, ainda que o julgamento seja unânime<sup>24</sup>.

O resultado do julgamento consiste na agregação dos votos concordantes quanto ao dispositivo do acórdão, incluindo os votos concorrentes – aqueles que aderem ao voto vencedor, mas não à sua fundamentação<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, p. 81.

<sup>23</sup> MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte deliberativa. In.: GORZONI; Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65.

<sup>24</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 568, 2013.

<sup>25</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil (vol. 3)*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 41.

Permite-se, então, as decisões plurais, sem fundamentos sustentados por uma maioria<sup>26</sup> e com o voto vencido também integrando o acórdão<sup>27</sup>, posto que a tomada de decisão é baseada na lógica da maioria formada pela soma de votos, e não em um acordo construído deliberativamente que resulte em uma única decisão consistente<sup>28</sup>.

Reitero que o acórdão e a ementa são, em certa medida, produzidos coletivamente pela Corte<sup>29</sup>. A decisão escrita deve ser guiada pela identidade institucional do Tribunal, qual seja, nas palavras de Conrado Hübner Mendes:

O esforço de tradução da deliberação colegiada numa decisão supraindividual, que não se confunde com mera soma de opiniões isoladas (sem reprimir, mais uma vez, decisões dissidentes, o que exige o balanceamento do esforço de convergência e do direito de discordar). Dito de outro modo, é a busca de uma autoria institucional, e não individual, de decisões<sup>30</sup>.

Essa produção coletiva nem sempre implica numa exposição fiel dos fundamentos determinantes da decisão colegiada do STF.

O julgamento da Rcl nº 9.428/DF<sup>31</sup>, que tomou o julgamento da ADPF nº 130/DF<sup>32</sup> como paradigma, é um exemplo disso.

Alguns Ministros sustentaram a necessidade de se ponderar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, o que não consta na tese jurídica da ementa desse julgado, que determinou a não recepção da Lei de Imprensa.

Analisando tal julgado, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha asseveram que o relator não deve lavrar o acórdão quando ficar vencido na fundamentação, porque:

No regime do CPC-2015, que inaugura um modelo de observância de precedentes, é preciso que o acórdão seja lavrado por quem conduziu a conclusão do julgamento ou a sua fundamentação. Ainda que a conclusão seja

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 41.

<sup>27</sup> “Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 3º. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.” BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>28</sup> VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 334-335

<sup>29</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 569, 2013.

<sup>30</sup> MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR.; Ronaldo Porto Macedo. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV; Saraiva, 2011, p. 353.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 9.428/DF*. Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 24 de junho de 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612474>>. Acesso em 7 de maio de 2018.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADPF nº 130/DF*. Rel. Min. Carlos Britto, DJe nº 208, publicado em 06 de setembro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 7 de maio de 2018.

unânime, é preciso que se atribua a relatoria do acórdão a quem conduziu a fundamentação prevalente.<sup>33</sup>

Essa interpretação sistemática do Código de Processo Civil colaborará com a unidade da fundamentação decisória dos acórdãos, que serão redigidos de modo a expor corretamente os fundamentos determinantes da deliberação, caso seja adotada pelos Tribunais.

Porém, a existência de votos divergentes e concorrentes é bem vista pelos Ministros e ex-Ministros do STF em geral, mesmo que Corte tenha mais divergência interna que o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>34</sup>, que também adota a decisão manifestada como *multiple voice*.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes já admitiu em sessão que a técnica de votos autônomos dificulta a formação e identificação de um fundamento determinante pelo próprio colegiado<sup>35</sup>.

Essa mera agregação de votos não otimiza a interação entre os votos dos Ministros, impedindo a formação de uma *ratio decidendi* compartilhada e de precedente<sup>36</sup>, vez que só se exige a concordância quanto ao dispositivo do acórdão.

Tal quadro reforça a metáfora do STF como “onze ilhas”, utilizada para criticar o comportamento não-deliberativo da Corte<sup>37</sup>.

Além da ausência de diálogo e isolamento dos Ministros, a metáfora pode se referir ao modo pelo qual acórdãos são estruturados, qual seja pela agregação, o que pode dificultar a formação e identificação do consenso do colegiado<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil (vol. 3)*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.

<sup>34</sup> Constatações empíricas feitas em: SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal / *Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court*. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, p. 206-210, 2016.

<sup>35</sup> YOUTUBE. *Pleno – Julgada improcedente ADI contra cortes orçamentários da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://goo.gl/xjYGIZ>>. Acesso em 19 de julho de 2017. Tomei conhecimento da afirmação do Ministro em ALMEIDA, Danilo dos Santos de; BOGOSSIAN, André. É possível falar em precedente “do Supremo”? In.: ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; RECONDO, Felipe (orgs.). *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017, p. 116.

<sup>36</sup> MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte deliberativa. In.: GORZONI, Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

<sup>37</sup> MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S. Paulo, Tendências e Debates*, p. 3, 01 fev. 2010.

<sup>38</sup> KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, p. 92, 2014.

## 2.2 O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

Os arts. 9 e 20 da Lei nº 9.868/1999 preveem que o Ministro Relator deve lançar o relatório com cópia para todos os demais Ministros e pedir data para julgamento, após a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República<sup>39</sup>.

Sem embargo do texto legal, o Ministro Relator do processo apresenta o seu voto com a fundamentação jurídica somente na sessão de julgamento, a qual não é precedida de outro encontro oficial dos Ministros.

Acompanho a interpretação de Virgílio Afonso da Silva acerca desse procedimento, segundo a qual a deliberação é prejudicada e há o aumento da chance de apresentação de votos concorrentes pelos demais Ministros<sup>40</sup>.

Por conseguinte, sem prévio conhecimento do voto do Relator, cada Ministro vota como se fosse Relator, comparecendo à sessão colegiada com voto pronto<sup>41</sup>.

Ao refletirem sobre mudanças no arranjo deliberativo do STF, referido autor e a maioria dos Ministros entrevistados em sua pesquisa entendem que o Ministro Relator deveria distribuir o seu voto aos demais Ministros antes da sessão de julgamento<sup>42</sup>.

O autor conclui que é possível supor que existe uma compreensão do voto do relator como um outro qualquer, o que não é desejável, e que:

Essa mudança provavelmente aproximaria o relator no Supremo Tribunal Federal da imagem que se costuma ter dele, isto é, a de um ministro que tem um papel preponderante no desenvolvimento da deliberação e do processo decisório. De um lado, porque poderia fazer com que o costume de todos os ministros levarem (longos) votos prontos para a sessão de julgamento diminuísse. De outro lado, porque os votos dos ministros – mesmo aqueles redigidos antes da sessão de julgamento – tenderiam a tomar como ponto de partida o voto do relator. A deliberação, portanto, poderia ter um centro e o processo decisório no STF poderia deixar de ser a soma de 11 votos que não dialogam entre si.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> “Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.”

“Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.” BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>40</sup> Problema identificado e aprofundado em: SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?": O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais (Vol. 1, 1, 2015)*, p. 191.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*, p. 192.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*, p. 198-199.

<sup>43</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?": O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais (Vol. 1, 1, 2015)*, p. 199.

### 2.3 A CAUSA DE PEDIR ABERTA E A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PEDIDO

O art. 319, III e IV, do Código de Processo Civil positiva que a petição inicial deve conter o fato e a fundamentação jurídica do pedido (causa de pedir), além do pedido com as suas especificações<sup>44</sup>.

A decisão judicial deve manter um nexo de refiribilidade com esses elementos da demanda<sup>45</sup>, de maneira que o mérito deve ser decidido nos limites do que for proposto pelas partes (art. 141 do Código de Processo Civil<sup>46</sup>), sendo vedado ao Poder Judiciário proferir decisão de natureza diversa da pedida (art. 492 do Código de Processo Civil<sup>47</sup>).

Essa regra de congruência objetiva é requisito da decisão judicial e decorre do princípio do contraditório, pois as partes têm direito de se manifestar sobre quaisquer matérias que possam interferir na decisão de mérito<sup>48</sup>.

Similarmente ao processo civil, os incisos I e II do art. 3º da Lei nº 9.868/1999<sup>49</sup> determinam que a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade deve indicar o dispositivo impugnado, o pedido especificado e a fundamentação jurídica deste.

Contudo, a causa de pedir é aberta no processo objetivo. O Tribunal tem a prerrogativa de decidir com base em enunciados constitucionais não suscitados nas peças dos demais sujeitos

<sup>44</sup> “Art. 319. A petição inicial indicará:

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;” BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>45</sup> A expressão nexo de refiribilidade foi vista em: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria.. *Curso de Direito Processual Civil II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ªed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 358.

<sup>46</sup> Art. 141, *Código de Processo Civil*. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>47</sup> Art. 492, *Código de Processo Civil*. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>48</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria.. *Curso de Direito Processual Civil II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ªed. Salvador: JusPodium, 2015, p. 357-359.

<sup>49</sup> “Art. 3º. A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.” BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

processuais, visto que não há discussão de interesses subjetivos<sup>50</sup> – embora a provocação da Corte seja imprescindível<sup>51</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que a ideia de que o STF não está limitado aos fundamentos constantes na petição inicial é correta, mas com uma argumentação equivocada.

Afirmam que a incompatibilidade entre a lei e o dispositivo constitucional é questão de fato (causa de pedir remota), e não fundamento jurídico. Por isso, o STF não poderia alterá-los, por força da regra da congruência.

Concluem que a causa de pedir aberta seria admissível em razão da natureza essencialmente objetiva do processo de controle de constitucionalidade abstrato-concentrado<sup>52</sup>.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi entendem que a causa de pedir aberta também consiste que o indeferimento da ação direta de inconstitucionalidade consiste na declaração de constitucionalidade e que o indeferimento da ação direta de constitucionalidade consiste na constituição de inconstitucionalidade<sup>53</sup>, conforme redação do art. 24 da Lei nº 9.868/1999<sup>54</sup>.

A causa de pedir aberta tem como função ampliar o debate no processo objetivo e permitir a análise da constitucionalidade do enunciado normativo impugnado perante toda a Constituição, e não perante apenas aos enunciados elencados pelo autor e demais sujeitos processuais.

O princípio do pedido também é mitigado, considerando a gama de decisões que o Tribunal pode proferir além da declaração de constitucionalidade ou da constituição de inconstitucionalidade.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 273.

<sup>51</sup> ALEXANDRINO; Marcelo; PAULO, Vincente. *Controle de Constitucionalidade*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 82.

<sup>52</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In.: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 484-485.

<sup>53</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

<sup>54</sup> “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.” BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>55</sup> Este artigo implica na ambivalência da ADI e da ADC para muitos autores, tese esta que é criticada em LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. *Sequência (UFSC)*, v. 35, p. 109-132, 2014.

A interpretação conforme a Constituição e a constituição parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto são alternativas decisórias positivadas no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999<sup>56</sup>.

Essas decisões são adjetivadas de modificativas ou aditivas, haja vista que o Judiciário exerce uma função criadora de norma, ainda que complementar ou analógica, ao acrescentar disposição ou ressalva no enunciado legal impugnado, com vistas à sua compatibilização com a ordem constitucional<sup>57</sup>.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade abstrato-concentrado permite decisão *ultra petita* – qual seja a decisão que analisa o pedido e os fatos essenciais do processo, mas decide além do que fora proposto pelas partes<sup>58</sup>.

Consoante Fredie Didier *et al*, o STF não pode estender a decretação de invalidade a dispositivos legais não impugnados, salvo no caso de inconstitucionalidade por arrastamento ou por unidade técnico-legislativa<sup>59</sup>.

Sem embargo da doutrina, o STF admitiu recentemente a decretação de inconstitucionalidade incidental de enunciado normativo não impugnado pela ADI – o que será analisado mais adiante<sup>60</sup>.

Exceções à regra da congruência, a causa de pedir aberta e a flexibilização do princípio do pedido colaboram com a dispersão de fundamentos<sup>61</sup> do controle de constitucionalidade abstrato-concentrado exercido pelo STF e conseqüentemente com a atual concepção da cláusula de reserva de plenário.

<sup>56</sup> “Art. 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” BRASIL. Lei nº 9.868/1999. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>57</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In.: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 473.

<sup>58</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, 361.

<sup>59</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In.: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 486.

<sup>60</sup> Item 4.4.1.2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão das ADI nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ*. Rel. Min. Rosa Weber. Julgados em 29/11/2017, ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#ADI:%20amianto%20e%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>>. Acesso em 22 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>61</sup> Termo utilizado para se referir ao fenômeno da não concordância de fundamentos dos votos para se tomar as decisões no STF. BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 48, p. 139-166, 2016.

Esses institutos, ao aumentar a liberdade argumentativa dos Ministros no processo de tomada de decisão, dificultam a deliberação para pacificar os fundamentos do acórdão.

Afinal, sob um ponto de visto pragmático e não deontológico, a busca de uma unidade de fundamentação decisória, diante de uma infinidade de argumentos, poderia tornar as sessões do Tribunal Pleno ainda mais longas, prejudicando a celeridade da Corte.

O capítulo seguinte é dedicado ao estudo da cláusula de reserva de plenário, mediante a abordagem de suas origens, conteúdo normativo, fundamentos e exceções à sua aplicação.

### 3 A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

#### 3.1 BREVE HISTÓRICO

Reconheço as limitações científicas deste subtópico. O recurso à história feito privilegia a existência positivada da cláusula de reserva de plenário no Brasil, sem maior aprofundamento quanto à sua construção doutrinária e jurisprudencial sob as Constituições antigas, nem quanto à sua matriz americana.

O breve histórico será quase um *obter dictum* da pesquisa, com o objetivo de mostrar que a cláusula de reserva de plenário é um instrumento tão antigo quanto o controle de constitucionalidade brasileiro.

O constitucionalismo brasileiro adotou, originalmente, o pensamento europeu. Inspirada na Constituição Real francesa de 1814, a Constituição do Império de 1824 não era favorável à jurisdição constitucional<sup>62</sup>.

O poder dos juízes era limitado e a defesa da Constituição cabia ao Poder Moderador<sup>63</sup> e ao Poder Legislativo<sup>64</sup>. Destarte a ordem jurídica não era favorável ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, como observou Lúcio Bittencourt:

Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal “*suprema inspeção*”, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador<sup>65</sup>.

A influência americana veio com o republicanismo, federalismo e presidencialismo, refletindo na estrutura do STF<sup>66</sup>.

Segundo Thomas M. Cooley, desde o século XIX, alguns Tribunais do Estados Unidos da América criaram uma regra não absoluta (*full bench rule*) que condicionava a presença de todos os membros da Corte para julgar arguições de inconstitucionalidade de lei, a qual só poderia ser reconhecida pelo voto da maioria dos membros da Corte. Não se trata de uma regra constitucional, podendo se apresentar de modo diferente em cada Tribunal<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*, p. 3. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/id/521908](http://www.agu.gov.br/page/download/id/521908)>. Acesso em 03 de maio de 2018.

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>64</sup> “Art. 15. E’ da atribuição da Assembléa Geral:

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.” BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 11 de maio de 2018.

<sup>65</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28.

<sup>66</sup> CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*, p. 4. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/id/521908](http://www.agu.gov.br/page/download/id/521908)>. Acesso em 03 de maio de 2018.

<sup>67</sup> COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union*. 2ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1871, p. 161-162.

Ainda segundo o autor supramencionado, essa regra parte da premissa de que os Poderes Legislativo e Judiciário têm igual dignidade, malgrado o controle judicial da constitucionalidade das leis recair sobre a própria correção da atividade legislativa face à Constituição, e não sobre meros direitos privados. Por tais razões, esse poder jurisdicional deve ser exercido com cautela, circunspeção e senso de responsabilidade, em respeito ao juízo do legislador, mediante limitações como a *full bench rule*<sup>68</sup>.

No Brasil, o quórum para analisar questões constitucionais se deu pelo direito positivo, e não por uma criação jurisprudencial. Aliás, com o passar do tempo, a experiência constitucional brasileira se preocupou mais com a quantidade de votos exigidos para julgar uma lei inconstitucional do que com a quantidade de Ministros presentes em uma sessão.

Segundo José Afonso da Silva, a regra da reserva de plenário foi criada com os Decretos nº 958/1902 e nº 1939/1909, quando o STF tinha 15 membros, exigindo a maioria qualificada de dois terços destes<sup>69</sup>.

Em 1931, a quantidade de Ministros passou a ser 11, conforme o art. 1º do Decreto nº 19.656/1931<sup>70</sup>.

José Afonso da Silva entende que o Decreto nº 20.106/1931 exigia o voto da maioria absoluta do STF para decretar a inconstitucionalidade de lei<sup>71</sup>, embora a literalidade do art. 8º se refira ao quórum propriamente dito:

Para julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos feitos que envolvam questão constitucional, será necessária a presença de seis ministros, pelo menos, da turma julgadora, modificado nesse sentido, o art. 4º decreto n. 19.656<sup>72</sup>.

De qualquer forma, a exigência da maioria absoluta dos membros de um Tribunal para decretar lei inconstitucional foi adotada pela Constituição de 1934<sup>73</sup> e pelas demais.

Note-se que até 1965, com a Reforma do Judiciário, o Direito pátrio só admitia o controle concreto-difuso de constitucionalidade de normas.

---

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p. 159-162.

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 516.

<sup>70</sup> “Art. 1º. Fica reduzido a onze o número de juizes do Supremo Tribunal Federal.” BRASIL. *Decreto nº 19.656 de 1931*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19656.htm)>. Acesso em 11 de maio de 2018.

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 516.

<sup>72</sup> BRASIL. *Decreto nº 20.106 de 1931*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20106-13-junho-1931-504626-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>73</sup> “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao34.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018

A Constituição de 1934 já previa a representação interventiva, de legitimidade monopolizada pelo Procurador Geral da República. Esse instrumento jurídico que foi criado com o fim de assegurar o cumprimento de decisões judiciais e a observância dos princípios constitucionais sensíveis. Entretanto, para os fins deste trabalho, a concepção de controle de constitucionalidade se restringirá à verificação da constitucionalidade de atos normativos, e não de intervenções materiais do Poder Público.

Ao comentar a Constituição de 1934, Pontes de Miranda atribuiu a seguinte interpretação quanto à finalidade da norma em questão:

O constituinte brasileiro evitou fáceis julgamentos de inconstitucionalidade (art. 179) e, tendo invertido os dados do problema, pondo o interesse público antes do interesse privado, a missão do juiz brasileiro é pugnar pelo que mais lhe cabe defender: o programa e convicção da Constituição de 1934.<sup>74</sup>

A reserva de plenário nesta Constituição e na seguinte era dotada de maior rigidez, posto que o julgamento só poderia ser feito na presença de todos os membros da Corte – o que fora mitigado a partir de 1946, conforme decidido pelo Supremo nos Recursos Extraordinários de nº15.343, nº 19.645 e nº 16.706<sup>75</sup>.

A Constituição de 1937<sup>76</sup>, embora formalmente inválida (pois o plebiscito previsto em seu art. 187<sup>77</sup> não fora convocado), trouxe algumas alterações: a pedido do Presidente da República, a declaração de inconstitucionalidade pelos STF poderia ser reconsiderada pelo Parlamento, pelo voto de dois terços de cada Câmara – hipótese posteriormente revogada. Esse quórum era mais rígido do que o exigido para Emendas Constitucionais (maioria simples de cada Casa<sup>78</sup>).

<sup>74</sup>MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (Tomo II)*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1934, p. 549.

<sup>75</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do. In.: MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; LEONCY, Léo Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1217.

<sup>76</sup>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.” (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>77</sup>Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.” (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>78</sup> “Art. 174. A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

§ 1º. O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco, por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da

Todavia, o Parlamento desta ordem constitucional nunca foi instituído, e suas funções eram então exercidas pelo então Presidente da República Getúlio Vargas<sup>79</sup>.

Na Constituição de 1946<sup>80</sup>, o tratamento da cláusula de reserva de plenário foi o mesmo da Constituição de 1934.

A partir de uma interpretação literal, suscitou-se que o juiz singular não tinha competência para afastar a aplicação de normas consideradas inconstitucionais. Esse entendimento não prevaleceu, sendo majoritário o posicionamento de Pontes de Miranda e de Lúcio Bittencourt<sup>81</sup> até hoje, de que a reserva de plenário se refere apenas às questões constitucionais nos órgãos colegiados, de modo a preservar a competência de controle de constitucionalidade dos juízes singulares:

O art. 200 só se refere aos tribunais. Os juízes singulares podem decretar a nulidade da lei, por ser contrária à Constituição, pois do que decidirem há sempre recurso. Nem se poderia excluir a cognição da questão de inconstitucionalidade pelos juízes singulares; nem seria de admitir-se que se exigisse o *per saltum* – tais enormes inconvenientes práticos que teria, se os juízes singulares houvessem de sustar os julgamentos<sup>82</sup>.

Na Carta Constitucional de 1967<sup>83</sup> e na Emenda Constitucional nº 01/1969 (com redação idêntica) manteve-se a regra da Constituição anterior.

Devido ao crescimento do número de Desembargadores nos Tribunais de Justiça, a reserva de plenário foi mitigada pela Emenda Constitucional nº 07/1977<sup>84</sup> e pela atual

---

República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945).

§ 2º. O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige, para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara. (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>79</sup> “Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>80</sup> “Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.” BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>81</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 36.

<sup>82</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 (Volume V)*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953., p. 299.

<sup>83</sup> “Art 111. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>84</sup> “Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (Artigo 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Constituição, posto que foi permitida a criação de órgãos especiais com função de Plenário, os quais só poderiam declarar uma lei inconstitucional por voto de sua maioria absoluta.

### 3.2 CONTEÚDO NORMATIVO

A princípio, a cláusula de reserva de plenário não é um instituto de difícil interpretação. A margem de conformação pelo intérprete é significativamente pequena, devido à alta densidade normativa<sup>85</sup> do artigo 97 da Constituição<sup>86</sup>.

Discorrerei sobre as possíveis normas extraíveis desse enunciado constitucional.

#### 3.2.1 Regra de competência e “quórum” de votos

Antes de discorrer sobre as normas acima, esclarecerei brevemente a qualificação destas como regras.

Diante das possibilidades fáticas e jurídicas, uma regra contém determinações que só podem ser satisfeitas em sua totalidade, preenchido o suporte fático<sup>87</sup>.

As exceções da regra não são resultadas de uma ponderação do conflito entre uma regra e outra norma, mas da ponderação do conflito entre os princípios que fundamentam as normas em colisão.

É incoerente (a partir dos pressupostos adotados) a concepção da cláusula de reserva de plenário como um princípio, tendo em vista a incompatibilidade do caráter de suas determinações com a ideia de mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso, e que poder ser restringidos mediante ponderação<sup>88</sup>.

---

*Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>85</sup> “Podemos pensar as normas jurídicas como se fossem filtros de porosidade diferentes, que deixam passar um maior ou menor número de interpretações”. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito: Definição e Conceitos Básicos; Norma Jurídica; Fontes; Interpretação e Ramos do Direito; Sujeito de Direito e Fatos Jurídicos; Relações entre Direito, Justiça, Moral e Política; Direito e Linguagem.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

<sup>86</sup> “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.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

<sup>88</sup> Não adoto o moralismo jurídico de Robert Alexy, embora utilize os seus conceitos de espécies de normas jurídicas (capítulo 5). ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

Identifica-se, de logo, a existência de duas regras que fixam a competência do Plenário (ou órgão especial com funções de Pleno) de um determinado Tribunal para apreciar questões constitucionais e o quórum para declaração de inconstitucionalidade.

O conceito de competência contido em uma das normas da cláusula de reserva de plenário assume uma conotação organizacional.

De acordo com José Afonso da Silva, competência é

A faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.<sup>89</sup>

Manoel Jorge e Silva Neto adota um conceito mais sucinto: a distribuição de poder de decisão<sup>90</sup>.

A cláusula de reserva de plenário atribui ao Plenário de um Tribunal (ou órgão especial com função de Pleno) uma competência absoluta definida em razão da matéria<sup>91</sup> (controle de constitucionalidade), a qual tem *status* constitucional e evidente interesse público.

A cláusula de reserva de plenário é também uma regra de competência funcional no controle concreto-difuso de constitucionalidade. Determina a repartição de tarefas a serem exercidas em um mesmo processo<sup>92</sup>, ocorrendo uma cisão horizontal de competência no incidente de inconstitucionalidade dos órgãos fracionários ao Pleno do Tribunal, quando suscitada a inconstitucionalidade de uma norma que ostente caráter prejudicial à decisão de mérito.

Lúcio Bittencourt não percebia a cláusula de reserva de plenário como uma regra de funcionamento ou regra de competência, mas condição de eficácia do julgamento da inconstitucionalidade da lei – posto que a maioria absoluta de votos pode ser alcançada por reunião de órgãos fracionários<sup>93</sup>.

Certamente, o enunciado constitucional pode induzir a essa interpretação. Em verdade, é o Código de Processo Civil que determina a competência do Plenário ou órgão especial do Tribunal para o julgamento de incidente de inconstitucionalidade, de maneira que a cláusula de

---

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 483.

<sup>90</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365

<sup>91</sup> Apesar do nome dado à categoria, e tendo em vista a teoria da norma adotada no presente artigo, competências absolutas não correspondem necessariamente a regras sem exceção

<sup>92</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 218.

<sup>93</sup> Isso será discutido mais adiante. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 44.

reserva de plenário deve ser analisada sistematicamente com o direito ordinário, como notou José Levi Mello do Amaral Jr em relação ao Código de Processo Civil de 1973<sup>94</sup>.

Rigorosamente, como observa Gabriel Dias Marques da Cruz, o vocábulo quórum corresponde ao número de pessoas necessárias para instaurar uma assembleia<sup>95</sup>.

Nesse sentido, Lúcio Bittencourt afirmava que a Constituição não determina o número de magistrados que devem estar presentes na sessão de julgamento, nem exige a presença de todos<sup>96</sup>.

No caso da reserva de plenário, a Constituição estabelece um número mínimo de votos para que leis ou atos normativos do Poder Público sejam declarados inconstitucionais.

O quórum propriamente dito para apreciar a matéria é estabelecido por normas infraconstitucionais das Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, bem como nos regimentos internos dos Tribunais.

Por fim, o entendimento segundo o qual a cláusula de reserva de plenário exige que a maioria absoluta dos membros do Tribunal (ou do órgão especial) concorde apenas quanto ao dispositivo da decisão é pacífico – com a ressalva da proposta deste trabalho.

### **3.2.2 Requisito de validade dos acórdãos que desconstituem lei inconstitucional**

Devido à sua natureza de competência absoluta, a referida competência do Pleno ou órgão especial para apreciar questões constitucionais é requisito de validade<sup>97</sup> das decisões desconstitutivas de inconstitucionalidade proferidas pelos Tribunais, em conformidade com a doutrina de Teori Zavascki<sup>98</sup>, e não condição de eficácia, como defendido por Lúcio Bittencourt<sup>99</sup>, ou condição de validade e de eficácia, tese levantada pelo Ministro Celso de Mello<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40-43.

<sup>95</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

<sup>96</sup> Isso será discutido mais adiante. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 44.

<sup>97</sup> Humberto Ávila defende que de uma regra sobre o exercício de competência decorrem duas normas: “uma regra de conduta obrigatória que obriga determinado sujeito a adotar determinado comportamento para exercer *validamente* um poder; e uma regra definitória que define como fonte normativa somente aquela fonte que foi produzida conforme determinado procedimento” (grifo meu). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

<sup>98</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

<sup>99</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 44.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do AI 591.373 AgR*. Rel. Min. Celso de Mello. DJe nº121 de 2007, de 10 de outubro 2007. Disponível em:

Os efeitos dessas decisões não são condicionados ao respeito à reserva de plenário, mas ao seu trânsito em julgado.

Se, em um caso hipotético, o Supremo Tribunal Federal der provimento a uma ADI sem a maioria absoluta dos votos da Corte, e houver o trânsito em julgado, essa decisão irá produzir os efeitos previstos na Constituição e na Lei nº 9.868/1999 e sequer poderá ser objeto de ação rescisória conforme o art. 26 do citado diploma legal<sup>101</sup>.

A validade é a constatação de que o ato jurídico preencheu os requisitos positivados juridicamente. Por outro lado, a eficácia diz respeito à aplicabilidade e exigibilidade do ato jurídico. São planos diferentes, não obstante a decretação de invalidade se projete contra a eficácia do ato jurídico defeituoso<sup>102</sup>.

Ademais, admitido o caráter normativo das sentenças judiciais, pode-se fazer uma analogia com a anulabilidade gradativa das leis inconstitucionais<sup>103</sup>. O reconhecimento da incompatibilidade de atos normativos com a Constituição não implica necessariamente em sua nulidade, podendo haver modulação de efeitos da decisão invalidante.

### **3.2.3 Requisito para a atribuição do efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade**

Recentemente, ao julgar a ADI nº 4.066/DF<sup>104</sup>, o STF decidiu que a cláusula de reserva de plenário é requisito da atribuição de efeito vinculante aos acórdãos do STF em sede de controle de constitucionalidade.

Cinco Ministros votaram pelo provimento desta ADI e quatro votaram pelo desprovimento – fato que gerou debate quanto à proclamação do resultado do julgamento.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que, mesmo com maioria de votos, a ação era improcedente (o que implica na declaração de constitucionalidade do dispositivo legal impugnado), e não vinculante por ter seis votos em um sentido, sendo acompanhado pelo Ministro Celso de Mello<sup>105</sup>.

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490674>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

<sup>101</sup> Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade do Direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-36.

<sup>103</sup> Expressão consagrada por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão da ADI nº 4066/DF, Rel. Min. Rosa Weber, DJE 043, publicado em 07 de março de 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313831911&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

<sup>105</sup> *Idem, Ibidem*, p. 289-290.

Por outro lado, a Ministra Cármen Lúcia sugeriu a proclamar a procedência da ADI, todavia sem declaração de inconstitucionalidade<sup>106</sup>.

O posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes prevaleceu na redação do dispositivo do acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e por maioria de votos, em conhecer da ação, reconhecida a legitimidade ativa das autoras, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, pela procedência da ação, votaram os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Pela sua improcedência, votaram os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. *Não pronunciada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 porquanto não atingido o quórum previsto pelo art. 97 da Constituição Federal, em julgamento destituído de eficácia vinculante.* Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Sessão plenária presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. (grifo meu)<sup>107</sup>

[

### 3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Apresentarei, neste item, os fundamentos da cláusula de reserva de plenário reconhecidos pela doutrina. Este instituto se sustenta em elementos constitucionais internos (expressos e implícitos) de maior generalidade, visto que a justificação externa da Constituição é desnecessária<sup>108</sup>.

#### 3.3.1 Presunção de constitucionalidade das leis

Um dos fundamentos da cláusula de reserva de plenário é a presunção de constitucionalidade das leis<sup>109</sup>, que garante a imperatividade das normas jurídicas até decisão contrária do Judiciário.

A forma da democracia dotada pelo Brasil garante a liberdade do legislador para conformar (e reformar) a Constituição, além de examinar o problema da constitucionalidade do projeto de lei no processo legislativo.

<sup>106</sup> *Idem, Ibidem*, p. 290.

<sup>107</sup> *Idem, Ibidem*, p. 9.

<sup>108</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 (Volume V)*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 281.

<sup>109</sup> LEITE, Fábio Carvalho. A cláusula de reserva de plenário segundo os Tribunais de Justiça. In.: *Direitos Fundamentais & Justiça (Ano 5, n. 15)*. Porto Alegre: PUC-RS, 2011, p. 5.

Essa primazia decisória corresponde a um princípio formal, uma razão para aplicar normas, independentemente de seu conteúdo<sup>110</sup>.

Portanto as decisões do legislador eleito democraticamente são presumidas legítimas, tendo em vista que a constitucionalidade das leis não é ontológica, mas produto da hermenêutica jurídica.

Lúcio Bittencourt, por outro lado, defendia que não há presunção de constitucionalidade das leis. Aduzia que caso fosse formalmente perfeita, a lei é existente, válida, eficaz e obrigatória até que seja julgada inconstitucional – o que só poderá ser feito quando houver certeza desse estado<sup>111</sup>.

### 3.3.2 Supremacia constitucional e segurança jurídica

Ao comentar a Constituição de 1934, Pontes de Miranda asseverou que a cláusula de reserva de plenário tem como fundamento a primazia do interesse público sobre o interesse privado e a estabilidade jurídica, ao impor maior prudência ao Judiciário na defesa da Constituição e dificultar a decretação de inconstitucionalidade das leis<sup>112</sup>.

Diversamente, José Afonso da Silva aduz que a reserva de plenário é resultado da ponderação de dois valores: de um lado, a supremacia constitucional, que exige a expurgação das normas inconstitucionais; de outro, a estabilidade do ordenamento jurídico, de modo que leis não sejam facilmente excluídas do Direito positivo<sup>113</sup>.

Os princípios supra não estão em conflito.

Humberto Ávila define a segurança jurídica como a previsibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade da aplicação (e justificação) do Direito, sendo uma norma de natureza de princípio<sup>114</sup>.

Segundo Judith Martins-Costa, cria-se um crédito de confiança do cidadão frente ao Estado, correspondente ao seu dever de abstenção e também na racionalização de seu poder<sup>115</sup>.

Por sua vez, segundo José Afonso da Silva, a supremacia constitucional:

<sup>110</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In.: *Estudos em homenagem ao Prof. José Joaquim Gomes Canotilho (Volume III)*. Coimbra: Coimbra, 2012. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009, p. 922.

<sup>111</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 96.

<sup>112</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (Tomo II)*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1934, p. 549

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 517.

<sup>114</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122-123.

<sup>115</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In.: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135.

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.<sup>116</sup>

Essa posição de proeminência da Constituição decorre de sua rigidez, visto que o estabelecimento de um processo de emenda constitucional mais complexo e rigoroso do que o processo legislativo ordinário implica em um escalonamento hierárquico de espécies normativas que não existiria caso os procedimentos fossem iguais, conforme Dirley da Cunha Jr.<sup>117</sup>

A percepção de Jorge Miranda é nesse sentido:

A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos, ou que possa ser afetada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.<sup>118</sup>

Consequentemente, a supremacia constitucional visa manter a estabilidade social e tem o controle de constitucionalidade como a sua garantia máxima<sup>119</sup>, de sorte que não vislumbro como ocorreria o conflito com o princípio da segurança jurídica.

A cláusula de reserva plenário tem fundamento na rigidez constitucional, visto que impõe maior rigor às deliberações de questões constitucionais. Esse fundamento se torna mais claro quando o STF fiscaliza a constitucionalidade de emendas constitucionais, cujo exercício por maioria simples causaria estranheza.

A imposição de maior consensualidade nos órgãos jurisdicionais para concretizar a Constituição é corolário lógica de sua supremacia constitucional, ainda que a estabilidade do ordenamento jurídico seja uma limitação aparente.

As decisões desconstitutivas de inconstitucionalidade não se limitam à exclusão da lei impugnada do Direito positivo, considerando a admissão de decisões aditivas ou modificativas.

O estabelecimento da competência do Pleno de um Tribunal ou de um número qualificado de votos para a desconstituição de lei inconstitucional impõe, em tese, que a decisão reflita o posicionamento estável do Tribunal como instituição.

Isso funda-se nas referidas expressões da segurança jurídica, evitando fáceis mudanças de entendimentos sobre questões constitucionais em órgãos colegiados do Judiciário, sem petrificar a atuação destes.

---

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47

<sup>117</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 94-96.

<sup>118</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 257

<sup>119</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 97.

Afinal, mesmo que em nome da supremacia constitucional, caso fosse permitido o controle de constitucionalidade pelos órgãos fracionários e com o voto da maioria simples, tal mecanismo não otimizaria a segurança jurídica, premissa maior da estabilidade jurídica, haja vista a maior facilidade de mudar o entendimento do Tribunal.

A realização do objetivo de se fixar um posicionamento institucional do Tribunal se torna difícil naqueles que tenham um alto número de desembargadores e um órgão especial com funções de Pleno. *Exempli gratia*, o Tribunal de Justiça Do Estado de São Paulo tem 359 desembargadores<sup>120</sup>. O seu órgão especial, de 25 membros<sup>121</sup>, corresponde a apenas 6,96% do Tribunal Pleno.

No entanto, tendo em vista os limites do objeto deste trabalho, essa problemática não será aqui melhor desenvolvida<sup>122</sup>, visto que essas críticas não se aplicam ao STF, que não tem órgão especial.

### 3.4 HIPÓTESES DE INAPLICABILIDADE

Este item tem o objetivo de discutir as hipóteses de inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário, sobre as quais a proposta do presente trabalho não exerceria influência direta.

Trata-se de um complemento do item que abordou o conteúdo normativo da cláusula de reserva de plenário, visto que analiso aqui as suas exceções.

Registro que isto não afasta uma eventual discussão sobre a unidade da fundamentação decisória nessas hipóteses.

#### 3.4.1 Declaração de constitucionalidade

Lúcio Bittencourt constatou que a Constituição não veda a declaração de constitucionalidade de lei por maioria simples de votos, mas ao contrário, a partir de uma interpretação literal da cláusula de reserva de plenário<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Composição do Tribunal Pleno*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/TribunalPleno/OrdemAlfabetica>>. Acesso em 11 de junho de 2018.

<sup>121</sup> “Art. 8º O Órgão Especial, constituído por vinte e cinco desembargadores, é composto pelo Presidente, Vice-Presidente e o Corregedor Geral da Justiça, na condição de membros natos, segundo as classes a que pertençam, e pelos desembargadores das classes de antiguidade e de eleitos, na forma da lei e disposições regulamentares.” ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/downloadNormasVisualizar.do?cdSecaodownloadEdit=10&cdArquivodownloadEdit=120>>. Acesso em 11 de junho de 2018.

<sup>122</sup> Tema melhor trabalhado em LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da reserva de plenário. In.: *Direito, Estado e Sociedade* (n. 40). Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2012.

<sup>123</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 47.

Todavia, o julgamento implícito pela inconstitucionalidade da lei viola a cláusula de reserva de plenário, consoante o enunciado nº 10 da Súmula Vinculante:

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.<sup>124</sup>

Gabriel Dias Marques da Cruz reconhece que este enunciado teve por norte a garantia da cláusula de reserva de plenário e do procedimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade pelos Tribunais brasileiros, ao igualar o afastamento de lei à inconstitucionalidade<sup>125</sup>.

Os órgãos fracionários dos Tribunais têm competência para declarar a constitucionalidade de lei por decisão irrecorrível. A remessa do processo ao Plenário ou ao órgão especial depende da prejudicialidade da questão suscitada, bem como da subsunção do caso à lei impugnada<sup>126</sup>.

A 1ª Turma do STF decidiu nesse sentido no Rcl nº 24.284/SP AgR, com base na jurisprudência dominante, qual seja a ausência de violação à cláusula de reserva de plenário, nem ao enunciado nº 10 da Súmula Vinculante, quando a decisão do órgão fracionário do Tribunal não aplicar lei por entender que não há subsunção aos fatos ou por acompanhar posicionamento do STF<sup>127</sup>.

Este julgamento não foi unânime. O debate foi essencialmente sobre a política judicial do STF e a adequação da reclamação constitucional. Não me aprofundarei na discussão devido aos limites da pesquisa.

Resta saber se a cláusula de reserva de plenário é aplicável aos casos de declaração parcial de nulidade sem redução de texto<sup>128</sup> e interpretação conforme a Constituição.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº10 da Súmula Vinculante*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 16 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>125</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Incidente de Inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante n. 10: Avanço ou Retrocesso?* Jusbrasil, 2013. Não paginado.

<sup>126</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1111-1112.

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Acórdão do Rcl nº 24.284/SP AgR*. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/11/2016, DJe 98, p. 11/5/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12872373>>. Acesso em 09 de maio de 2018.

<sup>128</sup> Refiro-me à nomenclatura dada pelo art. 28 da Lei nº 9.868/1999, sem embargo de meu entendimento de que a decisão que julga lei inconstitucional é desconstitutiva, e não declaratória, como se verá no item 4.2. “Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

A declaração parcial de nulidade sem redução de texto consiste na redução do âmbito normativo inconstitucional de uma lei, sem alterar o seu texto nem afastar a eficácia do que é constitucional, devendo-se aplicar a cláusula de reserva de plenário<sup>129</sup>.

O instituto consiste em decretação de inconstitucionalidade de uma interpretação possível da lei impugnada. O STF, inclusive, no julgamento da questão de ordem da ADI nº 319-4/DF, considerou como inconstitucional apenas uma palavra da lei objeto da ação<sup>130</sup>.

A interpretação conforme a Constituição consiste na escolha da interpretação válida, partindo da premissa que o legislador teve a intenção de fazer lei constitucional<sup>131</sup>. Trata-se de uma interpretação deferente ao Poder Legislativo<sup>132</sup>, com fundamento da supremacia constitucional, que irradia o direito ordinário<sup>133</sup>.

Portanto, a decisão que interpreta lei conforme a Constituição não precisa respeitar a cláusula de reserva de plenário, exceto se houver equiparação com a declaração parcial de nulidade sem redução de texto<sup>134</sup> – o que ocorre na jurisprudência do STF<sup>135</sup>.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, os institutos não se confundem. A interpretação conforme a Constituição é uma técnica de interpretação que analisa a constitucionalidade em abstrato do conteúdo da lei. Mantém o dogma do legislador negativo aparentemente, mas pode corrigir e estender a lei, podendo alterar seu sentido para além do texto. É um instrumento de centralização da atividade interpretativa, visto que tem efeito vinculante<sup>136</sup>. Reitero que esse efeito só pode ser atribuído às decisões que respeitarem o art. 97 da Constituição.

---

<sup>129</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1311.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 319-4/DF QO*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 30 de abril de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

<sup>131</sup> Lúcio Bittencourt não usava a expressão interpretação conforme a Constituição. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 93.

<sup>132</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214.

<sup>133</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1313.

<sup>134</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques da. STF, Interpretação Conforme a Constituição e Reserva de Plenário. *Direito, Estado e Sociedade* nº 224. Agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/stf-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-reserva-de-plenario>>. Acesso em 13 de junho de 2018. Não paginado.

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*, p. 1315.

<sup>136</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 3, p. 201-204, 2006.

Ao contrário, a declaração parcial de nulidade sem redução de texto (também vinculante) é o resultado do controle de constitucionalidade da lei considerando a sua aplicação concreta, sem o objetivo de manter a constitucionalidade da lei<sup>137</sup>.

### 3.4.2 Decretação de inconstitucionalidade por Juízo de 1º grau

Conforme abordado no item 3.1, relembro que a cláusula de reserva de plenário é destinada apenas aos Tribunais e que a competência do Juízo de 1º grau para decretar inconstitucionalidade de lei é pacífica, prevalecendo o entendimento de Lúcio Bittencourt e Pontes de Miranda até hoje.

Isso foi reafirmado na decisão monocrática (transitada em julgado) do Ministro Dias Toffoli que negou seguimento à Rcl nº 13.158/DF por manifesta improcedência.

Nesse caso, o reclamante buscava invalidar decisão de Juízo singular que decretou lei inconstitucional incidentalmente, a pretexto de violação ao enunciado nº 10 da Súmula Vinculante. O Ministro Relator asseverou a impropriedade técnica da aplicação da cláusula de reserva de plenário ao Juízo de 1º grau, haja vista o direcionamento da norma aos Tribunais<sup>138</sup>.

### 3.4.3 Juizados Especiais

O STF decidiu no ARE nº 792.562 AgR que a cláusula de reserva de plenário não incide no caso de as Turmas Recursais dos Juizados Especiais decretarem incidentalmente a inconstitucionalidade de lei.

Isso porque o sistema dos Juizados Especiais não funciona sob regime de plenário ou órgão especial, mas somente com as Turmas Recursais – o que não pode impedir o exercício do controle de constitucionalidade<sup>139</sup>.

Rafael Folador discorda do posicionamento do STF, alegando que se trata de uma lacuna normativa e que a cláusula de reserva de plenário deveria ser aplicada<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 3, p. 201-204, 2006.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Rcl nº 13158/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 15/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=87976480&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Acórdão do ARE nº 792.562 AgR*. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe de 02 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568018>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

<sup>140</sup> FOLADOR, Rafael. *Aspectos controversos acerca da aplicação da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Trabalho de Conclusão de Graduação de Ciências Jurídicas e Sociais – UFRGS, Porto Alegre). Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/121891>>, acessado em 11/04/2018, p. 40.

A decisão do STF é a mais adequada para garantir o exercício da jurisdição constitucional.

O legislador estruturou o sistema dos Juizados Especiais em Turmas Recursais formadas por poucos juízes, porém sem plenário para julgar os recursos destes órgãos, com a finalidade de fomentar a duração razoável do processo, e não de obstar o controle de constitucionalidade das leis.

#### **3.4.4 Decisão de inconstitucionalidade com base em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do próprio Tribunal**

O parágrafo único do art. 949 do Código de Processo Civil dispensa a cláusula de reserva de plenário na hipótese de já haver pronunciamento do STF ou do próprio Tribunal sobre a questão constitucional.<sup>141</sup>

Igualmente, o art. 932, V, do Código de Processo Civil estabelece que o Relator do Tribunal pode negar ou dar provimento ao recurso que esteja em harmonia com a jurisprudência do STF, aplicando-se também em arguições de inconstitucionalidade<sup>142</sup>.

Essas exceções consistem na positivação da jurisprudência dos Tribunais Superiores, à época do Código de Processo Civil de 1973, com o fito de racionalizar a jurisdição constitucional e reduzir o número de processos a serem julgados, conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/1998<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> “Art. 949. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.” BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>142</sup> “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 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;” *Idem, ibidem*. Não paginado.

<sup>143</sup> A Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/98 expressou que se tratava de jurisprudência consolidada. BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/1998*. Diário da Câmara dos Deputados de 15 de janeiro de 1998, p. 837-840.

Gilmar Mendes observa que se trata de uma forma de equiparar os efeitos das decisões em sede de controle abstrato-concentrado e concreto-difuso de constitucionalidade, bem como otimizar a uniformidade das decisões judiciais<sup>144</sup>.

Teori Zavascki também entendia que isso importa na vinculação da decisão do STF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário<sup>145</sup>.

Similarmente, José Levi Mello do Amaral Jr. assevera que o julgamento do incidente de inconstitucionalidade por Tribunal se torna paradigma para casos semelhantes. A exceção à cláusula de reserva de plenário seria, pois, uma questão de bom senso e economia processual<sup>146</sup>.

Com base nesses dispositivos legais, STF tem a concepção de que o relator pode dar provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão de Tribunal de Justiça em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade contrária à sua jurisprudência.

Isto é, o Ministro Relator do STF pode decretar a inconstitucionalidade de uma lei por meio de decisão monocrática.

Registro que a Rcl nº 383/SP foi o *leading case* para a admissão de recurso extraordinário contra decisão de Tribunal de Justiça em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade sobre normas de reprodução obrigatória, a fim de garantir a autoridade da STF na interpretação destas. Além disso, decidiu-se que a interposição do recurso não esvazia a natureza objetiva do processo<sup>147</sup>.

O julgamento dos RE nº 376.440/DF ED (conhecidos como agravo regimental) é representativo dessa problemática, posto que foi o único que teve acesso ao inteiro teor dos debates pelo meio eletrônico, mesmo com uma grande quantidade de julgados nesse sentido.

Fixou-se que essa dispensa da cláusula de reserva de plenário tem os mesmos fundamentos que a dispensa no controle concreto-difuso de constitucionalidade, com o propósito de modernização jurisdicional<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1113-1114.

<sup>145</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

<sup>146</sup> AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77-78.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 383/SP*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 21 de maio de 1993. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em 26 de maio de 2018.

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão dos RE nº 376.440 ED/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe nº 224, publicado em 14 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236152>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

Dirley da Cunha Jr. critica este posicionamento do STF, argumentando que o respeito à cláusula de reserva de plenário é imprescindível nos processos objetivos<sup>149</sup> – entendimento com o qual eu me alinho.

Não há identidade de fundamentos nas hipóteses de dispensa do art. 97 da Constituição. O controle abstrato-concentrado de constitucionalidade não contribui para o aumento excessivo de processos no STF, mas tem a consequência oposta devido ao efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Aliás, hoje há uma tendência de abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade, que visa justamente equiparar os atributos de suas decisões para racionalizar a jurisdição constitucional.

Malgrado o *status* de cláusula pétrea, o federalismo é mitigado, assumindo um caráter centralizador e cooperativo, implícito nos objetivos da República e na repartição de competências constitucionais entre os entes federativos<sup>150</sup>.

O STF, ao dispensar a cláusula de reserva de plenário em processos objetivos, torna evidente a assimetria do Estado federal brasileiro: caso uma lei estadual ou distrital seja questionada por meio de ADI, não haveria meios legais, muito menos jurisprudenciais, para uma decisão monocrática decretá-la inconstitucional.

Desta forma, a questão seria apreciada pelo Plenário, independentemente da solidez da jurisprudência fixada pela corte<sup>151</sup> – enquanto uma decisão colegiada de um Tribunal de Justiça do Estado pode ser cassada pelo Relator do processo.

### **3.4.5 Norma anterior ao parâmetro do controle de constitucionalidade**

A aplicabilidade da cláusula de reserva de plenário nos julgamentos de recepção de norma pré-constitucional é uma questão controversa.

---

<sup>149</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 161.

<sup>150</sup> A respeito do tema, Paulo Bonavides afirma que “A realidade básica da ordem estatal tem sido invariavelmente a União, dentro e fora do texto constitucional. Mas a União, com suas competências exaradas na Lei Suprema, por mais largas que estas sejam, não exaure nem preenche todo o espaço em cujas dimensões o unitarismo de nossa estrutura surpreendentemente se aloja. Há esferas outras, não menos amplas, de reconhecimento que só o exame dos fatos alcança”. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 421.

<sup>151</sup> Independentemente de se defender ou não a vinculação do legislador às decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade, não há como excluir uma lei do ordenamento jurídico nacional ou estadual prescindindo de processo judicial. O que se discute aqui é uma possibilidade de abreviação de um processo objetivo originalmente estadual.

Isto porque a presunção de constitucionalidade das leis só pode ser afirmada em relação às que tenham sido promulgadas durante a vigência da Constituição que é o parâmetro do controle de constitucionalidade<sup>152</sup>.

Duas correntes inconciliáveis solucionam a controvérsia: uma entende que a compatibilidade ou não de norma pré-constitucional com a Constituição vigente é questão de direito intertemporal, de modo que a cláusula de reserva de plenário é inaplicável; a outra entende que se trata, sim, de controle de constitucionalidade, de modo que a cláusula de reserva de plenário é aplicável.

Gilmar Mendes afere que a Constituição em vigor não tem cláusula de recepção que discipline essa passagem do direito ordinário, ao revés de Constituições pretéritas, causando a referida controvérsia<sup>153</sup>.

O STF adotou a corrente que inadmite o controle abstrato-concentrado de constitucionalidade sobre normas pré-constitucionais. A ementa da ADI nº 2 sintetiza bem a fundamentação disso:

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.<sup>154</sup>

Gilmar Mendes critica este posicionamento do STF. Argumenta que a inconstitucionalidade é o juízo objetivo de incompatibilidade entre duas normas e que o debate do direito intertemporal pressupõe densidade normativa idêntica das normas conflitantes, pois segundo o Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 “a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*)”<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 3, p. 198, 2006.

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 225.

<sup>154</sup> Não consegui acessar o inteiro teor do acórdão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ementa da ADI nº 2*. Rel. Min. Paulo Brossard. DJ de 21 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000113594&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

<sup>155</sup> “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Assim, o postulado de *lex superior* afasta as demais regras de colisão. Caso contrário, chegar-se-ia à conclusão de que lei especial ou posterior pudesse afastar norma constitucional<sup>156</sup>.

Conclui que a ADPF supre essa lacuna do direito brasileiro para resolver controvérsias relevantes sobre o direito pré-constitucional com eficácia geral e efeito vinculante<sup>157158</sup>.

A Lei nº 9.882/1999 não estabelece a cláusula de reserva de plenário para o julgamento da ADPF. Entretanto esse instituto deveria ser aplicado nos casos em tela, em razão da impropriedade técnica dos fundamentos da corrente dominante no STF, conforme identificado por Gilmar Mendes.

### 3.4.6 Tutela de urgência

Rafael Folador aduz que as decisões de controle de constitucionalidade em tutela de urgência dispensam a cláusula de reserva de plenário, que seria limitada às decisões de mérito, sob pena de violar o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva<sup>159</sup>.

Este autor fundamenta a sua ideia com base no julgamento unânime do Rcl nº 10.864/AP AgR pelo STF. Nesse caso, contudo, alegou-se que uma decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Amapá violou o enunciado nº10 da Súmula Vinculante ao indeferir pedido de medida cautelar em sede de ADI<sup>160</sup>. Isto é, não houve afastamento de incidência da lei que justificasse a subsunção à norma paradigma.

---

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 07 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 230-233.

<sup>157</sup> *Idem, ibidem*, p. 234.

<sup>158</sup> “Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.” BRASIL. *Lei nº 9.882 de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>159</sup> FOLADOR, Rafael. Aspectos controvertidos acerca da aplicação da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais no ordenamento jurídico brasileiro. Monografia (Trabalho de Conclusão de Graduação de Ciências Jurídicas e Sociais – UFRGS, Porto Alegre. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/121891>>, acessado em 11/04/2018, p. 42.

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do Rcl 10.864/AP AgR*. Rel. Min. Cármen Lúcia, publicado em 13/04/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

Desta forma, alinho-me à literalidade do art. 10 da Lei nº 9.868/1999 e ao art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.882/1999, os quais determinam que a medida cautelar em sede de ADI deve respeitar a cláusula de reserva de plenário, salvo no período de recesso, durante o qual pode ser concedida por decisão monocrática condicionada ao referendo do Plenário<sup>161</sup>.

Registro que o Projeto de Lei nº 7.104/2017, em tramitação no Congresso Nacional, propõe alterar os referidos enunciados legais para vedar a concessão de medida cautelar em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade mediante decisão monocrática, a pretexto de trazer maior segurança jurídica à judicialização das questões políticas<sup>162</sup>.

A eventual positivação deste limite proposto poderia trazer maior prudência no exercício do controle de constitucionalidade pelo STF, vez que a suspensão da eficácia de lei por meio de decisão monocrática pode ter grande repercussão social, sobretudo na hipótese de o Plenário revogá-la posteriormente.

### **3.4.7 Acórdão de Turma do Supremo Tribunal Federal que decreta lei inconstitucional incidentalmente**

A 2ª Turma do STF já decidiu que a cláusula de reserva de plenário não é aplicável ao acórdão de Turma do STF que decreta lei inconstitucional incidentalmente, sob o argumento de que esta Corte exerce o controle de constitucionalidade por excelência, de modo que a remessa ao Plenário não depende só de requerimento da parte<sup>163</sup>.

<sup>161</sup> Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º. No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º. Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

“Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.” BRASIL. *Lei nº 9.882 de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>162</sup> BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 7.014/2017*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C424B1C6D4263E1A0C0DDB94D5EED282.proposicoesWebExterno2?codteor=1533090&filename=PL+7104/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C424B1C6D4263E1A0C0DDB94D5EED282.proposicoesWebExterno2?codteor=1533090&filename=PL+7104/2017)>. Acesso em 12 de junho de 2018.

<sup>163</sup> Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Acórdão dos RE 361.829/RJ ED*, Rel. Min. Ellen Gracie, publicado em 19/03/2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

Em dissonância com este julgado, Luís Roberto Barroso afere que o incidente de inconstitucionalidade perante o STF segue o seu Regimento Interno, e não o Código de Processo Civil, e que, de qualquer forma, a remessa ao Plenário é devida após o reconhecimento da prejudicialidade da questão constitucional. Após a remessa, o Plenário decide o mérito do processo, sem devolvê-lo à Turma<sup>164</sup>.

O posicionamento de Luís Roberto Barroso está em consonância com os arts. 176 a 178 do Regimento Interno do STF, que não fazem ressalva à cláusula de reserva de plenário no caso de arguição de inconstitucionalidade em Turma do STF<sup>165</sup>.

Assim sendo, também sustento que o incidente de inconstitucionalidade suscitado em órgão fracionário do STF também deve ser submetido à cláusula de reserva de plenário. Afinal, os fundamentos deste instituto continuam presentes nesse caso.

Abordarei, no tópico a seguir, a natureza e os efeitos das decisões que julgam lei inconstitucional, relacionando-as à cláusula de reserva de plenário e aos precedentes judiciais.

---

<sup>164</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade do Direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

<sup>165</sup> Art. 176. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

Art. 177. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

## 4 EFEITOS E LIMITES DA DECISÃO DESCONSTITUTIVA DE LEI INCONSTITUCIONAL

Nesse capítulo, trabalharei um elemento essencial da interpretação sistemática que resultou na hipótese do meu trabalho, qual seja os efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade, com foco na eficácia reflexa desses provimentos judiciais.

### 4.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Repiso que o controle de constitucionalidade é a garantia máxima da supremacia e rigidez constitucional<sup>166</sup> e decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>167</sup>.

Lúcio Bittencourt firmou que o controle de constitucionalidade das leis é uma atribuição conseqüente da função jurisdicional, de modo que todos os órgãos judiciais podem e devem exercê-lo, ainda que de ofício, incluindo o juízo singular<sup>168</sup> - desde que haja uma controvérsia real na lide<sup>169</sup>.

Este autor definia o controle de constitucionalidade concreto-difuso como uma defesa processual do lesado contra o ato inconstitucional, com o pedido de recusa da aplicação no caso concreto. A inconstitucionalidade há de ser um incidente no litígio, sem possibilidade de formar coisa julgada contra todos<sup>170</sup>, não se admitindo um processo com esse fim<sup>171</sup>.

Em virtude disso, a decisão que julga lei inconstitucional em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade só produz efeitos *inter partes*<sup>172</sup>.

Diversamente, o controle de constitucionalidade abstrato-concentrado tem como questão principal o juízo de constitucionalidade de uma lei em tese, mediante ajuizamento de ação própria perante o Tribunal competente.

Por conseguinte, o capítulo dispositivo da decisão tem eficácia *erga omnes*, atingindo a todos independentemente de sua participação no caso, e efeito vinculante, relativamente ao Judiciário e à administração pública, direta e indireta, em todas unidades federativas<sup>173</sup>.

<sup>166</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 97.

<sup>167</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79; ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. *Direito processual do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.183.

<sup>168</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 35-39.

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 113.

<sup>170</sup> O Código de Processo Civil admite a formação de coisa julgada sobre questão constitucional quando apreciada pelo STF, conforme se analisará no item seguinte.

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*, p. 98-100.

<sup>172</sup> *Idem, ibidem*, p. 136.

<sup>173</sup> Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

A partir de outro ponto de vista, Gilmar Mendes argui que a diferença entre esses dois modelos de controle de constitucionalidade não tem relevância teórica, residindo na admissibilidade de cada um: no controle concreto-difuso de constitucionalidade, exige-se uma relação processual subjetiva, o que não se verifica no controle abstrato-concentrado de normas. Alega, ainda, que a análise da constitucionalidade da lei no controle concreto-difuso está desvinculada do processo originário e tem consequências idênticas à fiscalização abstrata<sup>174</sup>.

#### 4.2 NATUREZA DE UMA DECISÃO JUDICIAL QUE JULGA LEI INCONSTITUCIONAL

No presente trabalho, adoto a teoria da natureza desconstitutiva da decisão que julga lei inconstitucional, a qual tem posição minoritária na doutrina, como bem observa Marinoni<sup>175</sup>.

Ao contrário, o juízo de constitucionalidade tem incontroversa natureza declaratória, visto que mantém o estado das coisas.

Explicarei o porquê desse entendimento, já que se trata de um pressuposto teórico do trabalho, ainda que não influencie diretamente na conclusão da pesquisa.

A doutrina americana defendia que as relações fundadas sob lei inconstitucional não tinham juridicidade, sendo nulas, pois a inconstitucionalidade inexiste no mundo jurídico. Por isto, a decisão judicial declarava a inconstitucionalidade (fato pré-existente) e deveria ter efeitos *ex tunc*<sup>176</sup>.

A cultura jurídica do Brasil, fundada no *civil law*, dificultou a importação do controle. Então, a doutrina brasileira defendeu a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional e a obrigatoriedade de seguir a decisão do STF, enfrentando relutância dos juízes<sup>177</sup>.

Rui Barbosa, inspirado pela doutrina americana, defendia que a inconstitucionalidade tornava os atos de qualquer Poder nulos, porque:

Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade.<sup>178</sup>

---

vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

<sup>174</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1108.

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

<sup>176</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa* (v. 41 n. 161). Brasília: Senado Federal, p. 150, 2004.

<sup>177</sup> CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/id/521908](http://www.agu.gov.br/page/download/id/521908)>. Acesso em 03/05/2018. P. 5.

<sup>178</sup> BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2ª ed. Campinas: Russel, 2004, p. 40-42.

Canotilho também seguia essa linha de raciocínio da teoria da nulidade, influenciando a doutrina brasileira, ainda que tenha se debruçado sobre outro ordenamento jurídico.

Em seu manual de Direito Constitucional, afirma que a decisão do controle difuso lida com nulidade típica, logo, tem natureza declaratória; e que o controle concentrado tem decisões de natureza constitutiva<sup>179</sup>.

Contraditoriamente, ao tratar especificamente da fiscalização abstrata de normas, afirma que:

A declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de uma norma implica a **nulidade ‘ipso jure’** da mesma norma, produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (cfr. Art. 282.º/1). Por outras palavras: a declaração de inconstitucionalidade produz um *efeito de invalidação* da norma porque faz remontar os seus efeitos à data da sua entrada em vigor. Se os efeitos fossem apenas *ex nunc*, contados a partir da data da publicação da decisão do Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade produziria apenas um *efeito revogatório*.<sup>180</sup> (grifos do autor)

Contemporaneamente, Luís Roberto Barroso sustenta que a decisão é declaratória porquanto dá certeza jurídica a uma situação preexistente à impugnação da lei<sup>181</sup>.

Gilmar Mendes observa que o STF demonstra seguir a doutrina majoritária pela “fórmula” da redação de seus acórdãos, que sempre falam em declaração de inconstitucionalidade, que implica na nulidade com efeitos retroativos se não houver ressalvas<sup>182</sup>.

O autor supracitado aduz que existe um princípio constitucional da lei inconstitucional. Justifica-o pela faculdade do Poder Judiciário de não aplicar leis inconstitucionais e pela faculdade do indivíduo não as cumprir e exercer o seu direito de ação<sup>183</sup>.

José Afonso da Silva assimila a discussão da nulidade da lei inconstitucional distintivamente, ao reparar que “essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade [...]”<sup>184</sup>.

Assevera, assim, que a decisão que julga lei inconstitucional na via indireta não afeta a lei, até que o Senado Federal suspenda a sua eficácia. Em contrapartida, pela via direta há a

<sup>179</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 904.

<sup>180</sup> *Idem, ibidem*, p. 1013.

<sup>181</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade do Direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 362.

<sup>183</sup> *Idem, ibidem*, p. 367-368.

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55.

supressão da eficácia e aplicabilidade da lei, desfazendo os efeitos normativos com força de coisa julgada material, com valor geral e vinculante a todos<sup>185</sup>.

Pontes de Miranda constatou que controle de constitucionalidade tem como objeto o plano de validade da lei. A declaração de inexistência de lei não diz respeito à sua compatibilidade com a Constituição, motivo pelo qual prescinde da cláusula de reserva de plenário<sup>186</sup>.

A arguição de inconstitucionalidade (em sentido amplo), em si, pressupõe a existência de uma lei promulgada após apreciação por duas casas do Poder Legislativo e sanção presidencial<sup>187</sup>. Lei esta que tem o atributo da obrigatoriedade e deve ser obedecida até a decisão definitiva do Tribunal competente que decreta a sua inconstitucionalidade – antes disso não há invalidade.

Não se pode olvidar que muitas vezes a lei só é questionada após anos de vigência, ou até se torna inconstitucional por razões supervenientes à sua promulgação, de modo que não se pode negar sua existência e sua eficácia.

Igualmente, Kelsen defendia que a nulidade é o grau mais alto da anulabilidade, posto que é efeito da decisão do controle abstrato de normas e não pode ser juridicamente afirmada antes disso. Isto é, a lei é válida até decisão contrária, a qual pode retroagir ou não<sup>188</sup>.

Fredie Didier Jr. *et al* analisam o problema à luz do direito positivo contemporâneo e do controle de constitucionalidade abstrato-concentrado.

Alegam que, enquanto o fim da ADC é transformar a presunção de constitucionalidade da lei em coisa julgada, assumindo feição declaratória, a ADI busca desconstituir a presunção, para que se decreta a invalidade – a sanção jurídica à inconstitucionalidade<sup>189</sup>. Afinal, uma decisão sancionatória não é uma mera declaração.

De mais a mais, a ação constitutiva tem relação com os direitos potestativos – poderes jurídicos de alterar, criar ou extinguir situações jurídicas. A defesa da Constituição seria um direito potestativo coletivo de desconstituir normas inconstitucionais<sup>190</sup>.

---

<sup>185</sup> *Idem, ibidem*, p. 55-57.

<sup>186</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 (Volume V)*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 279.

<sup>187</sup> Refere-se aqui à lei formal para fins de argumentação, uma vez que a abordagem de todos as espécies normativas tornaria o texto extenso.

<sup>188</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 306-308.

<sup>189</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 467.

<sup>190</sup> *Idem, ibidem*, p.467.

Prosseguem com a declaração de que o ato inválido existe, por isso pode produzir efeitos – os quais cessam com a sua desconstituição. Isto posto:

Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação, (d) se pode ser desfeita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes, pois a resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico - trata-se de aspecto a ser investigado em cada direito positivo.<sup>191</sup>

Dão exemplo da simulação, que era causa de anulabilidade do negócio jurídico e passou a ser causa de nulidade. Logo, o defeito não se confunde com a sanção dada<sup>192</sup>.

Concluem que nem todo ato defeituoso é inválido e que todo juízo desconstitutivo reconhece uma situação anterior – o que é premissa para a extinção de dada situação jurídica<sup>193</sup>.

O Código de Processo Civil traz um exemplo de ato defeituoso que não é necessariamente inválido, conforme art. 64, § 4º: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.”<sup>194</sup>

Destarte, o STF também decide acerca da convalidação ou invalidação das relações jurídicas e atos jurídicos praticados sob a lei inconstitucional, mediante a modulação dos efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade<sup>195</sup>.

Este instituto altera o termo inicial do efeito destas decisões, podendo não decretar a invalidade de situações jurídicas construídas sob norma reconhecida como inconstitucional.

Não se discutiria o plano de eficácia de decisão meramente declaratória nulidade preexistente à impugnação da lei inconstitucional, mas de decisão desconstitutiva cujos efeitos decorrem do direito positivo.

Gilmar Mendes considera a modulação de efeitos uma alternativa à simples declaração de nulidade, pois a nulidade não implica na nulidade automática de todos os atos praticados com base nela, por motivos de segurança jurídica<sup>196</sup>.

<sup>191</sup> *Idem, ibidem*, p.468-469.

<sup>192</sup> *Idem, ibidem*, p.469.

<sup>193</sup> *Idem, ibidem*, p.470.

<sup>194</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>195</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 376.

Essa questão se torna mais problemática no caso de coisa julgada formada com fundamento em lei posteriormente considerada inconstitucional por decisão do STF, o que não será aprofundado aqui<sup>197</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho admite que a modulação dos efeitos das decisões desconstitutivas de inconstitucionalidade desprestigia a Constituição e politiza o controle de constitucionalidade, bem como estabelece uma anulabilidade gradativa do ato inconstitucional, o qual pode ser:

1) nulo de modo absoluto (desconstituído *ex tunc*); 2) inválido, mas desconstituído apenas a partir de determinado momento no passado; 3) inválido, contudo desconstituído a partir da decisão que reconhece o vício (*ex nunc*); 4) inválido, entretanto, desconstituído apenas a partir de um momento no futuro; 5) válido, embora inconstitucional, quando não for prevista a cessação de seus efeitos (irrelevância do vício).<sup>198</sup>

A natureza desconstitutiva da decisão que julga lei inconstitucional é, sim, mais convincente no controle abstrato-concentrado de normas.

De qualquer forma, acredito que o fato dos efeitos do controle concreto-difuso de constitucionalidade serem restritos às partes não retira a qualidade desconstitutiva da decisão, sobretudo diante da tendência de aproximação dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade proferidas pelo STF, o que será visto mais adiante. Portanto, há uma desconstituição *inter partes*, e não geral.

A diferença fundamental reside no fato de que a decretação incidental de constitucionalidade não forma coisa julgada material, salvo se feita pelo STF – órgão competente para resolver sobre a constitucionalidade das leis como questão principal<sup>199</sup>.

<sup>197</sup> Problema analisado em: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>198</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142-143.

<sup>199</sup> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

### 4.3 EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO-CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Abordarei apenas a eficácia reflexa<sup>200</sup> das decisões definitivas de mérito em controle de constitucionalidade abstrato-concentrado, em razão de da literalidade do art. 102, § 2º, da Constituição da República<sup>201</sup>.

Todavia não ignoro que a decisão concessiva de medida cautelar em ADI tem efeito vinculante, o qual é diferente por consistir na suspensão da eficácia da lei impugnada e dos processos que envolvam a sua aplicação, além de retirar a ultra-atividade das decisões judiciais proferidas em desacordo com o entendimento precário do STF<sup>202</sup>.

Reitero que o principal efeito de uma decisão que julga lei inconstitucional em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade é a desconstituição da norma impugnada, enquanto o juízo de constitucionalidade é declaratório e dá certeza jurídica da validade da norma impugnada.

Não irei abordar a eficácia temporal da decisão, nem a sua modulação.

#### **4.3.1 Limites objetivos do efeito vinculante e a diferenciação da eficácia *erga omnes***

O efeito vinculante “proíbe a renovação de ato cujo conteúdo se identifique ao do ato reputado incompatível com a Constituição pelo STF”<sup>203</sup>, bem como exige que os atos contrários sejam reconhecidos como inválidos e impugnáveis por reclamação constitucional, conforme se decidiu na questão de ordem da ADC nº1.

Houve a divergência do Ministro Marco Aurélio, por entender que o efeito vinculante fere a independência dos juízes e o devido processo legal, ao submeter cidadãos a decisões sem ter participado do processo<sup>204</sup>.

<sup>200</sup> Termo utilizado Paulo Roberto Lyrio Pimenta para se referir ao reflexo das decisões em controle de constitucionalidade em relação a sujeitos que não participaram do processo. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102.

<sup>201</sup> “Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>202</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1347.

<sup>203</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 64

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADC nº 1 QO*. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado em 17/06/1995. Disponível em:

Consoante decisão unânime do STF em sede de recurso extraordinário, o efeito vinculante não implica no desfazimento automático dos atos contrários à decisão de mérito do STF, mormente se se tratar de decisão judicial.

Para tanto, é necessário ajuizar ação rescisória ou recurso próprio (e não reclamação), ressalvada a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado<sup>205</sup>.

A fundamentação do julgado utilizou dois conceitos relativos aos efeitos das decisões de controle abstrato-concentrado de leis: a eficácia normativa, que retira a norma da ordem jurídica com efeito *ex tunc*; e a eficácia executiva ou instrumental (efeito vinculante propriamente dito) com efeito *ex nunc*, qual seja a força impositiva contra decisões e atos supervenientes, que não opera automaticamente e tem a publicação do acórdão como termo inicial.

Mas, é a coisa julgada material, de eficácia *erga omnes*, que impede o reexame de uma questão pelos demais órgãos do Judiciário<sup>206</sup>, e não o efeito vinculante das decisões do STF. Segundo André Dias Fernandes:

*A finalidade* desses dois institutos também é diversa: a coisa julgada *erga omnes* serve para tornar imutável e indiscutível a decisão definitiva de mérito do STF em ADIn e ADC; o efeito vinculante serve para tornar obrigatória a aplicação da decisão do STF em ADIn e ADC a hipóteses *similares* à que foi objeto de julgamento da ADIn ou da ADC [...]

Os *limites subjetivos* da coisa julgada *erga omnes* e do efeito vinculante também são diferentes: basta lembrar que a coisa julgada *erga omnes* atinge inclusive o STF, impedindo-o de *redecidir* a mesma lide objetiva, quer no mesmo processo objetivo, quer em outro processo (objetivo ou subjetivo), ao passo que o efeito vinculante não atinge o próprio STF, o qual pode, no julgamento de norma de *conteúdo semelhante* ao de norma por ele mesmo declarada (in)constitucional, decidir de forma diferente<sup>207</sup>. (grifos do autor)

Independentemente dessa distinção conceitual, ambos institutos concretizam a segurança jurídica e harmonia social – princípios norteadores do controle de constitucionalidade<sup>208</sup>.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em 05 de maio de 2018.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do RE nº 730.462/SP*. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe nº 177, publicado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

<sup>206</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 57; MAUÉS, Antonio Moreira. O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 443, 2016.

<sup>207</sup> FERNANDES, André Dias. *Da eficácia das decisões do STF em Adin e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Dissertação (Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza). Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12513>. Acesso em 12 de junho de 2018. P. 130-131.

<sup>208</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

Conforme a teoria da transcendência dos motivos determinantes, a qual adoto, o efeito vinculante é atribuído à fundamentação determinante da decisão constitucional<sup>209</sup>: aquela que tem uma função de essencialidade para a solução do caso, sem a qual o resultado seria diferente<sup>210</sup>.

Isto porque só se compreende a parte dispositiva de uma decisão judicial quando há a compreensão dos seus fundamentos determinantes<sup>211</sup>.

Dirley da Cunha Jr. entende que a eficácia *erga omnes* é suficiente para deduzir o efeito vinculante, de maneira que não haveria sentido para o tratamento como institutos distintos. Além disso, sustenta que a teoria da transcendência dos efeitos determinantes contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>212</sup>.

Segundo Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, o efeito vinculante decorre do princípio dos precedentes vinculantes, presente nos países de *common law*, com o objetivo de fortalecer a eficácia das decisões constitucionais e de garantir a uniformidade decisória no Judiciário<sup>213</sup>.

Isto é, o efeito vinculante centraliza a interpretação do STF sobre questões constitucionais.

A adoção dessa teoria resulta que, caso vigore em um Estado uma lei de conteúdo idêntico a uma decretada inconstitucional pelo STF, aquele teria o ônus de não aplicar a lei idêntica à declarada inconstitucional sem necessidade de determinação judicial específica<sup>214</sup>, visto que a presunção de constitucionalidade da lei foi elidida.

Contudo, o legislador estadual não estaria juridicamente impedido de superar a interpretação do STF mediante edição de uma nova lei, bem como a lei não é automaticamente excluída do ordenamento jurídico, em razão da natureza desconstitutiva da decisão que julga lei inconstitucional.

---

<sup>209</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 483.

<sup>210</sup> Como razões determinantes, compreende-se como aquelas que são um passo necessário à decisão tomada, e não qualquer argumento. Essas razões devem ter sido apreciadas por todos Ministros no julgamento, ainda que não seja necessária a concordância na matéria. No caso de dúvida quanto às razões determinantes, “recorre-se ao seguinte método: destaca-se a formulação sobre cuja essencialidade se debate e procede-se à inversão de seu significado. Se disto decorrer uma alteração do resultado da decisão, será possível afirmar que tal formulação constitui preceito essencial à solução do caso”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 181, 2005.

<sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 449-450.

<sup>212</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 240-241.

<sup>213</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

<sup>214</sup> *Idem, ibidem*, p. 485.

Essa teoria fomenta o objetivo de racionalizar o exercício da jurisdição constitucional, consoante Luís Roberto Barroso<sup>215</sup>.

Paula Arruda entende que o efeito vinculante, como adotado no Brasil, é um óbice ao diálogo entre o Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, além de transformar a reclamação constitucional em um instrumento de coerção e verticalização jurisdicional<sup>216</sup>.

Demonstro no item 4.3.2.3 desse trabalho que a reclamação constitucional pode ser utilizada como meio de revisão de um posicionamento anterior do STF, e não é usada necessariamente para engessar a interpretação constitucional.

Além disso, Lenio Streck assevera que a teoria em tela não engessa o Judiciário, mas exige uma nova postura dos magistrados. Estes devem assumir o ônus argumentativo de ajustar e justificar a sua decisão no contexto do acórdão vinculante<sup>217</sup>.

O posicionamento do STF acerca dos limites objetivos do efeito vinculante é casuístico. Também se divide o impasse em duas correntes: a que identifica a coisa julgada com efeito vinculante e a que reconhece o efeito vinculante dos motivos determinantes para a decisão.

Inicialmente, essa divergência tomou lugar na Rcl nº 1.987<sup>218</sup>, na qual prevaleceu a transcendência dos motivos determinantes, com os votos dos Ministros Maurício Correa (Relator), Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Nelson Jobim.

Alegou-se, em síntese, que a eficácia transcendente da motivação é inerente à própria função jurisdicional e à efetiva tutela da força normativa da Constituição. Caso a vinculação se limitasse ao dispositivo da decisão, esta perderia sua força de precedente a atingir casos futuros, não se diferenciando da coisa julgada material. Considerando que o controle de constitucionalidade é fundado em questões de direito, o seu valor de precedente estaria nas razões determinantes da decisão.

Do outro lado, Carlos Ayres Britto (que contraditoriamente votou pela procedência da reclamação), Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, interpretaram que as

---

<sup>215</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236. No mesmo sentido: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 1134-1135; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

<sup>216</sup> ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional: Estudo Comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96-100.

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 449-451.

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 1.987-0/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 21 de maio de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

decisões do STF por si se transformariam em Súmulas Vinculantes se os motivos tivessem qualidade de coisa julgada.

Posteriormente, o STF rejeitou a referida tese, sob o argumento de que a concentração do poder decisório é antidemocrática e confere prestígio máximo ao STF em detrimento das demais instâncias do Judiciário<sup>219</sup>.

À vista do limite do efeito vinculante ao dispositivo da decisão, caso diversos Estados tenham leis com conteúdo idêntico a uma lei considerada inconstitucional pelo STF, o ajuizamento de ADI será necessário para a sua desconstituição, sem que haja um ônus político e jurídico de revogação ao ente federativo autor da outra lei.

Em verdade, esse posicionamento consiste em uma jurisprudência defensiva do STF – caracterizada como o uso das decisões judiciais como uma válvula de autorregulação político-processual<sup>220</sup> ou um excesso de rigorismo processual voltado à redução de processos a serem julgados<sup>221</sup>.

O número de reclamações ajuizadas cresceu bastante depois de 2005, quando o STF admitiu a teoria da transcendência dos motivos determinantes, e diminuiu em 2008, quando a rejeitou. Além disso, adotou outras medidas para restringir o uso da reclamação, instrumento estratégico para situações nas quais as vias recursais são restritas<sup>222</sup>.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi constatarem que a transcendência dos motivos determinantes é aplicada de forma velada, intitulado esse comportamento da Corte como tese de efeito transcendente indireto<sup>223</sup>.

Essa tese é identificável pela possibilidade de decisão monocrática dar provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão em dissonância com a jurisprudência dominante do STF, construção jurisprudencial incorporada pelo art. 557, § 1º-A, do Código de

---

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl 2.475-AgR*. DJ de 14 de setembro de 2007. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506563>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

<sup>220</sup> ARGUELHES; Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FALCÃO, Joaquim. *Supremo em números: I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2011. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/I%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%b3meros%20-%20O%20M%c3%b3ltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em 18 de maio de 2018, p. 43.

<sup>221</sup> FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de processo*, v. 37, nº 209, p. 123, 2012.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*, p. 45-47.

<sup>223</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

Processo Civil de 1973<sup>224</sup> e mantido pelo art. 932, IV, do Código de Processo Civil<sup>225</sup>. Esse dispositivo tem o objetivo declarado de garantir plenitude à autoridade dos Tribunais<sup>226</sup>, argumento semelhante ao da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Gilmar Mendes argumenta que o referido dispositivo legal favorece a segurança jurídica pela uniformidade das decisões judiciais, visto que a decisão do STF que julga lei inconstitucional elide a presunção de constitucionalidade que operava em favor da lei. Afinal, após o exame da constitucionalidade da lei, não se espera uma mudança de entendimento<sup>227</sup>.

De mais a mais, sustenta que se se trata de uma equiparação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade concreto e abstrato, pois pouco importa de qual decorre a jurisprudência, sendo, portanto, uma expressão do efeito vinculante das decisões do STF<sup>228</sup>.

### 4.3.2 Limites subjetivos do efeito vinculante

O art. 102, § 2º, da Constituição da República determina que:

Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>229</sup>

Em linhas gerais, a doutrina busca responder se o existe vinculação do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do próprio STF, a partir de uma interpretação literal deste enunciado.

<sup>224</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. BRASIL. *Lei nº 5.869/1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impresao.htm)>. Acesso em 08 de maio de 2018.

<sup>225</sup> 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. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>226</sup> A Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/98 expressou que se tratava de jurisprudência consolidada. BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/1998*. Diário da Câmara dos Deputados de 15 de janeiro de 1998, p. 837-840.

<sup>227</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1113

<sup>228</sup> *Idem, ibidem*, p. 1115.

<sup>229</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

#### 4.3.2.1 Efeitos vinculantes sobre o Poder Executivo

Manoel Jorge e Silva Neto concebe que as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade abstrato-concentrado não vinculam os Chefes do Poder Executivo, por não se confundirem com a administração direta e indireta, composta de órgãos (e entidades) incorporados à função executiva. Outrossim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 alterou a redação do art. 102, § 2º, dada pela Emenda Constitucional nº 03/1993, a qual incluía a vinculação do Poder Executivo.<sup>230</sup>

Entendo que o Poder Executivo está, sim, vinculado às decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade abstrato-concentrado<sup>231</sup>.

Isto porque a atividade administrativa tem limites nas normas postas, mesmo quando tenha natureza discricionária e/ou seja exercida pelo Chefe do Poder Executivo, em razão do princípio da legalidade estrita.

Ademais, o seu poder normativo é secundário e restrito à fiel execução das leis (art. 84, IV, da Constituição<sup>232</sup>), com pouca margem de conformação política em comparação com o Poder Legislativo e com o STF.

A vinculação dos Chefes do Poder Executivo não viola o princípio da separação dos Poderes e nem a forma federativa do Estado, mas garante a higidez da supremacia constitucional.

Não se pode olvidar que os Tribunais de Justiça dos Estados também estão vinculados, embora sejam órgãos de cúpula de Poder assim como os Chefes do Poder Executivo.

#### 4.3.2.2 Ausência de vinculação do Poder Legislativo

O entendimento prevalecente ratifica a literalidade da Constituição e elide a incidência do efeito vinculante sobre o Poder Legislativo.

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto:

Se o Poder Legislativo incorpora a especial condição de representante da soberania popular; se a lei é consequência de injunções de natureza política, social, econômica, cultural, antropológica – e não apenas jurídica –, não

<sup>230</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275-276.

<sup>231</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1346.

<sup>232</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

haveria fundamento para vincular também o legislador ao efeito descrito no § 2º do art. 102 da Constituição.<sup>233</sup>

Dirley da Cunha Jr. Reconhece que o Poder Legislativo tem a faculdade jurídica de reeditar lei considerada inconstitucional pelo STF, ainda que isso seja censurável<sup>234</sup>.

Esse entendimento foi reafirmado em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, na qual firmou que o legislador pode reeditar lei desconstituída pelo STF sem desrespeitar a sua autoridade<sup>235</sup>.

Entretanto o STF decretou a inconstitucionalidade de lei federal que superava sua interpretação constitucional sobre o foro por prerrogativa de função no julgamento da ADI nº 2.797.

Decidiu-se que lei ordinária não pode impor uma interpretação constitucional como seu objeto imediato, sob pena de inconstitucionalidade formal, sobretudo se contrariar entendimento do STF, o que usurparia a missão deste de intérprete final da Constituição ou condicionaria as suas decisões ao referendo legislativo<sup>236</sup>.

Sérgio Antônio Ferreira Victor analisa o referido julgado – um caso típico do fenômeno leis *in your face*. Primeiro, relembra que o Legislador não está vinculado às decisões do STF. Segundo, que toda lei ordinária é necessariamente uma interpretação constitucional. Terceiro, que se houvesse inconstitucionalidade, seria de ordem material – não entre a lei e um sentido inequívoco da Constituição, mas entre a lei e a interpretação do STF<sup>237</sup>.

O autor mencionado assevera que somente o Poder Legislativo poderia reabrir o debate constitucional por meio de uma nova lei, visto que os demais Poderes estão vinculados ao STF. Nessa hipótese, o STF deveria estar aberto ao diálogo institucional e analisar a constitucionalidade da lei com atenção ao contexto político que motivou a reiteração legislativa – evitando uma decretação de constitucionalidade meramente reativa a uma interpretação diversa, embora isso não seja regra da Corte<sup>238</sup>.

<sup>233</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

<sup>234</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 240.

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática da Rel n° 5.442 MC*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 06 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2162407&tipoApp=RTF>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 2797/DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=395710>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

<sup>237</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015, 227-230.

<sup>238</sup> *Idem, ibidem*, p. 231-232.

Registro, porém, que não irei me aprofundar sobre o diálogo institucional entre os Poderes, em virtude dos limites deste trabalho.

#### 4.3.2.3 Ausência de autovinculação do Supremo Tribunal Federal

Tal qual o caso do Poder Legislativo, o entendimento prevalecente ratifica a literalidade da Constituição, que se refere aos demais órgãos do Poder Judiciário, de modo que o STF não está vinculado às suas próprias decisões.

Nesse íterim, via de regra, as decisões do STF com efeito vinculante têm uma eficácia vertical mais evidente do que a sua eficácia horizontal<sup>239</sup>.

Conforme Gilmar Mendes, a coisa julgada com eficácia *erga omnes* tem força de lei, contudo contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* e pode ser alterada se mudarem as circunstâncias fáticas e jurídicas que a formaram<sup>240</sup>. Alega, ainda, que a autovinculação material do STF significaria renunciar ao próprio desenvolvimento da Constituição<sup>241</sup>.

O STF também não se considera vinculado às próprias decisões.

O STF reconheceu a inconstitucionalidade material de lei considerada formalmente constitucional em decisão anterior, no julgamento da ADI nº 5.081/DF<sup>242</sup>.

Essa desvinculação equipara as decisões proferidas em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade e em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade.

Na Rcl nº 4.374/PE<sup>243</sup>, conhecida e julgada improcedente, modificou-se entendimento previamente fixado em ADI que declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993<sup>244</sup>. Entendeu-se que os critérios definidos neste enunciado legal estão em processo de inconstitucionalização.

<sup>239</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000. Revista Direito GV, v. 12, p. 444, 2016.

<sup>240</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015, p. 1336-1338.

<sup>241</sup> *Idem, ibidem*, p. 1347.

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 5.081/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25/05/2015. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=9175293>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.374/PE*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe nº 183, publicado em 04 de setembro 2013. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

<sup>244</sup> “Art. 20, § 3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. BRASIL. *Lei nº 8.742/1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18742.htm)>. Acesso em 18 de maio de 2018.

Fixou-se que o STF pode decretar, incidentalmente, a inconstitucionalidade das normas tidas como parâmetro da reclamação, mediante juízo hermenêutico típico da reclamação. O julgamento da reclamação permite, pois, a redefinição e alcance da decisão supostamente desrespeitada, podendo superá-la.

O Ministro Teori Zavascki foi o único que divergiu no mérito e argumentou que a mudança de entendimento consistiria na rescisão da ADI (vedada pela Lei nº 9.868/1999) e em uma nova espécie de controle abstrato de constitucionalidade<sup>245</sup>.

#### 4.4 EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCRETO-DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Registro que também não irei abordar a eficácia temporal das decisões em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade, e, sim, a sua eficácia reflexa.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta atesta que o objetivo do controle de constitucionalidade difuso das leis é “a tutela de direito que envolva a aplicação da lei supostamente inconstitucional”, de maneira que a questão aparece como fundamento jurídico do pedido ou da resposta do réu<sup>246</sup>.

Por conseguinte, a decisão tem eficácia *inter partes*, mas há hipóteses em que ultrapassa o limite da lide<sup>247</sup>.

Lúcio Bittencourt perfilhava o entendimento de que os juízes estão obrigados a seguir o entendimento dos Tribunais Superiores acerca de questões constitucionais, apesar de entender que essas decisões têm eficácia entre as partes e que a lei não é anulada<sup>248</sup>.

Hoje há uma tendência positivada e jurisprudencial de abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, o que corresponde à equiparação dos efeitos das decisões em sede de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade.

Essa tendência pode ser aferida pelo sistema de precedentes do Código de Processo Civil (que será analisado em item próprio); pela dispensa da cláusula de reserva de plenário no caso de já haver posicionamento do STF ou do Tribunal (já abordado); pelo esvaziamento do papel

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.374/PE*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe nº 183, publicado em 04 de setembro 2013. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 18 de maio de 2018. P. 2.

<sup>246</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71.

<sup>247</sup> *Idem, ibidem*, p. 102.

<sup>248</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 143-145.

do Senado Federal no controle de constitucionalidade; e pelo regime jurídico do recurso extraordinário.

Não irei analisar a influência da Súmula Vinculante, sem embargo de sua influência nessa problemática, limitando-me ao exercício do controle de constitucionalidade por meio do processo judicial.

Inclusive, José Levi Mello do Amaral Jr. sustenta que o incidente de inconstitucionalidade em Tribunal tem natureza abstrata por quatro motivos.

Primeiro, porque o seu efeito devolutivo opera somente quanto à questão de direito, sem possibilidade de conhecimento do caso concreto pelo plenário.

Segundo, pois a possibilidade de suscitação do incidente de inconstitucionalidade *ex officio* implica na causa de pedir aberta do controle concreto-difuso de constitucionalidade.

Terceiro, pela ausência de partes no incidente de arguição de inconstitucionalidade, assim como no processo objetivo.

Quarto, visto que se trata de um incidente processual quase autônomo em relação ao feito originário. Afinal, a procedência do incidente significa o reconhecimento da inconstitucionalidade em tese das normas impugnadas, quer seja pela desconsideração do caso de concreto no julgamento, quer seja pela transcendência da decisão plenária mediante dispensa da cláusula de reserva de plenário para casos semelhantes<sup>249</sup>.

Parte da doutrina diverge ao entender que essa abstrativização descaracteriza o controle concreto-difuso de constitucionalidade, assim como viola o devido processo legal e o princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>250</sup>.

Contudo, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário à interpretação do STF não impede o exercício do direito de ação, nem abrevia o processo indevidamente – salvo na via recursal.

A questão prejudicial da decisão de mérito da demanda que é vinculada. Nada impede uma eventual distinção ou superação do caso paradigma.

---

<sup>249</sup> AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45-47.

<sup>250</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. *Direito processual do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

#### 4.4.1 O esvaziamento do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade

O art. 52, X, da Constituição da República designa ao Senado Federal a competência privativa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”<sup>251</sup>.

Ainda sob Constituições anteriores, a doutrina e o STF já discutiam a natureza e os limites desse instituto, dividindo-se em duas correntes existentes até então: a que entendia que o Senado Federal tem o dever de dar publicidade às decisões do STF que julgam lei inconstitucional; e a que entendia que o Senado Federal tem competência discricionária.

A discussão tem como objeto o controle concreto-difuso de constitucionalidade, visto que a Constituição atribui o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle abstrato-concentrado de constitucionalidade.

##### 4.4.1.1 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade visto pela doutrina

A primeira corrente esvazia o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, no sentido de que rejeita o seu poder decisório.

Lúcio Bittencourt entendia que a decisão definitiva do STF já suspendia a eficácia da lei por si, de maneira que o Senado Federal não poderia suspender a execução desta, porém apenas dar publicidade da decisão a todos os cidadãos<sup>252</sup>.

Gilmar Mendes segue esse raciocínio e defende a mutação constitucional do enunciado constitucional<sup>253</sup>, principalmente como Ministro do STF, sobre o que irei discorrer mais adiante.

Inocêncio Mártires Coelho define a mutação constitucional como uma alteração normativa que não altera o texto do enunciado, devido a mudanças no prisma histórico-social ou fático-axiológico, em decorrência da textura aberta da Constituição – desde que não atinja o núcleo essencial desta<sup>254</sup>.

Gilmar Mendes aduz que a primeira corrente tem coerência com a teoria da nulidade da norma constitucional, pois não se poderia falar em ato jurídico perfeito com fundamento em lei inconstitucional<sup>255</sup>.

---

251 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

252 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145-146.

253 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa* (v. 41 n. 161). Brasília: Senado Federal, p. 149-166, 2004.

254 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179-183.

255 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa* (v. 41 n. 161). Brasília: Senado Federal, p. 150, 2004.

Ademais, afirma que a referida competência do Senado Federal tem valor meramente histórico, visto que tinha fundamento em uma concepção hoje superada de separação de Poderes – qual seja o papel do Senado Federal de coordenar a relação entre os poderes e ausência do instituto do *stare decisis*<sup>256257</sup>.

Justifica a concepção do anacronismo do art. 52, X, da Constituição da República pelo privilégio dado por esta ao controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, em detrimento do controle concreto-difuso.

Como exemplos, cita a ampliação dos legitimados para ajuizar ADI, a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a dispensa da cláusula de reserva de plenário nos casos em que há posicionamento do STF ou do Tribunal sobre a constitucionalidade da lei impugnada e a impropriedade técnica da eficácia *inter partes* do controle concreto-difuso de constitucionalidade exercido por meio de ações coletivas<sup>258</sup>.

Paulo Brossard representava a segunda corrente, a qual prevaleceu na doutrina e no STF.

De acordo com esse autor, o dever de dar publicidade às decisões do STF faria do Senado Federal um órgão subalterno a ponto de a competência constitucional perder a sua razão de ser, considerando que qualquer servidor do STF poderia realizar tal função com eficiência<sup>259</sup>.

Declarou, ainda, que o acórdão do STF não revoga a lei, embora a esterilize virtualmente, de sorte que:

Valerá apenas como precedente a quantos estiverem em situação idêntica à do litigante que no Supremo Tribunal Federal viu reconhecido o seu direito em face de norma inconstitucional, mas que terão de ingressar em juízo reclamando igual prestação jurisdicional.<sup>260</sup>

Então, o Senado Federal haveria de ser prudente no exercício de sua competência diante de uma estabilidade do posicionamento do STF, posto que a suspensão da lei impediria o desenvolvimento e enriquecimento jurisprudencial<sup>261</sup>.

Pelo mesmo ponto de vista, Paulo Napoleão Nogueira Silva define que a resolução do Senado Federal como o meio de deliberação para o exercício de competência privativa e extralegislativa, sem necessidade de revisão ou de sanção por outro órgão.

<sup>256</sup> *Idem, ibidem*, p. 157.

<sup>257</sup> “Stare decisis é uma expressão latina que significa, literalmente ‘concordar ou aderir a casos já decididos’, em direito essa expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes” ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 310.

<sup>258</sup> *Idem, ibidem*, p. 158-163.

<sup>259</sup> BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 13, n. 50, abr./jun., p. 62, 1976.

<sup>260</sup> *Idem, ibidem*, p. 61.

<sup>261</sup> *Idem, ibidem*, p. 62-63.

Nesse ínterim, o referido autor interpreta a competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade, exercida por resolução, como norma de eficácia plena e como ato de natureza política<sup>262</sup>, visto que um eventual comportamento omissivo não resulta em nenhuma represália<sup>263</sup>.

Além disso, afirma que a resolução suspende a eficácia da lei com efeitos *ex nunc*, diferenciando-se dos efeitos das decisões do STF em controle de constitucionalidade, as quais têm efeitos *ex tunc*, via de regra, e que essa distinção descaracterizaria o papel do Senado Federal como mero executor das decisões do STF<sup>264</sup>.

Contudo, observo que esse argumento tem base em uma interpretação exclusivamente doutrinária (e jurisprudencial), considerando que a Constituição não dispõe sobre os efeitos da resolução do Senado Federal – nem sobre a retroatividade do controle de constitucionalidade judicial.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta define a referida competência do Senado Federal como um ato político discricionário que desconstitui a lei considerada inconstitucional com fundamento na economia processual, e não a revoga, pois prescinde de sanção do Presidente da República. Reconhece, ainda, que a Súmula Vinculante e a disciplina do recurso extraordinário mitigam esse papel do Senado Federal<sup>265</sup>.

Maria Auxiliadora Castro e Camargo critica a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, partindo da premissa de que isso tornaria a Súmula Vinculante obsoleta, visto que exige o voto de dois terços dos membros do STF para a sua edição, enquanto a cláusula de reserva de plenário exige apenas seis votos para desconstituir lei inconstitucional, bem como o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro deixaria de ser híbrido para ser abstrato<sup>266</sup>.

Roger Stiefelmann Leal também adere a esta opinião sobre o desuso da Súmula Vinculante em decorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição e da repercussão geral no recurso extraordinário<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86.

<sup>263</sup> *Idem, ibidem*, p. 108-111.

<sup>264</sup> *Idem, ibidem*, p. 108-111.

<sup>265</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103-104.

<sup>266</sup> CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/id/521908](http://www.agu.gov.br/page/download/id/521908)>. Acesso em 03/05/2018. P.20-21.

<sup>267</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, p. 194, 2012.

#### 4.4.1.2 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade visto pelo STF contemporâneo

O julgamento procedente da Rcl nº 4.335/AC, cujo Relatora fora o Ministro Gilmar Mendes<sup>268</sup>, foi paradigmático para a discussão do papel do Senado Federal para o STF.

A reclamação foi ajuizada contra decisão da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, a pretexto desta ter desrespeitado posicionamento do STF sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, fixado em sede controle concreto-difuso de constitucionalidade em *habeas corpus*.

No fórum do Juízo reclamado, havia um comunicado de que a referida decisão só iria favorecer aos que estivessem em igual situação quando o Senado Federal suspendesse a eficácia da lei<sup>269</sup>.

Em síntese, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes reitera os argumentos de seu artigo abordado no subitem anterior, valendo-se de mais julgados do STF em sua fundamentação, a fim de sustentar a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República e o rompimento da figura do STF como legislador negativo<sup>270</sup>.

Acompanhando o Relator, o Ministro Eros Grau afirmou que a mutação constitucional não consiste apenas em uma interpretação diferente, mas o próprio enunciado constitucional seria alterado ao seguinte: “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.”<sup>271</sup>

O voto-vista do Ministro Teori Zavascki foi essencial para o julgamento procedente da reclamação, a despeito de constar no acórdão que este se deu nos termos do voto do Ministro Relator. Ambos Ministros concordaram a respeito do dispositivo do acórdão, e divergiram nos seus fundamentos, prejudicando a unidade de fundamentação decisória desse importante julgado, conforme percebido nos debates orais.

---

<sup>268</sup> Os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio ficaram vencidos, pois não conheciam da reclamação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.335/AC*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje nº 208, publicado em 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

<sup>269</sup> *Idem, ibidem*, p. 11-12.

<sup>270</sup> *Idem, ibidem*, p. 11-46.

<sup>271</sup> *Idem, ibidem*, p. 72.

O Ministro Teori Zavascki partiu da premissa da irrelevância, no caso, da mutação constitucional proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, devido à edição do enunciado nº 26 da Súmula Vinculante<sup>272</sup>.

De mais a mais, demonstrou que o direito brasileiro caminha em direção ao respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores, sobretudo pela função destes de uniformizar a jurisprudência. Em relação ao STF, a eficácia expansiva e força de precedente de suas decisões decorre de diversos elementos, a exemplo da Súmula Vinculante e a repercussão geral, e não apenas do art. 52, X, da Constituição – sobre o qual entendia não haver mutação constitucional – permitindo o ajuizamento de reclamação para garantir a autoridade da Corte<sup>273</sup>.

Noto que essa eficácia expansiva das decisões do STF equivale a uma expressão da tese do efeito transcendente indireto.

Antes da edição do enunciado nº 26 da Súmula Vinculante, os Ministros vencidos argumentaram que esta mutação constitucional pela via interpretativa violaria a separação de Poderes e aviltaria a competência do Senado Federal, consistente em um complemento e não obstáculo à efetividade das decisões do STF, que pode editar Súmulas Vinculantes. De mais a mais, isso ampliaria a quantidade de reclamações ajuizadas perante o STF – o grande risco tsunâmico da Corte.

Inclusive, o Ministro Joaquim Barbosa observou que o Senado Federal efetivamente exerce a atribuição constitucional, de modo que não haveria mudança fática que motivasse a mutação constitucional<sup>274</sup>.

A mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República e a flexibilização do princípio do pedido foram afirmadas pelo recente julgamento conjunto das ADIs nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ.

---

<sup>272</sup> “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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 26 da Súmula Vinculante*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 14 de junho de 2018. Não paginado.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.335/AC*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje nº 208, publicado em 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 22 de maio de 2018. P. 150-166.

<sup>274</sup> *Idem, ibidem*, p. 95-124.

Durante os debates, o STF considerou, incidentalmente, um enunciado normativo não impugnado como inconstitucional e determinou a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão, cabendo ao Senado Federal dar publicidade a esta<sup>275</sup>.

O voto do Ministro Gilmar Mendes induziu o Plenário a este posicionamento, com a finalidade de garantir a equiparação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade.

Na mesma linha, a Ministra Cármen Lúcia notou que o STF está caminhando para uma inovação jurisprudencial, no sentido de se julgar a inconstitucionalidade da matéria impugnada, e não cada ato normativo.

Marco Aurélio divergiu ao dizer que o art. 52, X, da Constituição é constitutivo e não declaratório, pois suspende a lei em todo o país.

Entretanto a Ministra Relatora Rosa Weber atribuiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos para pedir a modulação dos efeitos da referida decisão desconstitutiva de inconstitucionalidade, argumentando que a produção dos efeitos desta operado após a publicação da ata de julgamento tornaria o pedido inócuo<sup>276</sup>.

Embora não pretenda aprofundar a questão, compreendo a mutação constitucional como um caso de ativismo judicial, conceituado como o “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional” por Elival da Silva Ramos<sup>277</sup>.

Isto porque a mutação constitucional é a criação de uma norma não dedutível das interpretações possíveis do texto constitucional, excedendo a moldura do Direito a ser aplicado<sup>278</sup> deliberadamente, à revelia do Poder Legislativo.

De qualquer sorte, isso não retira a juridicidade deste acórdão do STF e a discussão sobre a natureza do art. 52, X, da Constituição perde relevância diante de outros fatores afluentes da abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade.

Aliás, o STF é contraditório ao rejeitar a teoria da transcendência dos motivos determinantes (mesmo que ainda não pacificamente) e aceitar a mutação constitucional

---

<sup>275</sup> Esse posicionamento ainda não é pacífico e gera divergências no STF, apesar de o Informativo nº 886 afirmar o contrário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Informativo nº 886 do STF*. Rel. Min. Rosa Weber. Julgados em 29/11/2017, ainda não publicado. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#ADI:%20amianto%20e%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>>. Acesso em 22 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Decisão monocrática na ADI nº 3.406/RJ*. Rel. Min. Rosa Weber. Publicado em 01 de fevereiro de 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313535829&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2018.

<sup>277</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141.

<sup>278</sup> Termo utilizado por KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

supradita, pelo menos sob a perspectiva de sua jurisprudência defensiva contra o cabimento de reclamações constitucionais, visto que amplia o objeto destas.

Por fim, independentemente das críticas, o esvaziamento do papel do Senado Federal constante no art. 52, X, da Constituição demonstra a tendência de abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade.

#### 4.4.2 O regime jurídico do recurso extraordinário

O recurso extraordinário visa à aplicação do direito objetivo, não consistindo em mero reexame da justiça da decisão recorrida<sup>279</sup>, nem cabendo reexame de prova (Enunciado nº 279 da Súmula da jurisprudência dominante do STF<sup>280</sup>).

Horival Marques de Freitas Jr. Identifica quatro funções do recurso extraordinário: I) a função nomofilática, que garante a defesa da ordem normativa; II) a função uniformizadora, que garante a igualdade de decisões e segurança jurídica aos jurisdicionados; III) a função *dikelógica*, que busca a justiça no caso concreto; IV) e a função paradigmática, que projeta os efeitos da decisão a quem esteja em situação similar à julgada – e foi ampliada pela emenda constitucional nº 45 de 2004<sup>281</sup>.

A emenda constitucional nº 45/2004, denominada “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”<sup>282</sup>, efetivou mudanças robustas no controle de constitucionalidade, notoriamente: a extensão dos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões de mérito de ações diretas de inconstitucionalidades; a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade; a criação da Súmula Vinculante e da repercussão geral.

<sup>279</sup> Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

<sup>280</sup> “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 279 da Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 21 de maio de 2018.

<sup>281</sup> FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. *Repercussão Geral das questões constitucionais: Sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 40-50.

<sup>282</sup> BRASIL. *Exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 1/5/1992, Página 7849. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/12/2004, Página 8 (Exposição de Motivos)

O instituto da repercussão geral é um exemplo simbólico da tendência de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade e da centralização da interpretação constitucional pelo STF, nada obstante a indeterminação do art. 102, § 3º, da Constituição<sup>283</sup>.

A repercussão geral é regida pelo binômio relevância-transcendência, significando que:

O STF pode selecionar os Recursos Extraordinários que apresentem importância política, econômica, social ou outra que transcenda o caso. Esse filtro recursal procura diminuir o número de processos julgados pelo STF e maximizar a feição objetiva desse recurso.<sup>284</sup>

O Código de Processo Civil disciplinou a repercussão geral em seu art. 1.035, em harmonia com as características acima elencadas.

Positivou-se que: a decisão que não identifica o binômio relevância-transcendência é irrecorrível; há sempre repercussão geral na hipótese do acórdão recorrido contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF, assim como decretar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado internacional; e a sua admissão implica no sobrestamento dos processos que versem sobre a versão em todo o território nacional<sup>285</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero também notam que:

A rigor, se houver clara identificação da *ratio decidendi* utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para o julgamento de mérito da questão a ele apresentada, há mesmo vinculação jurídica, em sentido vertical, dos Tribunais de origem, à decisão do Supremo.<sup>286</sup>

<sup>283</sup> Art. 102, 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>284</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 304.

<sup>285</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

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

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

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

II – (Revogado);

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

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>286</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

Roger Stiefelmann Leal aduz que a repercussão geral atribui efeito vinculante às decisões em sede de recurso extraordinário implicitamente, embora restrita ao Judiciário<sup>287</sup>.

Lenio Streck critica a repercussão geral, a pretexto de que esse o efeito generalizante desse instituto sacrifica o direito concreto e individualizado, com fundamento em argumentos de política judicial, em detrimento dos argumentos de princípio que deveriam nortear a atividade jurisdicional<sup>288</sup>, utilizando conceitos de Dworkin<sup>289</sup>.

Certamente, uma análise detida e individualizada de todos os casos concretos é o ideal. Porém isso não é possível sem resultar em um grande acúmulo de processos judiciais aguardando julgamento.

As normas jurídicas sobre a gestão de processos no Judiciário não prescindem de argumentos de política para a sua racionalização, sobretudo quanto à admissibilidade de recursos extraordinários, isto é, após o esgotamento do duplo grau de jurisdição.

Aparentemente, há um conflito entre a inafastabilidade de jurisdição (argumento de princípio) e a regulação da política judiciária (argumento de política). Isso depende de como os argumentos são postos pelo intérprete.

Caso se considere que a política judiciária é um instrumento para a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, otimizando a o direito fundamental à duração razoável do processo, o argumento de política passa a ser um argumento de princípio, configurando uma colisão de espécies idênticas de argumentos – a qual foi solucionada pelo legislador.

## 4.5 A RELAÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

### 4.5.1 Os precedentes no Código de Processo Civil

Em estreita síntese, o precedente é uma regra jurídica usada pelo Poder Judiciário na decisão do caso, aplicada aos fatos relevantes que resultaram no litígio<sup>290</sup>. Corresponde à sua

<sup>287</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, p. 191-194, 2012.

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 296-298.

<sup>289</sup> Argumentos de princípio são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta respeita ou garante direitos individuais ou coletivos. Os argumentos de política são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta fomenta ou protege um fim coletivo de uma comunidade. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 82.

<sup>290</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 180, 2005.

própria *ratio decidendi* – a opção hermenêutica determinante que tenha aptidão para ser universalizada e se tornar regra geral<sup>291</sup>.

O precedente é fundamentado pela necessidade de os processos judiciais dialogarem institucionalmente com as decisões sobre casos semelhantes, a fim de aplicar o princípio da igualdade formal. Portanto, deve-se atentar à identidade fática entre os casos para a aplicação.

De acordo com a metáfora utilizada por Dworkin, a atividade jurisdicional deve ser um romance em cadeia, cujo enredo se desenrola de maneira coerente e possa ser interpretado como um todo – e não como uma coletânea de crônicas que não têm relação entre si<sup>292</sup>.

Dworkin diferencia a interpretação legal da interpretação de um precedente. Na interpretação legal, há dependência da disponibilidade de uma forma canônica de palavras, que delimita as interpretações possíveis, enquanto na interpretação do precedente, este serve para justificar uma decisão a ser tomada, e não uma nova regra jurídica em forma de lei<sup>293</sup>.

Explica que a força do precedente não deriva da linguagem, como na legislação, ainda que o precedente tenha uma forma canônica de palavras, assemelhando-se a uma lei (força de promulgação do precedente). Para tanto, desenvolve a força gravitacional do precedente:

A força gravitacional do precedente não pode ser compreendida por qualquer teoria que considere a força total do precedente como a sua força de promulgação, igualmente a uma peça legislativa. Mas a inadequação dessa abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por apelo, não à sabedoria de instituir promulgações, entretanto à justiça do tratamento igual a casos semelhantes. Um precedente é o relatório de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, como uma parte de história política, providencia alguma razão para decidir outros casos de modo similar no futuro. (tradução minha)<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 441-447.

<sup>292</sup> O recurso à metáfora do romance em cadeia tem o objetivo de ilustrar a lógica dos precedentes judiciais, e não de adotar o moralismo jurídico de Dworkin. DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. *Texas Law Review*, v. 60, p. 542, 1982.

<sup>293</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 110.

<sup>294</sup> “*The gravitational force of precedent cannot be captured by any theory that takes the full force of precedent to be its enactment force as a piece of legislation. But the inadequacy of that approach suggests a superior theory. The gravitational force of a precedent may be explained by appeal, not to the wisdom of enforcing enactments, but to the fairness of treating like cases alike. A precedent is the report of an earlier political decision; the very fact of that decision, as a piece of political history, provides some reason for deciding other cases in a similar way in the future.*” *Idem, ibidem*, p. 111-113.

A força gravitacional dos precedentes se limita aos argumentos de princípio<sup>295</sup> necessários para justificar uma decisão, dado que os argumentos de política têm força de promulgação, aplicando-se a casos futuros dentro dos limites de seu texto<sup>296</sup>.

O Código de Processo Civil atribuiu força de precedente obrigatório às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dentre outros provimentos judiciais<sup>297</sup>, a despeito do Direito jurisprudencial ser uma fonte do Direito tradicionalmente secundária nos sistemas de *civil law*<sup>298</sup>, devido à ausência do *stare decisis*.

Considero que a expressão controle concentrado de constitucionalidade não se limita à fiscalização abstrata de leis e envolve a reclamação constitucional, em virtude de ser demanda autônoma ajuizada perante o STF diretamente, mesmo que envolva o controle concreto/incidental de normas.

Isto posto, apenas os recursos extraordinários repetitivos podem ser considerados precedentes vinculantes, por se tratar de matéria controle concreto-difuso de constitucionalidade devolvida ao STF pela via recursal, não sendo controle concentrado de constitucionalidade a rigor.

Independentemente destas duas conclusões, a minha reflexão perde relevância diante do efeito vinculante (com transcendência dos motivos determinantes) e eficácia *erga omnes* do controle abstrato-concentrado das leis e da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Hermes Zanetti Jr. classifica os precedentes obrigatórios do Código de Processo Civil como formalmente vinculantes, visto que o legislador autoriza a integração do conteúdo legislativo pelo Judiciário. Nesse diapasão, os precedentes obrigatórios têm suporte positivista

---

<sup>295</sup> Argumentos de princípio são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta respeita ou garante direitos individuais ou coletivos. Os argumentos de política são as justificativas de uma decisão política que demonstram que esta fomenta ou protege um fim coletivo de uma comunidade. *Idem, ibidem*, p. 82.

<sup>296</sup> *Idem, ibidem*, p. 113.

<sup>297</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>298</sup> Isso não significa que decisão judicial não é tradicionalmente fonte de direito (norma jurídica). ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303.

do Direito e natureza de regra formal, interpretável por subsunção, e não de direito consuetudinário<sup>299</sup>.

Isto é, no Brasil, a obrigatoriedade dos precedentes não é intrínseca ao pronunciamento judicial. Esse atributo deriva da lei – em contraposição à força gravitacional formulada por Dworkin, que se voltava para o *common law*, aproximando-se à força de promulgação.

Não se trata de justiça do tratamento igual de semelhantes, mas de cumprimento de normas jurídicas do Código de Processo Civil, dentre as quais se inclui os deveres dos Tribunais, com fundamento no princípio da igualdade formal (norma jurídica da Constituição).

Logo, as espécies de provimentos judiciais não elencadas pelo regime jurídico de precedentes formalmente vinculantes do Código de Processo Civil não podem ser consideradas precedentes obrigatórios, salvo por analogia – o que não obsta o seu uso persuasivo.

#### **4.5.2 Os precedentes formalmente vinculantes e os efeitos do controle de constitucionalidade**

Carlos Frederico Bastos Pereira discorre que a abstrativização do controle concreto-difuso e a teoria da transcendência dos motivos determinantes seriam o retrato de uma má compreensão do papel dos precedentes judiciais no *civil law*. Atribui essa má compreensão à ausência do *stare decisis* no Direito brasileiro, instituto essencial à teoria dos precedentes<sup>300</sup>.

Esclarece que o Código de Processo Civil racionaliza a atividade jurisdicional com a vinculação aos precedentes, incluindo os provenientes do controle concreto-difuso de constitucionalidade, a ponto da sua abstrativização e a relativização do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade perder o sentido<sup>301</sup>.

Generaliza, então, as hipóteses de precedentes formalmente vinculantes do Código de Processo Civil.

Não pretendo fazer uma análise de direito comparado, mas o *stare decisis* verticaliza a interpretação dos Tribunais Superiores, assim como o efeito vinculante no controle de constitucionalidade.

---

<sup>299</sup> ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 293-302.

<sup>300</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015 e o fim da objetivação do recurso extraordinário: o Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira Corte Suprema. *Derecho y Cambio Social*, v. 45, p. 11-13, 2016.

<sup>301</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015 e o fim da objetivação do recurso extraordinário: o Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira Corte Suprema. *Derecho y Cambio Social*, v. 45, p. 15-18, 2016.

Teori Zavascki, inclusive, tratava a abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade como força de precedente dos julgados do STF<sup>302</sup>.

Além do mais, o efeito vinculante<sup>303</sup> e os precedentes obrigatórios se assemelham em alguns pontos.

Primeiramente, as suas funções para o Direito são afins. Os institutos mencionados buscam racionalizar a atividade jurisdicional, mediante a universalização das decisões judiciais<sup>304</sup>. Destarte, garantem a isonomia a casos iguais, a previsibilidade e o cumprimento dos deveres de estabilidade, uniformidade e integridade jurisprudencial do Judiciário<sup>305</sup>.

A aplicação de ambos institutos depende da unidade de fundamentação decisória. O uso da reclamação constitucional é dificultado sem uma delimitação segura da decisão paradigma.

Do mesmo modo, a ausência de um posicionamento institucional claro é um obstáculo ao cumprimento das decisões com força obrigatória (por um motivo ou por outro) por outros órgãos do Poder Público e do Judiciário e à concretização do art. 93, IX, da Constituição<sup>306</sup>, visto que as decisões judiciais devem ser interpretadas considerando todos os seus elementos (art. 489, § 3º, do Código de Processo Civil)<sup>307</sup>.

Aliás, não se pode falar propriamente de fundamentos determinantes ou de *ratio decidendi* de uma decisão plural, o que se torna problemático ao se levar em conta que a invocação de precedente sem a subsunção deste ao caso concreto implica na ausência de fundamentação da decisão judicial<sup>308</sup>.

<sup>302</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37-43.

<sup>303</sup> Segundo a teoria da transcendência dos fundamentos determinantes. Incluo aqui a abstrativização do controle concreto-difuso de constitucionalidade, haja vista a atribuição de efeitos vinculantes pelo STF.

<sup>304</sup> Hermes Zanetti Jr. se refere somente aos precedentes em sua obra, e não ao efeito vinculante. ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 294.

<sup>305</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>306</sup> “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.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>307</sup> “Art. 489, § 3º. A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>308</sup> Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

O terceiro ponto corresponde à fundamentação jurídica (ou opção hermenêutica). No controle de constitucionalidade, a *ratio decidendi* se aproxima dos fundamentos determinantes, porquanto a cognição é realizada sobre uma tese jurídica necessária à solução do caso. Mesmo se se tratar do controle de constitucionalidade de uma lei estadual de conteúdo idêntico a uma já considerada inconstitucional pelo STF, a aferição dessa identidade de conteúdo se dá no plano normativo, e não fático.

Os precedentes formalmente vinculantes não esvaziam o efeito vinculante e a abstrativização do controle de constitucionalidade. Ao contrário, complementam a missão destes de racionalizar, uniformizar e centralizar a atividade jurisdicional, conforme se deduz do Código de Processo Civil.

No capítulo 5, analisarei, por fim, a possibilidade e fundamentação jurídica da proposta do presente trabalho.

## 5 ALTERNATIVA À ATUALCOMPREENSÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

A minha proposição consiste na interpretação da cláusula de plenário como a exigência do voto da maioria absoluta dos membros de um Tribunal para decretar uma lei inconstitucional pelas mesmas razões determinantes.

Ou seja, a determinação de que os magistrados concordem em relação ao dispositivo e fundamentação do acórdão desconstitutivo de inconstitucionalidade, haja vista que a unidade de fundamentação decisória é importante para a aplicação dos precedentes obrigatórios e para o cumprimento das decisões com efeito vinculante.

Outrossim, o art. 926 do Código de Processo Civil estabeleceu quatro deveres aos Tribunais no tocante à formação e à manutenção da jurisprudência<sup>309</sup>, com o fito de racionalizar o Poder Judiciário – ainda que com baixa densidade normativa.

Os deveres de uniformização e de coerência (no sentido formal) jurisprudencial têm mais relevância para o presente trabalho.

Fredie Didier Jr. *et al* descrevem o dever de uniformização da jurisprudência como o dever de os Tribunais solucionarem divergências internas<sup>310</sup>. Essas divergências internas englobam tanto as divergências entre órgãos fracionários quanto as divergências dentro de um mesmo órgão (incluindo o Plenário).

Logo, o dever de uniformização da jurisprudência não prescinde da unidade de fundamentação decisória. Isso porque a solução de divergências internas não é possível sem a fixação de um posicionamento institucional de uma determinada Corte diante de casos iguais, com uma *ratio decidendi* única.

O dever de manter a jurisprudência coerente, no sentido formal, traduz-se no dever de não contradição interna das decisões de um Tribunal<sup>311</sup>. A contradição interna também abarca duas situações: a contradição entre capítulos da decisão; e a contradição entre o texto do acórdão e o quanto decidido na deliberação, como já ocorrido em julgados do STF<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>310</sup> DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In.: ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes (vol. 3)*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 384.

<sup>311</sup> *Idem, ibidem*, p. 390.

<sup>312</sup> Remeto o leitor ao item 2.2.

Robert Alexy descreve a coerência negativa como a ausência de contradição lógica de argumentos e a coerência positiva como o grau de qualidade da estrutura da argumentação. Essa qualidade é elevada mediante cumprimento de certos postulados, dentre os quais têm relevância para o problema da ausência de fundamentação decisória: I) as declarações de um sistema fundamentadas por outras do mesmo sistema; II) enlace entre as correntes de fundamentação apresentadas, com vistas à generalização da decisão; III) partida comum das premissas da argumentação; IV) e a conclusão comum das premissas da argumentação<sup>313</sup>.

Este autor indica a coerência como um requisito da justiça dos sistemas normativos<sup>314</sup>. Entretanto, contra-argumento que, no Direito brasileiro, a coerência decorre de uma norma jurídica expressa do Código de Processo Civil direcionada aos Tribunais e do princípio da segurança jurídica.

Reitero que a possibilidade jurídica de contradição interna denota a ausência de posicionamento institucional de uma Corte e uma possível incoerência nas suas decisões – situação em desarmonia com o Código de Processo Civil.

Isto porque a cláusula de reserva de plenário exige somente a conclusão comum das premissas argumentativas adotadas por cada membro de um Tribunal, sem impor o cumprimento dos demais postulados da coerência expostos.

Posto isso, a mudança na interpretação da cláusula de reserva de plenário ajudaria no cumprimento do art. 926 do Código de Processo Civil, ao garantir a unidade de fundamentação decisória no controle de constitucionalidade das leis.

A minha proposição poderia trazer impasses pragmáticos ao funcionamento do STF, a exemplo do alongamento das sessões, visto que seria uma norma de imposição de consenso e deliberação no processo decisório, e do crescimento do número de reclamações constitucionais ajuizadas.

Entretanto, esse efeito negativo não é verificável empiricamente sem que seja implantado. E mesmo que o fosse, excederia os limites jurídico-dogmáticos da minha pesquisa.

A título de curiosidade<sup>315</sup>, regulamentação da representação interpretativa no Regimento Interno do STF e na Constituição de 1967<sup>316</sup> dá critérios à operacionalização da alternativa por mim dada à cláusula de reserva de plenário, não obstante esteja em desuso.

---

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 118-124.

<sup>314</sup> *Idem, ibidem*, p. 129.

<sup>315</sup> Não tive a intenção de fazer um estudo exaustivo deste instrumento.

<sup>316</sup> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

A representação interpretativa tem (ou tinha) como objetivo provocar o STF para a fixação de uma interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual<sup>317</sup>. Essa interpretação fixada no acórdão é dotada de força vinculante, nos termos do Regimento Interno do STF<sup>318</sup>.

Isso não significa que equivale ao efeito vinculante do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, embora também se trata de um instrumento de centralização hermenêutica. Registro, porém, que os Ministros julgadores só concordaram quanto ao dispositivo na representação que tive acesso<sup>319</sup>.

Em suma, o art. 185, § 2º, do Regimento Interno do STF<sup>320</sup> que realmente interessa à operacionalização de minha proposta. Tal dispositivo estabelece que, na hipótese dos votos se dividirem em duas interpretações, será designada nova sessão para a votação de uma única interpretação a ser fixada no acórdão.

Por conseguinte, o regime da representação interpretativa pode ser um parâmetro para uma solução prática ao problema da garantia da unidade de fundamentação decisória.

Não defendo que a atual compreensão da cláusula de reserva de plenário é uma interpretação juridicamente incorreta. Pelo contrário. A minha proposta é mais uma interpretação possível do art. 97 da Constituição da República, com base em uma interpretação sistemática dos elementos jurídicos do controle de constitucionalidade.

---

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>317</sup> Art. 179. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual para que este lhe fixe a interpretação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2018. Não paginado.

<sup>318</sup> Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos. *Idem, ibidem*, não paginado.

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Representação interpretativa nº 1.225-5/PR*. Rel. Min. Rafael Mayer. Publicado em 15 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263990>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

<sup>320</sup> Art. 185. Efetuado o julgamento, com o quórum do parágrafo único do art. 143, proclamar-se-á a interpretação que tiver apoio de, pelo menos, seis Ministros.

§ 2º. Na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á, em outra sessão designada pelo Presidente, à segunda votação restrita à escolha, pelo quórum de seis Ministros, pelo menos, de uma dentre as duas interpretações anteriormente mais votadas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

Basta considerar que a palavra “voto”, no art. 97 da Constituição<sup>321</sup>, refere-se ao voto do magistrado em sua integralidade: compreensão dos fatos constantes do processo; fundamentação jurídica (determinante); e dispositivo do acórdão.

Nesse sentido, relembro que o art. 489, § 3º, do Código de Processo Civil determina que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos [...]”<sup>322</sup>.

Desta forma, a interpretação é feita dentro do espectro de interpretações possíveis do enunciado constitucional, a partir de uma interpretação gramatical e sistemática, sem que se origine uma mutação constitucional.

Uma emenda constitucional (ou uma lei) seria o melhor meio de implementação da mudança sugerida. A implementação pela via interpretativa, contudo, não resultaria em ativismo judicial ou mutação constitucional, nem mesmo sob o prisma do positivismo jurídico *stricto sensu*.

Aliás, a perspectiva positivista é necessária. Elival da Silva Ramos nota que não é possível pensar o Direito sem ser positivista em alguma medida, vez que a teoria ainda mantém suas bases sólidas, mormente a coatividade e imperatividade das normas jurídicas<sup>323</sup>, bem como a primazia das fontes estatais do Direito<sup>324</sup>.

Logo, cabe expor e justificar a minha opção teórica pelo positivismo jurídico.

Dimitri Dimoulis distingue o positivismo jurídico *lato sensu* do positivismo jurídico *stricto sensu*.

O positivismo *lato sensu* se opõe às teorias dualistas do Direito. Corresponde ao conceito de Direito como “produto de atos de vontade da autoridade legislativa (cujos titulares e procedimentos dependem do período histórico – e da leitura de cada pensador) e apresenta caráter coativo”. Rejeita, portanto, a dependência de elementos metafísicos ou imutáveis e reconhece o monopólio jurídico do Estado<sup>325</sup>.

Interessa mais o antagonismo entre o positivismo jurídico *stricto sensu* e o moralismo jurídico, quer seja quanto à validade do Direito, quer seja quanto à sua interpretação.

<sup>321</sup> “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” (grifo meu). BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>322</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>323</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

<sup>324</sup> *Idem, ibidem*, p. 59-60.

<sup>325</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 32-35.

O moralismo jurídico admite a necessária conexão entre o Direito e a moral, porque “faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos”. Dimitri Dimoulis explica que:

“Os moralistas entendem que o direito formalmente válido pode e deve ser corrigido pelo intérprete/aplicador, no intuito de conformá-los às exigências da moral. Essa tese resulta das referências dos autores moralistas aos poderes do aplicador e à necessidade de flexibilizar normas, adaptando-as a exigências da situação concreta e do período histórico. Nesse caso, “correção” adquire o sentido de modificação dos conteúdos normativos. Exige que a decisão se adapte a exigências materiais de moral e/ou de justiça.”<sup>326</sup>

Conclui que o moralismo jurídico considera imprescindível que o intérprete concorde com o resultado da interpretação ou que esta reflita a moral comunitária. Logo, a interpretação corretiva, misturada com a descrição da ordem jurídica, torna-se uma crítica velada ao Direito Posto<sup>327</sup>.

Robert Alexy, expoente do moralismo jurídico, defende a teoria da dupla natureza do Direito, que seria composto de: I) uma dimensão real ou fática (elementos definitórios da produção formal das normas e da eficácia social); e II) uma dimensão ideal ou crítica (correção jurídica ou moral do ordenamento jurídico e de suas normas). A institucionalização da razão é a ideia abrangente da teoria, que assume a forma política do constitucionalismo democrático ou discursivo<sup>328</sup>.

O Direito exigiria necessariamente uma pretensão de correção (justiça), realizada em três passos aplicáveis às decisões judiciais: I) a asserção de correção; II) a garantia de fundamentabilidade; III) expectativa de aceitação do Direito pelo destinatário. Sustenta, ainda, que a correção decorre de o enunciado normativo ser ou poder ser resultado de um procedimento argumentativo com regras monológicas e dialógicas<sup>329</sup>.

Robert Alexy reconhece que o Direito deve ser organizado pelo próprio Direito, enquadrando-se no positivismo *lato sensu*. Entretanto, afirma que a injustiça extrema não é Direito, pois perde a validade jurídica, de maneira que os ordenamentos jurídicos devem ser

<sup>326</sup> *Idem, ibidem*, p. 40-41.

<sup>327</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>328</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em: 28 Jun. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8041>.

<sup>329</sup> ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 10-14, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em: 28 Jun. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8041>.

democráticos e devem garantir direitos fundamentais, e concebe a jurisdição constitucional como a representação argumentativa dos cidadãos<sup>330</sup>.

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso defende que a jurisdição constitucional tem dois papéis imprescindíveis: o representativo e o de vanguarda iluminista, os quais são exercidos para concretizar anseios sociais não atendidos pelo Poder Legislativo<sup>331</sup>.

A respeito da interpretação jurídica, Robert Alexy inclui a ponderação como parte do Direito<sup>332</sup>. Isto porque a pretensão de correção do Direito determina a consideração de princípios morais corretos (direitos fundamentais), os quais seriam aplicados mediante a ponderação de princípios jurídicos específicos (procedimentos e segurança jurídica) – destacando o papel dos argumentos morais na fundamentação da ponderação<sup>333</sup>. Formula, inclusive uma extensa fórmula para o exercício da ponderação<sup>334</sup>.

Prevê a discricionariedade estrutural do legislador em caso de empate epistêmico na ponderação entre princípios formais e os direitos fundamentais, não obstante idealize uma resposta moralmente correta. Ou seja, considera que há discricionariedade quando a Constituição não diz o que deve ser proibido ou permitido, havendo margem de conformação<sup>335</sup>.

Mesmo sob a perspectiva do moralismo jurídico, não visualizo uma contradição necessária entre os princípios morais e os princípios jurídicos específicos, dos quais são dedutíveis normas de direitos fundamentais. Dificilmente a doutrina do moralismo jurídico consideraria uma decisão judicial que impõe a retroatividade da lei penal contra a coisa julgada material ou uma decisão judicial produzida em desrespeito ao devido processo legal como expressões de correção moral – ainda que as decisões sejam corretas no mérito.

Dimitri Dimoulis faz três críticas à teoria da norma de Alexy. Primeiro, acredita que a diferença entre regras e princípios é quantitativa, e não qualitativas:

“Os princípios são mais abstratos e vagos do que outras normas, e possuem finalidades programáticas: estabelecem metas sem especificar os meios e os procedimentos que permitem alcançar as metas, nem as sanções cabíveis em caso de omissão das autoridades competentes.”<sup>336</sup>

<sup>330</sup> *Idem, ibidem*, p. 18-23.

<sup>331</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

<sup>332</sup> Não irei me aprofundar sobre o conteúdo da regra da proporcionalidade.

<sup>333</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38.

<sup>334</sup> *Idem, ibidem*, p. 152.

<sup>335</sup> ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert; LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30-34.

<sup>336</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 191.

Segundo, considera que a proporcionalidade é usada como um artifício para ampliar a discricionariedade interpretativa em detrimento do legislador, diante da concepção dos princípios como vetores dos ideais de justiça, apesar de não haver superioridade axiológica entre normas jurídicas<sup>337</sup>.

Terceiro, observa que em razão dessa teoria, alguns juízes criam o direito no caso concreto ao decidir aplicar os princípios imediatamente, ignorando regras concretas sobre o caso e conflitos principiológicos<sup>338</sup>.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins criticam a regra da proporcionalidade como uma forma aberta de solução de conflitos e como justificativa para o aumento da intensidade da discricionariedade do Judiciário<sup>339</sup>. Contudo, admitem que os interesses econômicos e políticos nas discussões sobre direitos fundamentais são difíceis de controlar pelo Direito e pela interpretação jurídica<sup>340</sup>.

Virgílio Afonso da Silva assevera que não existe fórmula de aplicação da ponderação que exclua a subjetividade do intérprete, contrariando Robert Alexy. Sem embargo, procura estabelecer critérios de objetividade da interpretação. Este termo não significa a demonstrabilidade inequívoca ou única resposta correta demonstrável, mas um ônus argumentativo que permita o controle intersubjetivo e a previsibilidade do resultado da interpretação<sup>341</sup>.

O autor supracitado indica que o intérprete exponha com clareza a teoria e métodos interpretativos usados, o que não deixa de ser uma escolha subjetiva. Ademais, contempla o respeito aos precedentes como uma forma de reduzir a discricionariedade da ponderação entre direitos fundamentais, cuja abertura subjetiva é quase incontrolável<sup>342</sup>.

A minha adoção teórica da diferença qualitativa entre regras e princípios não implica em moralismo jurídico, pois não considero a moral ou a justiça como requisito de validade das normas jurídicas, nem me refiro à moral ou à justiça ao descrever e criticar a ordem jurídica – mas a elementos internos do Direito – buscando separar essas duas atividades interpretativas.

---

<sup>337</sup> *Idem, ibidem*, p. 192.

<sup>338</sup> *Idem, ibidem*, p. 192.

<sup>339</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 178.

<sup>340</sup> *Idem, ibidem*, p. 48.

<sup>341</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV; Saraiva, 2011, p. 367.

<sup>342</sup> *Idem, ibidem*, p. 375-378.

Quanto à regra da proporcionalidade, que inclui a ponderação, acredito que não se opõe à interpretação sistemática do Direito, pois o seu conteúdo dá parâmetros para o intérprete buscar objetividade na interpretação, se fizer a fundamentação com base em normas jurídicas, e não com base na moral ou na justiça.

Além disso, não olvido que o resultado da ponderação em uma decisão judicial ou legislativa é uma regra jurídica, como observam Robert Alexy<sup>343</sup> e Virgílio Afonso da Silva<sup>344</sup>, ainda que sob uma ótica diferente da minha.

De mais a mais, o Código de Processo Civil admite o uso da ponderação em decisões judiciais, desde que o magistrado justifique “o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”<sup>345</sup>, o que indica a aceitação da diferença qualitativa entre regras e princípios.

Nesse diapasão, cabe abordar o positivismo jurídico *stricto sensu* – aqui adotado.

O positivismo jurídico *stricto sensu* parte da premissa de que a união entre o Direito e a moral não é necessária. Assim sendo, “o estudo e a compreensão do direito não inclui a sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto”<sup>346</sup>.

Não nega a existência da moral (pessoal ou dominante), mas nega o interesse de seu estudo para o Direito por uma opção teórica devido à incapacidade de constatação objetiva da moral<sup>347</sup>.

Também parte da premissa de que o estudo e a interpretação do Direito não incluem a sua avaliação ou legitimação política. Todavia, reconhece a conexão genética entre o Direito e a política, visto que a validade das normas jurídicas é fruto da determinação do poder político vigente<sup>348</sup>.

Dimitri Dimoulis observa que essa conexão genética é mais pertinente do que a alegada conexão entre o Direito e a moral. Isto porque a conexão com a política explica o caso da

---

<sup>343</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 101.

<sup>344</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

<sup>345</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

<sup>346</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 96.

<sup>347</sup> *Idem, ibidem*, p. 100-112.

<sup>348</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 54.

validade de normas moralmente indiferentes, a exemplo daquelas que determinam prazos. Ademais, argumenta que:

“Mesmo quando a norma espelha convicções morais de seu criador, é imposta porque ele tinha a vontade e capacidade política para tanto, e não porque sua convicção moral era a melhor. Isso indica que a eventual origem da norma fica, de certa forma, encoberta pela sua natureza política.”<sup>349</sup>

Não procede a crítica do positivismo jurídico como forma de legitimação de regimes injustos. O positivismo jurídico é uma teoria formal do Direito sem objetivo de justificar ou estar condicionado a regimes políticos (ao contrário da teoria da dupla natureza do Direito de Alexy, que depende do constitucionalismo democrático)<sup>350</sup>.

A partir de um estudo analítico, Dimitri Dimoulis constata que teoria positivista é incompatível com a filosofia dos regimes ditatoriais, os quais buscam relativizar o Direito posto em prol de uma moralidade dominante, assim como que essas mudanças políticas têm como causa a imposição de interesses de determinados grupos sociais – e não uma teoria jurídica<sup>351</sup>.

Kelsen, que fora perseguido pelo regime nazista, atestou que podemos condenar as medidas injustas dos Estados totalitários, porém isso não retira a juridicidade desses atos<sup>352</sup>. Portanto, já separava a interpretação descritiva da crítica ao Direito, considerando a realidade coativa e violenta deste. Afinal, uma autoridade competente dificilmente decretaria a invalidade de uma norma jurídica extremamente injusta em um sistema jurídico extremamente injusto.

O positivismo jurídico não nega qualquer influência moral no Direito, posto que os ordenamentos jurídicos podem incorporar normas morais e autorizar decisões morais. Entretanto, as normas que ampliam o poder decisório dos juízes não afastam a cogência do Direito. A moral só é aplicada quando isso for imposto pelo Direito<sup>353</sup>.

Nessa lógica, Kelsen constatou que “o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.”<sup>354</sup>

Kelsen reconheceu o poder normativo do Judiciário ao sopesar que a determinação normativa do texto legislativo nunca é completa. Longe disso. O texto é uma moldura, dentro

<sup>349</sup> *Idem, ibidem*, p. 96.

<sup>350</sup> *Idem, ibidem*, p. 167.

<sup>351</sup> *Idem, ibidem*, p. 169-172.

<sup>352</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 44.

<sup>353</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 101-106.

<sup>354</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 308.

da qual há várias possibilidades de interpretação<sup>355</sup>. A despeito disso, sempre há um núcleo estreme de dúvidas, como percebe Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>356</sup>.

Esse poder normativo do Judiciário é diferente do poder normativo do Legislativo em grau<sup>357</sup>. A política legislativa tem uma intensa liberdade de opção entre as diretrizes em disputa, nos limites da Constituição. O Judiciário deve respeitar essas escolhas políticas primárias<sup>358</sup>, desempenhando um poder heterorreferencial, interpretando as prescrições de outro órgão<sup>359</sup>.

Kelsen verifica que caso a interpretação autêntica exceda a moldura, a norma resultante não perde a sua juridicidade<sup>360</sup>. Afinal, é a própria autoridade que define os limites de tal moldura.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que “trata-se de um “eu quero” e não um “eu sei”” – uma primazia da vontade em prejuízo do conhecimento<sup>361</sup>. Igualmente, Dimitri Dimoulis considera que a teoria pura do Direito é incompleta ao negligenciar a interpretação, pois transforma o ato de vontade formal em substancial<sup>362</sup>.

Este autor defende a existência das normas jurídicas antes da interpretação autêntica<sup>363</sup>, em contraposição ao realismo jurídico do Ministro Eros Grau exposto na seguinte declaração:

“A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal qual como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte.”<sup>364</sup>

Toda pessoa é intérprete do Direito, pois precisa compreender o seu conteúdo normativo para adequar a sua conduta. Essa interpretação é preliminar, incompleta e fora do contexto de

<sup>355</sup> *Idem, ibidem*, p. 390-391.

<sup>356</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

<sup>357</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126.

<sup>358</sup> *Idem, ibidem*, p. 62.

<sup>359</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e heterorreferência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In.: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, p. 146-167, 2009.

<sup>360</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

<sup>361</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 262.

<sup>362</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 132.

<sup>363</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 137.

<sup>364</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 3.367*. Rel. Min. Cezar Peluso. Publicado em 17 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3367&classe=ADI>>. Acesso em 26 de junho de 2018. P. 282-283.

aplicação pela autoridade competente. Portanto, os textos legais têm sentido enunciado pela autoridade criadora, cabendo ao intérprete entender e reconstruí-lo. Caso nenhum texto tivesse significado em si, nem mesmo as decisões judiciais teriam sentido e perderiam a qualidade de normas<sup>365</sup>.

O ordenamento jurídico é completo, independentemente de lacunas normativas – visto que a interpretação autêntica integra o Direito posto. Quando não há uma resposta clara nos textos normativos, é caso de uma autorização legislativa de discricionariedade. Isto é: uma decisão do legislador, e não uma falha<sup>366</sup>. A regra da inafastabilidade da jurisdição, inclusive, resulta em uma vedação aos vazios normativos diante de casos concretos.

Os textos jurídicos definem as regras do jogo interpretativo de acordo com a teoria interna da interpretação. Em outras palavras, a verdade de uma proposta interpretativa é aferida mediante a interpretação dos elementos normativos válidos. Essa interpretação é feita em duas fases: I) a descrição da norma, a partir dos métodos tradicionais<sup>367</sup>, de acordo com as interpretações dominantes da doutrina e da jurisprudência, bem como as justificativas de cada; II) a interpretação sistemática, qual seja a análise crítica dessas interpretações, com transparência de métodos (e da opinião do intérprete)<sup>368</sup>.

Ao longo deste trabalho, descrevi os elementos jurídicos que resultam na falta de unidade de fundamentação decisória do STF, bem como o conteúdo jurídico, fundamentos e exceções da cláusula de plenário de maneira separada da exposição de minha crítica e proposta – a fim de cumprir essas duas fases da interpretação sob o prisma do positivismo jurídico *stricto sensu*.

---

<sup>365</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 137-146.

<sup>366</sup> *Idem, ibidem*, p. 155-158.

<sup>367</sup> Mantenho o meu posicionamento quanto ao uso da regra da proporcionalidade no caso de conflitos entre princípios jurídicos.

<sup>368</sup> *Idem, ibidem*, p. 139-152.

## 6 CONCLUSÃO

Com base em uma pesquisa bibliográfica com enfoque na dogmática jurídica, o presente trabalho se propôs a analisar criticamente a interpretação da cláusula de reserva de plenário, sugerindo, ao final, que esse instituto fosse compreendido como a exigência a do voto da maioria absoluta dos membros de um Tribunal para decretar uma lei inconstitucional pelas mesmas razões determinantes.

Inicialmente, abordei o problema da falta de unidade de fundamentação decisória do STF em sede de controle de constitucionalidade, a partir da análise dos elementos do seu processo decisório que levam a isso, quais sejam o modo de apresentação e formação do acórdão, o momento da apresentação do voto do Ministro Relator, a causa de pedir aberta e a flexibilização do princípio do pedido.

Diante disso, a identificação de uma *ratio decidendi* única pode ser difícil em alguns julgados, embora não seja a regra.

Ao tratar especificamente da cláusula de reserva de plenário, tratei de seu histórico brevemente, de seu conteúdo normativo, de seu fundamento constitucional e das hipóteses de inaplicabilidade.

Sob a perspectiva histórica, a cláusula de reserva de plenário é um instituto consolidado constitucionalmente desde 1934. Durante esse período, fixou-se o entendimento de que consiste em norma direcionada aos Tribunais, não sendo óbice ao controle de constitucionalidade concreto-difuso pelos Juízos de 1º grau.

A respeito do conteúdo normativo, concluí que a cláusula de reserva de plenário é uma regra de competência, bem como requisito de validade e de atribuição de efeito vinculante às decisões do STF.

A cláusula de reserva de plenário tem fundamento na presunção de constitucionalidade das leis, na supremacia constitucional e no princípio da segurança jurídica. Isto porque a exigência de um número qualificado de votos para decretar a inconstitucionalidade de lei é uma forma de respeitar a obra do legislador e evitar mudanças de posicionamento da Corte, o que causaria desestabilidade na ordem jurídica.

Identifiquei oito hipóteses de inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário com base na doutrina e na jurisprudência do STF, sem embargo da problematização feita contra algumas: declaração de constitucionalidade, inclusive por órgão fracionário de Tribunal; controle de constitucionalidade exercido por Juízo de 1º grau; controle de constitucionalidade exercido por

Turmas Recursais de Juizados Especiais; decretação de inconstitucionalidade com base em precedente do STF ou do próprio Tribunal; norma pré-constitucional; tutela de urgência; acórdão de Turma do STF que decreta a inconstitucionalidade de lei incidentalmente.

No capítulo 4, cuidei dos efeitos e limites da decisão desconstitutiva de lei inconstitucional em ambos sistemas de controle de constitucionalidade, com foco na eficácia reflexa e na natureza dessas decisões.

A respeito do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, diferenciei a eficácia *erga omnes*, que se refere à coisa julgada material, do efeito vinculante, que abarca os motivos determinantes da decisão, segundo a teoria da transcendência dos motivos determinantes – a qual é rejeitada pelo STF, mas está presente na jurisprudência de maneira velada – e é imposto aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A respeito do controle concreto-difuso de constitucionalidade, notei que os efeitos de suas decisões, quando proferidas pelo STF, vêm sendo equiparadas com as do controle abstrato de constitucionalidade – considerando o esvaziamento do art. 52, X, da Constituição e o regime jurídico do recurso extraordinário.

Ademais, relacionei os precedentes obrigatórios do Código de Processo Civil e o efeito vinculante do controle de constitucionalidade das leis. Ambos dependem da unidade de fundamentação decisória para a aplicação correta, além de compartilhar dos mesmos fundamentos.

No capítulo 5, expus e justifiquei a proposta do presente trabalho. Acredito que esta pode otimizar os deveres dos Tribunais constantes no art. 926 do Código de Processo Civil, visto que garantiria a unidade da fundamentação decisória em sede de controle de constitucionalidade exercido pelo STF – considerando o efeito vinculante e a força de precedente de suas decisões.

Enfim, explico que a minha proposta é uma interpretação possível da cláusula de reserva de plenário, igualmente à atual compreensão do instituto, mesmo sob o prisma do positivismo jurídico. De qualquer sorte, a positivação por meio de emenda constitucional é preferível à mudança interpretativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO; Marcelo; PAULO, Vincente. *Controle de Constitucionalidade*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2010.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em: 28 Jun. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8041>.
- ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert; LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos de; BOGOSSIAN, André. É possível falar em precedente “do Supremo”? In: ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; RECONDO, Felipe (orgs.). *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017, p. 116-118.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. *Direito processual do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- AMARAL JR., José Levi Melo do. In.: MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; LEONCY, Léo Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARGUELHES; Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FALCÃO, Joaquim. *Supremo em números: I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2011. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%b3meros%20-%20O%20M%c3%b3ltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em 18 de maio de 2018.
- ARRUDA, Paula. *Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional: Estudo Comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2ª ed. Campinas: Russel, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-34.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade do Direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 451-540.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: 2015.

BRANDO, Marcelo Santini; LEITE, Fábio Carvalho. *Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 48, p. 139-166, 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 11 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Decreto nº 902 de 1902*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-902-11-novembro-1902-585316-publicacaooriginal-108324-pl.html>>. Acesso em 10 de maio de 2018

BRASIL. *Decreto nº 19.656 de 1931*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19656.htm)>. Acesso em 11 de maio de 2018.

BRASIL. *Decreto nº 20.106 de 1931*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20106-13-junho-1931-504626-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 07 de maio de 2018.

BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.070/1998*. Diário da Câmara dos Deputados de 15 de janeiro de 1998.

BRASIL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 7.014/2017*. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C424B1C6D4263E1A0C0DDB94D5EED282.proposicoesWebExterno2?codteor=1533090&filename=PL+7104/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C424B1C6D4263E1A0C0DDB94D5EED282.proposicoesWebExterno2?codteor=1533090&filename=PL+7104/2017). Acesso em 12 de junho de 2018.

BRASIL. *Lei nº 5.869 de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869imprensa.htm)>. Acesso em 08 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.742 de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8742.htm)>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.985 de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8985.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.868/1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.882 de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Acórdão do ARE nº 792.562 AgR*. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe de 02 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568018>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADC nº 1 QO*. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado em 17/06/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>>. Acesso em 05 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 319-4/DF QO*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 30 de abril de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 2.797/DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=395710>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADI nº 3.367*. Rel. Min. Cezar Peluso. Publicado em 17 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3367&classe=ADI>>. Acesso em 26 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 4.066/DF*. Rel. Min. Rosa Weber. DJe nº 043, publicado em 07 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313831911&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADI nº 5.081/DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25/05/2015. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=9175293>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do AI 591.373 AgR*. Rel. Min. Celso de Mello. DJe nº121 de 2007, de 10 de outubro 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490674>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da ADPF nº 130/DF*. Rel. Min. Carlos Britto, DJe nº 208, publicado em 06 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 7 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº383/SP*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 21 de maio de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em 26 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 1.987-0/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 21 de maio de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl 2.475-AgR*. DJ de 14 de setembro de 2007. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506563>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.335/AC*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje nº 208, publicado em 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 4.374/PE*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe nº 183, publicado em 04 de setembro 2013. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Rcl nº 9.428/DF*. Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 24 de junho de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612474>>. Acesso em 7 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do Rcl 10.864/AP AgR*. Rel. Min. Cármen Lúcia, publicado em 13/04/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Acórdão do Rcl nº 24.284/SP AgR*. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/11/2016, DJe 98, p. 11/5/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12872373>>. Acesso em 09 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão dos RE nº 376.440 ED/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe nº 224, publicado em 14 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236152>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão do RE nº 730.462/SP*. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe nº 177, publicado em 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Acórdão da Representação interpretativa nº 1.225-5/PR*. Rel. Min. Rafael Mayer. Publicado em 15 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263990>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Acórdão dos RE 361.829/RJ ED*, Rel. Min. Ellen Gracie, publicado em 19/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 16 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática da Rcl nº 5.442 MC*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 06 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2162407&tipoApp=RTF>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática na Rcl nº 13.158/DF*. Rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 15/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=87976480&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Decisão monocrática na ADI nº 3.406/RJ*. Rel. Min. Rosa Weber. Publicado em 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313535829&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ementa da ADI nº 2*. Rel. Min. Paulo Brossard. DJ de 21 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000113594&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 279 da Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 16 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado nº 26 da Súmula Vinculante*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 14 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Informativo nº 886 do STF*. Rel. Min. Rosa Weber. Julgados em 29/11/2017, ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm#ADI:%20amiant%20o%20efeito%20vinculante%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20incidental%20de%20inconstitucionalidade>>. Acesso em 22 de maio de 2018. Não paginado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 13, n. 50, abr./jun., p. 55-64, 1976.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/id/521908](http://www.agu.gov.br/page/download/id/521908)>. Acesso em 03 de maio de 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 9, p. 21-44, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union*. 2ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1871.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de Inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante n. 10: Avanço ou Retrocesso? *Jusbrasil*, 2013.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. STF, Interpretação Conforme a Constituição e Reserva de Plenário. *Direito, Estado e Sociedade* nº 224. Agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/stf-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-reserva-de-plenario>>. Acesso em 13 de junho de 2018.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil (vol. 3)*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes (vol. 3)*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 383-398.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito: Definição e Conceitos Básicos; Norma Jurídica; Fontes; Interpretação e Ramos do Direito; Sujeito de Direito e Fatos Jurídicos; Relações entre Direito, Justiça, Moral e Política; Direito e Linguagem*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Curso de processo constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões do processo objetivo. Autocriação e hetero-referência como meios de configuração do processo constitucional nas duas décadas da Constituição Federal de 1988. In.: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, p. 141-161, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. *Texas Law Review*, v. 60, p. 527-550, 1982.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Composição do Tribunal Pleno*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/TribunalPleno/OrdemAlfabetica>>. Acesso em 11 de junho de 2018.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de processo*, v. 37, nº 209, p. 105-146, 2012.

FERNANDES, André Dias. *Da eficácia das decisões do STF em Adin e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. Dissertação (Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza). Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12513>. Acesso em 12 de junho de 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOLADOR, Rafael. *Aspectos controvertidos acerca da aplicação da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Trabalho de Conclusão de Graduação de Ciências Jurídicas e Sociais – UFRGS, Porto Alegre). Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/121891>>. Acessado em 11 de abril de 2018.

FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. *Repercussão Geral das questões constitucionais: Sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Malheiros, 2015.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, p. 89-104, 2014.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 261, p. 179-201, 2012.
- LEITE, Fábio Carvalho. A cláusula de reserva de plenário segundo os Tribunais de Justiça. *Direitos Fundamentais & Justiça (Ano 5, n. 15)*. Porto Alegre: PUC-RS, p. 210-229, 2011.
- LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. *Sequência (UFSC)*, v. 35, p. 109-132, 2014.
- LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da reserva de plenário. In.: *Direito, Estado e Sociedade (n. 40)*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, p. 91-131, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120-148.
- MAUÉS, Antonio Moreira. O efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise das reclamações constitucionais n. 11.000 a 13.000. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 441-460, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 177-209, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JR.; Ronaldo Porto Macedo. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV; Saraiva, 2011, p. 337-362
- MENDES, Conrado Hübner. O Projeto de uma Corte deliberativa. In: GORZONI; Paula; PINTO, Henrique Motta; SOUZA, Rodrigo Pagani; VOJVODIC, Adriana. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S. Paulo, Tendências e Debates*, p. 3, 01 de fevereiro de 2010.

MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. *Entre a transparência e o populismo judicial*. *Folha de S. Paulo, Tendências e Debates*, p. 3, 11 de maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um clássico de mutação constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa* (v. 41 n. 161). Brasília: Senado Federal, p. 149-166, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v.1, p. 1-15, 2010/2011.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (Tomo II)*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1934.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946 (Volume V)*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 257.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11. p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal / *Whom the Dissenters Dissent From: Defeated Opinions in the Brazilian Supreme Court*. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, p. 205-225, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?”: O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais (Vol. 1, 1)*, p. 181-200, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 3, p. 191-210, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 329-344.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

YOUTUBE. *Pleno – Julgada improcedente ADI contra cortes orçamentários da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <<https://goo.gl/xjYGIZ>>. Acesso em 19 de julho de 2017.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.