



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Breno Baía Magalhães

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRECEDENTES VINCULANTES NO
BRASIL**

Belém
Maio
2011

Breno Baía Magalhães

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRECEDENTES VINCULANTES NO
BRASIL**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués.

Belém
Maio
2011

Breno Baía Magalhães

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRECEDENTES VINCULANTES NO
BRASIL

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira
Maués Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Apresentado em: ___/___/___

Conceito:_____

Belém
Maio
2011

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Magalhães, Breno Baía

Jurisdição constitucional e precedentes vinculantes no Brasil/ Breno Baía Magalhães; orientador, Antonio Gomes Moreira Maués. Belém, 2011.

Dissertação (Mestrado) ó Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2011.

1. Direito constitucional ó Brasil. 2. Controle de constitucionalidade ó Brasil. 3. Jurisdição constitucional - Brasil. 4. Precedentes judiciais - Brasil. I. Maués, Antonio Gomes Moreira. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 341.20981

Dedicatória

Para minha família que tanto amo: minha mãe, Wilma Coelho; Meu pai, Mauro Coelho e meu irmão, Lucas Baía.

Agradecimentos

Agradeço, inicialmente, à minha mãe, Wilma de Nazaré Baía Coelho, que sempre me apoiou incondicionalmente em todas as etapas da minha vida, provendo todo o amor e carinho que precisei para que pudesse caminhar com minhas próprias pernas. Obrigado.

Ao meu pai, Mauro Coelho, pelo amor incondicional, pelas sempre valiosas lições e pela paciência por me ter como filho. Família não é sangue. O maior ensinamento que aprendi contigo.

Meu querido irmão, Lucas Baía Magalhães, que divide comigo tudo e para sempre, meu melhor amigo.

Ao meu grande amor, Joyce Alves Rodrigues, por tudo! Pela compreensão das horas de estudo que passei afastado, pelo amor, pelos planos, pelo carinho, pelos melhores momentos da minha vida e por ser, simplesmente você: a mulher perfeita que tanto amo.

Ao meu eterno mestre, Antonio Gomes Moreira Maués, exemplo de professor e cultor do direito. Guardo na memória todas suas aulas e ensinamentos com muita atenção e carinho, almejando, no mínimo, tentar chegar próximo ao grau de excelência e de conhecimento que o Sr., tão humildemente, compartilha com todos seus alunos. Obrigado pela orientação firme, sem a qual o trabalho não seria possível.

Aos meus familiares de Belém, aos espalhados pelo Brasil e pelo mundo.

Aos meus grandes amigos: Vinícius, Flávio, Rodrigo, Leonardo Leite, Diego, Amanda, Paula, Fernanda, Iris, André, Jonathan, Brenan, Marcelo Lauer, PV, Hugo, Débora Pantoja, Débora Mendes, Alessandra, Orlando, Fabiane, Beto, Katarina, Juliana, Larissa, Auri e a todos que caminharam comigo durante todos esses anos. Aos amigos que conquistei nos estágios e na academia.

Aos amigos que fiz no mestrado Gabriella Dinelly, Ricardo Dib Taxi e Arthur Láercio Homci, com quem travei divertidas discussões e pelas sempre divertidas viagens nos congressos.

Agradeço, por fim, à Capes (CNPQ) pela bolsa cedida, sem a qual não poderia dispor do tempo para me dedicar, exclusivamente, à dissertação trabalho, bem como comprar os livros necessários e nem teria o suporte financeiro para as viagens aos congressos.

Resumo

O trabalho analisa o efeito vinculante, visando compatibilizar o referido instituto dentro da prática do controle de constitucionalidade brasileiro, ressaltando a importância da interpretação da Constituição feita pelo STF e a proteção dos direitos fundamentais. No trabalho, os precedentes vinculantes são considerados princípios, que dispõem de força gravitacional justificada pelo princípio da igualdade na aplicação do direito, ao passo que a ação reclamatória é encarada como um importante instrumento para a interpretação dos precedentes vinculantes, capaz de manter as vias abertas para sua possível distinção ou revogação. Nesse sentido, a categoria que impõe a vinculação formal do precedente vinculante constitucional é a norma de decisão, que seria a proposição jurídica apta a sustentar a conclusão do tribunal sobre a (in) constitucionalidade do ato impugnado. Concluímos, de acordo com as atuais decisões do STF, que a recusa em atribuir efeitos vinculantes transcendentais mais amplos aponta para um reforço do controle difuso, permitindo que a interpretação principiológica do precedente e seu desenvolvimento ocorram no controle difuso. A teoria do direito escolhida como suporte das conclusões do trabalho foi a de Ronald Dworkin.

Palavras-Chave: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ó EFEITO VINCULANTE ó RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL ó INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ó PRECEDENTES VINCULANTES ó JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Abstract

The work provides some discussion regarding the binding effect, which aim to reconcile such institute within the practice of Brazilian judicial review, pointing out the importance of the constitutional interpretation made by the Supreme Court and the protection of fundamental rights. In said work, precedents are binding principles, which have gravitational force justified by the principle of equality in applying the law and the constitutional complaint is considered an important instrument for the interpretation of the binding precedent, capable of keeping the ways open for further distinguishing or reconsideration of prior decisions. Thus, the category that imposes the formal binding is the decision norm, which is a legal proposition able to sustain the ruling of the court on the (un) constitutionality of the act. We conclude that the refusal to give a broader transcendent binding effect indicates a strengthening of the diffuse control, allowing the interpretation and development of the precedents. Ronald Dworkin's theory of law was chosen to support the conclusions of the study.

Keywords: JUDICIAL REVIEW - BINDING EFFECT - CONSTITUTIONAL COMPLAINT - CONSTITUTIONAL INTERPRETATION - BINDING PRECEDENT - CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Lista de Abreviaturas e Siglas.

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT ó Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI ó Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF ó Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR ó Agravo Regimental
AGU ó Advogado Geral da União
AI ó Agravo de Instrumento
CC ó Código Civil
CE ó Código Eleitoral
CLT ó Consolidação das Leis do Trabalho
CPC ó Código de Processo Civil
CPP ó Código de Processo Penal
CRFB ó Constituição da República Federativa do Brasil
DJ ó Diário de Justiça
DJe ó Diário de Justiça Eletrônico
EC ó Emenda Constitucional
ED ó Embargo de Declaração
HC ó *Habeas Corpus*
IN ó Instrução Normativa
LC ó Lei Complementar
MC ó Medida Cautelar
MI ó Mandado de Injunção
MS ó Mandado de Segurança
PEC ó Projeto de Emenda Constitucional
QO ó Questão de Ordem
Rcl ó Reclamação
RE ó Recurso Constitucional
Rel ó Relator
REl ó Recurso Extraordinário
Resp ó Recurso Especial
RG ó Repercussão Geral
Rp ó Representação
RPV ó Requisição de Pequeno Valor
RTJ ó Revista Trimestral de Jurisprudência
STF ó Supremo Tribunal Federal
STJ ó Superior Tribunal de Justiça
STM ó Superior Tribunal Militar
TSE ó Tribunal Superior Eleitoral
TST ó Tribunal Superior do Trabalho

Sumário

Introdução	12
Capítulo 1. UM NOVO OLHAR SOB O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	19
1.1 . A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	19
1.2 - A NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:	21
1.3 6 OS MODELOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA SUPERAÇÃO: a circulação dos modelos, aproximações e hibridação.....	24
1.4 - Kelsen e o mito do legislador negativo	31
1.5 - A CIRCULAÇÃO DE MODELOS NA EUROPA E AMÉRICA LATINA: breves descrições dos sistemas mais importantes.....	37
1.6 - PROPOSTAS DE UMA NOVA TIPOLOGIA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	41
1.7 - ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE TIPOLOGIAS: posicionamento e consequências44	
1.7.1 - A importância metodológica das classificações	51
1.7.2 - Fatores relevantes para classificação	52
1.7.3 - Classificações	53
1.7.4 - Análise da Doutrina Nacional e Críticas.....	54
1.7.5 - O Brasil como sistema de controle de constitucionalidade plural e integralmente desconcentrado	58
Capítulo 2. A INCLUSÃO DO EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	65
2.1 - DESTINATÁRIOS DO EFEITO VINCULANTE OU LIMITE SUBJETIVO DO EFEITO VINCULANTE.....	71
2.2 - A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES: os limites objetivos do Efeito Vinculante.....	73
2.3 - A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: breve histórico e natureza jurídica.....	87
2.4 - HIPÓTESES DE (DES) CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	105
Capítulo 3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: delineamentos de sua teorização constitucional	113
3.1 - DO IMPÉRIO (1824) À SÚMULA VINCULANTE (2004): o precedente e sua aplicabilidade.....	113

3.2 - REPENSANDO O LUGAR DOS PRECEDENTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	116
3.3 - JUSTIFICATIVAS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL: respeito ao princípio da igualdade na aplicação do direito.	124
3.4 - REFLEXÕES QUANTO AO GRAU DE EFICÁCIA DO PRECEDENTE: propostas classificatórias.....	130
3.5 - PERSPECTIVAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE NAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E CASS SUNSTEIN	136
3.5.1 - A integridade no direito e os precedentes: interpretação construtiva, coerência dos julgados e princípio da igualdade.	137
3.5.2 - O direito como integridade e a interpretação/aplicação dos precedentes. .	148
3.5.3 - Minimalismo Judicial: aspectos de uma teoria pragmática e a interpretação dos precedentes judiciais.	153
3.5.4 - Considerações Minimalistas Acerca da Doutrina dos Precedentes Vinculantes	161
3.5.5 - Críticas ao minimalismo: a inviabilidade teórica dos argumentos de Cass Sunstein.	163
3.6 - A DOCTRINA DO PRECEDENTE VINCULANTE NA REALIDADE BRASILEIRA: particularidades do controle concentrado.	170
3.6.1- O Processo objetivo e a ausência de discussões a respeito de matéria fática: mitigações e limites.	172
3.6.2 - O Modo de decisão do Supremo Tribunal Federal: divergências teóricas nos votos dos ministros.	176
Capítulo 4. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E EFEITO VINCULANTE: por uma leitura moral da constituição cidadã consentânea com os precedentes dissuasivos vinculantes constitucionais.....	184
4.1 - CRÍTICAS À DOGMÁTICA NACIONAL.....	186
4.2 - UMA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: a leitura moral.	194
4.3 - A TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES E A INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE.....	196
4.4- A FORÇA GRAVITACIONAL DOS PRECEDENTES VINCULANTES: aplicação do distinguishing e garantia do direito à igualdade.	213
4.5 - O ALCANCE DOS PRECEDENTES E RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: a importância das decisões em Reclamação Constitucional para a delimitação da incidência do precedente.	216
4.6 - ALGUMAS QUESTÕES RELACIONADAS À APLICAÇÃO DE UM PRECEDENTE EMERGENTE DO CONTROLE CONCENTRADO ATRAVÉS DA	

TRANSCENDÊNCIA DE SUA FUNDAMENTAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO: desenvolvimento de um controle integralmente difuso e a proteção aos direitos fundamentais	220
Conclusão	226
Referências	233

Introdução

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é, sem dúvida, o principal e um dos mais eficazes meios de garantir a proteção da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. No entanto, este mesmo mecanismo constitucional pode gerar problemas relevantes à proteção daqueles mesmos direitos. Tal situação pode se concretizar pela forma com que o funcionamento desse sistema é interpretado pela doutrina e, especialmente, pelos Tribunais Superiores.

A existência de divergência jurisprudencial entre os tribunais brasileiros no que diz respeito à interpretação constitucional é preocupante; as demandas processuais no Supremo Tribunal Federal (STF) são enormes e a todo o custo buscam-se formas de uniformização de sua jurisprudência, no intuito de reduzir o número de processos no Tribunal, garantir celeridade no seu trâmite e reforçar a autoridade de suas decisões¹. Na maioria das vezes, contudo, a adoção de mecanismos uniformizadores da jurisprudência constitucional, além de ineficaz (mesmo com a nobreza de suas intenções), não está isenta de severas críticas. A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); do efeito vinculante, através da Emenda Constitucional nº 03/93; a extensão do último à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), à interpretação conforme a Constituição e à nulidade parcial sem redução de texto, pela Lei nº 9.868/99; o aumento dos poderes dos relatores dos tribunais (art. 557, do Código de Processo Civil); a Repercussão Geral (art. 543-A, do CPC) e a súmula vinculante, por meio da EC nº 45/04, espelham alguns desses mecanismos que ensejam obediência aos precedentes do STF e, dependendo de como forem interpretados, podem criar problemas mais graves do que aqueles que intencionaram dar conta inicialmente.

O efeito vinculante, epicentro das recentes modificações legislativas, se apresenta como o principal mecanismo de articulação dos desdobramentos de nosso controle de constitucionalidade (que envolve um controle difuso de constitucionalidade, exercido por todo Poder Judiciário, atuando junto com elementos de concentração, representados pelas ações de

¹ A problemática da uniformização jurisprudencial sempre foi uma constante no cotidiano do STF. Sobre essa questão, sintomática são as palavras do ministro Victor Nunes Leal ainda na década de 60: *“a eficiente organização do trabalho no Supremo Tribunal é um problema que se desdobra em dois outros: o da relativa estabilidade da nossa jurisprudência e o do imediato conhecimento das nossas decisões. Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável, a vida não para, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo dissídios da jurisprudência”* (LEAL, 1997, p. 29)

competência privativa do STF, cujas decisões são dotadas do sobredito efeito), o que torna pertinente desenvolver considerações acerca da melhor maneira de compatibilizar o referido instituto dentro da prática do controle de constitucionalidade, ressaltando a importância da interpretação da Constituição feita pelo STF e a proteção dos Direitos Fundamentais. Portanto, devemos nos indagar se a atual tipologia do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, descrita pela doutrina como um controle misto com tendências à concentração², reflete uma melhor interpretação de sua formação institucional, tendo em vista a expansão da prática de nossa Justiça Constitucional e, mais importante, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, em face da interpretação que é feita dos precedentes dotados de efeito vinculante constitucional partindo das vias diretas para o controle difuso.

Em nosso país, especificamente, a justificação para a vinculação constitucional formal imposta pelas decisões do STF foi originada por pressupostos bem claros: proporcionar rapidez no julgamento das demandas naquele tribunal, evitar que decisões divergentes ao posicionamento do STF pudessem existir, limitar o controle difuso dos juízes em assuntos de interesse do governo federal, especialmente na área tributária, e diminuir a quantidade de processos a serem julgados pelo STF. Podemos, então, afirmar, passados quase vinte anos de sua existência, que o efeito vinculante cumpriu tais funções ou, ainda, que a melhor forma de interpretar tal instituto seja uma leitura que acentue suas possíveis consequências instrumentais? Uma interpretação que enxerga o efeito vinculante como a panaceia para resolver problemas de quantidade de processos no STF e como instituto capaz de limitar a discricionariedade do intérprete, ensejando a aplicação automática do precedente da suprema corte tendem a corroborar a propalada compreensão de nosso sistema de controle de constitucionalidade como misto, com forte tendência à concentração³.

Será, no entanto, esta a interpretação que melhor justifica o efeito vinculante em nossa jurisdição constitucional?

Apenas para ficarmos, nesse momento, em uma análise mais quantitativa, temos motivos para não aderir à referida interpretação tão apressadamente. Se a justificativa principal for a diminuição dos processos a serem julgados pelo STF, o argumento não se justifica. Como apontado mais acima, o efeito vinculante surgiu em nosso ordenamento constitucional em 1993, ano em que foram protocolados 24.377 processos no STF e,

² Nesse sentido, se posiciona Clémerson Cléve (2000, p. 91) em obra que se tornou referência sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

³ Nesse sentido, cf., por todos, as considerações de Gilmar Mendes (2009).

consolidado no nível infraconstitucional em 1999, quando, no ano seguinte, foram protocolados 105.307 processos. Não obstante tal efeito, o número de processos protocolados não reduziu de maneira significativa nos anos subsequentes, alcançando, inclusive, um grande aumento no ano de 2003, com 160.453 processos protocolados, mesmo com o efeito vinculante para Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, nulidade parcial sem redução de texto e para a recém regulamentada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todavia, é bem verdade, ainda que o número de processos protocolados tenha reduzidos nos anos posteriores, por conta da Repercussão Geral, o número de ações que chegam a nossa suprema corte ainda é exorbitante e, desmentido a propalada diminuição de julgados pelo efeito vinculante, o número de processos protocolados ainda é muito superior àquele no ano de 1993.

Por outro lado, se o argumento utilizado for aquele, segundo o qual, o efeito vinculante teria o condão de evitar divergências interpretativas sobre as normas constitucionais ao limitar o controle difuso, reforçando, portanto, o controle concentrado, algumas evidências devem ser constatadas para embasar tal conclusão. Por exemplo: a) limitações que possam ser justificadas pela melhor interpretação das normas constitucionais que disponham sobre o controle de constitucionalidade das leis e sobre o efeito vinculante; b) a existência de limitações formais positivas para o exercício do controle difuso; c) uma maior concentração das matérias constitucionais na competência exclusiva do STF e, o mais importante, d) o monopólio da declaração da (in) constitucionalidade das leis e atos normativos por parte do STF.

No momento, apenas para justificar uma possível releitura do efeito vinculante, nos limitaremos a observar se o mesmo possibilita a limitação do controle difuso. Para tanto, utilizaremos o exemplo da ADC. Nunca foi novidade para ninguém que a referida ação constitucional foi criada para obstar o controle difuso, mais especificamente, as liminares contra o poder público federal, em face de matérias tributárias, interpretação que se reforça por conta do caráter limitado de seu objeto e (quando da sua criação) do limitado rol de legitimados ativos⁴. Do mesmo modo que o efeito vinculante, em razão de sua prática jurisprudencial, não se trata da melhor leitura que podemos dar a ela. Isto porque, seguindo o proposto por Antonio Maués (2010, p. 373-376), das decisões do STF que poderiam, supostamente, obstar o controle difuso, temos as decisões cautelares e de procedência em

⁴ De acordo com a redação do § 4º, art. 102, da CRFB/88, atribuída pela EC nº 03/93, antes da posterior alteração realizada pela EC nº 45/04, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, em face de leis e atos normativos federais.

ADC. Todavia, podemos observar que a ADC é uma ação constitucional de pouco impacto na jurisdição constitucional, o que invalida quaisquer conclusões a respeito de uma prevalência do controle concentrado ou de limitação do controle difuso, uma vez que, desde 1993, data de sua criação, até fevereiro de 2011, foram protocoladas apenas 28 (vinte e oito) Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Dentre elas, apenas 06 (seis) foram julgadas procedentes e apenas 02 (duas) ações com liminares estão, atualmente, aguardando julgamento de mérito (ADC nº 11 e 18). Se a ideia era possibilitar que o governo federal, por meio da ADC, pudesse evitar a existência de decisões divergentes a seus interesses no controle difuso, o mínimo que poderíamos esperar é que tal legitimado processual fosse o que mais trouxesse tais questões ao STF. Entretanto, apenas 05 (cinco) Ações Declaratórias de Constitucionalidade, das 28 (vinte e oito), foram propostas pelo Presidente da República e apenas uma, pela mesa do Senado.

Feitas tais considerações, nos parece que uma releitura do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente, em face do efeito vinculante, se torna necessária.

O trabalho utilizou, de forma preponderante, a abordagem hermenêutica, que não se configura como um método, mas como uma filosofia, portanto, mais preocupada com a fundamentação e justificação das problemáticas de acordo com as perspectivas do intérprete, não de maneira arbitrária, mas em compasso com as respostas que são consideradas as melhores, do ponto de vista da reconstrução feita dos problemas a serem discutidos e com a tradição que se pretende estudar, no caso, a brasileira. Como se trata de uma abordagem jurídica, as reconstruções das justificativas são feitas à luz das melhores interpretações dos princípios constitucionais brasileiros, de acordo com nossa moralidade política.

As obras doutrinárias foram selecionadas por serem as mais importantes e mais recentes a respeito das temáticas objeto de estudo, seja no campo da jurisdição constitucional, dos precedentes, do efeito vinculante e da interpretação constitucional. No intuito de uma maior atualização, foram consultadas obras periódicas de bastante prestígio interno e no exterior, tendo sido realizada a busca de artigos por meio da rede mundial de computadores, mais especificamente, quanto aos artigos de origem europeia, no site Dialnet (<http://dialnet.unirioja.es>) e, quanto aos de origem norte-americana, nos próprios sites das revistas citadas nas referências. Não obstante sua importância, adesão e reconhecimento, algumas obras de autores brasileiros foram criticadas por estarem em descompasso com a teoria do direito que julgamos como a mais acertada para a compreensão do direito brasileiro, que é a de Ronald Dworkin.

A jurisprudência coletada no trabalho, consubstanciando a pesquisa documental, foi retirada do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) e compreendeu, de maneira preponderante, o período após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial, as decisões que envolveram questões relacionadas à interpretação do efeito vinculante, assim como as decisões paradigmáticas importantes para a ratificação das conclusões teóricas. Tais decisões foram estudadas por meio, de acordo com os objetivos do ponto estudado, das fundamentações invocadas pelos ministros, considerados individualmente (ou seja, no intuito de delimitar o pensamento de cada componente do Tribunal acerca do assunto objeto de estudo) ou conjuntamente (buscando o que poderíamos tomar como o entendimento do STF acerca do tema). Para tanto, foram estudadas as decisões monocráticas e os acórdãos em sua inteireza, não apenas, portanto, o estudo das ementas, buscando os princípios jurídicos que as fundamentaram.

No primeiro capítulo serão revisitadas as principais formulações teóricas que envolvem os modelos clássicos de jurisdição constitucional, quais sejam: o modelo norte-americano e o europeu. Em tal análise, veremos como sua hibridação e circulação em outros ordenamentos impuseram uma releitura dos pressupostos teóricos que animaram tais modelos, mais especialmente, a superação das dicotomias básicas que gravitavam entorno de tais modelos (difuso/concentrado e concreto/abstrato). Tais alterações são mais sentidas no modelo europeu, daí a necessidade de estudar a função de Legislador Negativo atribuída por Kelsen, assim como a revisão da concepção de Constituição que ocorreu no continente europeu após a Segunda Guerra. Após assentar a obsolescência da dicotomia clássica difuso/concentrado, que também contamina as teorias sobre a existência de um sistema misto de controle de constitucionalidade, como o brasileiro, será apresentada uma nova proposta classificatória, julgada como capaz de melhor analisar o caráter plural da administração da jurisdição constitucional em nosso país, com base nos estudos do italiano Lucio Pegoraro e do Espanhol Fernández Segado.

Por fim, serão realizadas críticas acerca das considerações doutrinárias mais importantes sobre as interpretações feitas acerca da jurisdição constitucional brasileira, bem como será feita uma defesa, fundamentada nos estudos de Antonio Maués, do caráter integralmente desconcentrado do nosso plural sistema de controle de constitucionalidade, em oposição, portanto, às classificações que o consideram como um modelo misto (dos modelos clássicos) com tendências à concentração.

O segundo capítulo, por sua vez, realizará uma reflexão sobre o efeito vinculante. Serão discutidas suas premissas e suas propaladas funções, de acordo com os debates

legislativos e de importante doutrina nacional que se ocupou do tema, a fim de analisar se aquelas são compatíveis com a melhor interpretação do instituto na prática de nossa jurisdição constitucional. Para tal intento, serão estudados os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante e, neste ponto específico, importantes considerações teóricas iniciais serão feitas sobre a chamada teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

Posteriormente, será analisada a natureza jurídica da Reclamação Constitucional, ocasião em que será proposta uma releitura dos principais precedentes do STF acerca do instituto, a fim de ressaltar sua importância para jurisdição constitucional e de que modo as decisões naquela ação interagem e são importantes para a compreensão e delimitação da teoria dos fundamentos determinantes no âmbito do STF.

O terceiro capítulo apresentará algumas construções teóricas a respeito dos precedentes em nosso ordenamento jurídico. Não apenas daqueles dotados de efeito vinculante, mas de todos os precedentes judiciais e de sua constante importância nos diversos momentos históricos do direito brasileiro. Nestas considerações, serão feitas críticas ao modo como, atualmente, se compreende os precedentes no Brasil, fruto da predominância, em nosso país, das teorias positivistas do direito.

Tendo em vista as limitações teóricas enfrentadas pelo positivismo, em face das particularidades imanentes ao estudo dos precedentes, será necessário que adotemos uma teoria do direito que apresente a melhor interpretação daqueles e que seja capaz de oferecer uma justificativa constitucionalmente adequada para a existência de decisões judiciais que se tornam precedentes, como aquelas funcionam e os diferentes graus de vinculação que pode produzir.

Como teorias do direito escolhidas para oferecer respostas aos questionamentos acima, serão apresentadas as de dois autores norte-americanos: Ronald Dworkin e Cass Sunstein, escolhidos por serem reconhecidos juristas e tratarem de maneira divergente, mas consistente, sobre as questões suscitadas pelo trabalho: função da jurisdição constitucional, interpretação e precedentes.

Acolhidas as teses de Dworkin e rejeitadas as de Sunstein, o capítulo finaliza com algumas compatibilizações das teorias do primeiro à realidade peculiar do controle de constitucionalidade brasileiro, tais como: a constante divergência teórica entre os ministros; a ausência de um caso concreto no controle exercido por meio das ações diretas; a formação do fundamento de um precedente, tendo em vista a divergência na fundamentação e a convergência quanto ao resultado; o fato do precedente ser formulado por meio de decisões acerca da (in) constitucionalidade de um ato e a ausência de um voto institucional unificado.

No quarto último e capítulo serão traçadas algumas considerações críticas a respeito da utilização de métodos na interpretação constitucional, em contraposição à abordagem hermenêutica esposada pelo trabalho. Por conseguinte, serão discutidos os constantes sincretismos metodológicos que permeiam a compreensão da interpretação constitucional em nossa doutrina, enquanto momento importante para a extração dos fundamentos determinantes de um precedente. Ou seja, quanto melhor compreendermos a interpretação constitucional, melhor será a compreensão dos princípios que embasam os precedentes que podem ser extraídos da interpretação feita pelo STF.

Tomando por base Dworkin, será proposto que seria melhor para a compreensão da interpretação da Constituição brasileira considerar que suas normas mais importantes sejam princípios que espelham obrigações morais políticas, ensejando uma interpretação carregada de conteúdo, igualmente, moral, dispensando o recurso ao método e possibilitando uma abertura epistemológica dos votos dos ministros, capaz de facilitar a crítica das decisões.

A leitura moral da Constituição será importante para desenvolver a ideia de que os precedentes vinculantes são princípios que operam por meio de sua força gravitacional, modulada pelo princípio da igualdade na aplicação do direito. Nesse passo, como alguma categoria representa o limite objetivo do efeito vinculante, será necessário que interpretemos qual norma será capaz de exercer a vinculação formal imposta por aquele instituto.

Feitas tais considerações, alguns outros questionamentos tentaram ser respondidos, especialmente aqueles relacionadas à necessidade de se realizar as distinções dos precedentes, determinando a modulação de força gravitacional; o papel da Reclamação Constitucional como importante instrumento de interpretação dos precedentes vinculantes, servindo, inclusive, para realizar distinções e possíveis revogações dos mesmos e, por fim, de que maneira o caráter plural e integralmente desconcentrado da jurisdição constitucional é importante na defesa dos direitos fundamentais, especialmente, quando o STF declara nas vias diretas que uma lei é constitucional e deve permanecer no ordenamento jurídico.

É válido ressaltar que, mesmo que as considerações trazidas no corpo do trabalho sejam extremamente críticas quanto ao trato cotidiano do efeito vinculante pela jurisprudência e doutrina, não advogamos, contudo, pela sua inconstitucionalidade. Pelo contrário: consideramos que se trata de um instituto paradigmático que necessita de uma interpretação que afaste a possibilidade dele causar lesões a Direitos Fundamentais, acarretando, em consequência, sua inconstitucionalidade. Portanto, o efeito vinculante será interpretado de acordo com a teoria do direito que, cremos, apresenta-o sob sua melhor luz.

CAPÍTULO 1. UM NOVO OLHAR SOB O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.

1.1 . A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

José Afonso da Silva (1999, p. 09-10) conceitua a jurisdição constitucional⁵, em sentido estrito, como a incumbência dos órgãos do Poder Judiciário ou de um poder independente, de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias e a Constituição. Mais amplamente, é a entrega àqueles órgãos da função de solucionar conflitos constitucionais. Ou seja, isso demonstra que a jurisdição constitucional não se esgota e não se limita no controle de constitucionalidade das leis, abarcando toda ação daqueles órgãos que tenha como fundamento normas constitucionais, como a violação a direitos fundamentais, a aplicação das normas eleitorais, conflito de atribuições entre órgãos e entes federativos etc. O autor divide, conseqüentemente, em quatro tópicos as possibilidades de atuação da jurisdição constitucional: 1) *com controle de constitucionalidade*; 2) *das liberdades*: atuação judicial mediante a provação de ações constitucionalmente previstas para a defesa de direitos fundamentais; 3) *orgânica*: solução de conflitos entre órgãos dos poderes constituídos, envolvendo suas competências e atribuições constitucionais e 4) *comunitária ou internacional*: solução de conflitos derivados da aplicação das disposições internacionais, incorporadas ao ordenamento interno, quando afetadas por atos de autoridades ou disposições legislativas contrárias a essas normas externas.

Portanto, o termo jurisdição constitucional é empregado em vários sentidos, mas poucos são coincidentes. A não univocidade dos termos utilizados está relacionada, de acordo com Llorente (2001, p. 338) à necessidade de se estudar, sobre uma única perspectiva, institutos diferentes, pois na maior parte dos países europeus, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, jurisdição constitucional e jurisdição que aplica a Constituição (*constitutional adjudication*) não são termos equivalentes, pois, ainda que todos os juízes devam aplicar a Constituição para determinar a legalidade e constitucionalidade de

⁵ Cappelletti (1992, p. 23-25) considera que a jurisdição constitucional ou justiça constitucional não se limita ao controle de constitucionalidade das leis, este é apenas um dos seus aspectos, ainda que um dos mais importantes. No entanto, pondera que a função da jurisdição constitucional pode ser resumida na ideia de tutela e atuação judicial dos preceitos constitucionais. Seguiremos com o referido conceito no decorrer do trabalho, sem embargo dos acréscimos posteriores.

alguma lei ou ato administrativo, o monopólio da decisão de inconstitucionalidade se mantém em um tribunal constitucional⁶.

Fernández Segado (2004, p. 01-06) considera a universalização da justiça constitucional um dos fenômenos mais relevantes dos ordenamentos constitucionais atuais. Com efeito, a justiça constitucional é filha da cultura do constitucionalismo, que entende a Constituição como lei suprema, capaz de limitar o poder, apresentando um conjunto de princípios a serem resguardados pelos juízes, em razão do governo constitucional democrático. A justiça constitucional está imbricada com os ideais democráticos de tal modo, que é impensável sua existência e desenvolvimento em regimes autoritários. Não por acaso, o ressurgimento ou o fortalecimento da justiça constitucional se realiza após a queda dos regimes autoritários na Europa.

Podemos afirmar, com apoio em Favoreau (2004) e Tania Groppi (2005), que quatro ondas marcaram a expansão da jurisdição constitucional europeia: a primeira se deu no período entre guerras, e compreende as experiências austríaca (1920), checoslovaca (1920), alemã (1925) e espanhola (1931), todas marcadas por sua curta duração e sucumbência a regimes não democráticos.

A segunda onda é observada no período posterior à Segunda Guerra, quando se consolida a experiência dos Tribunais Constitucionais na Itália (1948), Alemanha (1949) e Áustria (1945) e, ainda que com ressalvas quanto ao seu papel institucional à época, o Conselho Constitucional Francês (1958)⁷.

⁶ Para Kelsen (2007, p. 123-125), a garantia jurisdicional da Constituição era identificada com a jurisdição constitucional. Para o mestre de Viena, trata-se de um conjunto de medidas técnicas que visam garantir o exercício regular das funções estatais. A legislação e sua aplicação são atos de criação/aplicação do direito em etapas hierarquicamente distintas, nesse sentido, Constituição, lei e sentença são atos que dão concreção à vontade estatal. A Constituição e as leis são normas jurídicas gerais, enquanto o regulamento e a sentença normas jurídicas individuais, ou seja, são atos de concretização do direito. Dessa forma, enquanto o vetor se encaminha da direção Constituição/sentença, diminui o grau de criação e aumenta o de aplicação do direito. Importante notar o caráter formal dessa conceituação, na medida em que a defesa dos direitos fundamentais aparece como uma função indireta da jurisdição constitucional, motivo pelo qual não a adotamos, conforme veremos mais adiante.

⁷ De acordo com Pierre Bon (2009, p. 315-319), a reforma constitucional no artigo 61-1, datada de 23 de julho de 2008, permitiu que o conselho constitucional francês pudesse fiscalizar a constitucionalidade de leis que antes não podiam ser controladas, por conta da natureza abstrata e *a priori* do controle de constitucionalidade Francês. A solução da reforma foi, de acordo com o autor francês, parcialmente original, uma vez que se distancia dos demais países europeus, por conta de duas singularidades: a questão prioritária de constitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*) apenas pode ser suscitada quando em jogo direitos constitucionais e apenas pode ser apresentada pelos juízes dos tribunais superiores. Portanto, não seria controlável qualquer inconstitucionalidade, apenas aquela que violar direitos e liberdades constitucionais. Quanto à apresentação da questão, as partes apresentam o caso para o juiz ordinário e estes, em seguida, devem apresentar a questão ao conselho constitucional; tais juízes, é bom ressaltar, são apenas aqueles das cortes superiores (o conselho de estado e a corte de cassação). Importante ressaltar que muitas razões são levantadas para entender a criação do controle de constitucionalidade repressivo em França, tais como: uma constante marginalização dos direitos constitucionais, as frustradas tentativas de alterações constitucionais da década de 90, bem como a crescente

A terceira onda, por sua vez, começa em meados dos anos 70 com a reestruturação democrática de Portugal e Espanha e a criação de seus respectivos Tribunais Constitucionais em 1978 e 1976, bem como, igualmente, com a experiência grega de 1975.

Por fim, a partir do final da década de 80, os países da Europa Centro-Oriental passam a adotar os modelos de Jurisdição Constitucional encabeçados pela mudança constitucional Húngara de 1989, seguidos pela constituição albanesa de 1998 e finlandesa, no ano imediatamente posterior⁸.

Por conta do objeto do trabalho, as considerações acerca da jurisdição constitucional serão aquelas em sentido estrito, ou seja, analisaremos, preponderantemente, as funções relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e à defesa dos Direitos Fundamentais.

1.2 - A NECESSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

A crise dos Poderes Executivo e Legislativo

Em conhecido ensaio acerca da jurisdição constitucional, Cappelletti (1984, p. 599) aponta que sua expansão foi mais sentida após a 2ª Guerra Mundial⁹. Como consectário lógico dessa expansão, surgiram tribunais constitucionais ou estes foram reforçados ou reestruturados onde já existiam, uma vez que seus antecedentes eram, à época, bastante escassos e de êxito limitado, como, por exemplo, os tribunais da Checoslováquia de 1918, da Áustria de 1920, e da Espanha de 1931¹⁰.

Dentre as razões da expansão e da necessidade de uma jurisdição constitucional forte, podemos destacar o preocupante crescimento do legislativo, do executivo e da expansão das declarações de direitos nas constituições. De acordo com o autor italiano (CAPPELLETTI,

jurisprudência internacional sobre direitos humanos oferecida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que influenciou no parâmetro de constitucionalidade local, por meio do chamado controle de convencionalidade (CARILLO, 2010, p. 588-590).

⁸ Tania Groppi (2005, p. 42) prevê uma quinta onda da justiça constitucional, calcada no impacto do direito europeu comunitário, da internacionalização dos direitos humanos e de sua proteção pelos Tribunais supranacionais.

Ainda de acordo com o autor italiano, todos os países que emergiram de uma experiência anti-democrática buscaram na justiça constitucional uma forma de evitar a volta de tais regimes e a garantia dos direitos fundamentais (CAPPELLETTI, 1968, p. 39-40). A razão da instalação desse controle dos poderes estatais não está desvinculada da experiência nacional-socialista presente na segunda guerra mundial, uma vez que o desprezo total pelos direitos e liberdades, o terror e a impunidade daquele regime fizeram com que fossem necessários mecanismos para fechar a possibilidade de um futuro abuso do poder público. A esse respeito, a legislação não pode se considerar como uma exceção - mesmo um legislador democrático está obrigado a subordinar os objetivos políticos aos critérios jurídicos constitucionais (BACHOF, 1986, p. 840).

¹⁰ Sobre tais experiências, conferir, por todos, o importante trabalho de Pedro Villalon (1987).

1984, p. 604-605), o aumento da demanda estatal por intervenções legislativas sobrecarrega o legislador. Não obstante esse clamor, o parlamento, nestas sociedades, está sempre abarrotado e preocupado com problemas políticos de extrema importância, o que afeta sua capacidade e prontidão requeridas para satisfazer as sempre crescentes necessidades legislativas. Como possuem muito trabalho, devem abdicar de algumas competências em detrimento de outros poderes para que possa funcionar normalmente. Esta abdição, em grande parte, é feita em favor do Poder Executivo e de sua regulamentação de emergência.

Nesse passo, o Estado providência se torna Estado administrativo e uma crescente desconfiança passa a circundar tais poderes. O parlamento se mostra incapaz de exercer sua função de órgão onipotente de desenvolvimento social. A demora em sua prestação resulta em leis defasadas desde o momento de sua promulgação; muitas, inclusive, ineficazes ou contraproducentes.

Cappelletti (1984, p. 608) considera, todavia, que os tribunais da tradição romano-germânica pouco têm se esforçado em desenvolver tais responsabilidades de fiscalização da atividade dos demais poderes¹¹. Nesse passo, o Judiciário se vê diante da seguinte situação: 1) permanecer estante em sua função judicial típica, tradicional ou 2) elevar-se ao nível dos outros ramos e converter-se em um terceiro gigante, para controlar o legislador mastodonte e o executivo leviatã.

Na segunda opção, mais adotada, o judiciário surge como um terceiro gigante, ombreando os demais poderes¹². Nesse passo, deixa de cuidar apenas de questões entre os cidadãos para tratar do controle das bancadas políticas (CAPPELLETTI, 1984, p. 611).

A crescente adoção de declarações de direitos e o conseqüente (e necessário) desenvolvimento da função criativa da justiça constitucional.

¹¹ É notória a desconfiança e insegurança nutrida por Mauro Cappelletti (1992, p. 89-93) em face do Poder Judiciário no trato de questões constitucionais. Uma das justificativas lançadas pelo italiano é que não se poderia confiar a interpretação das normas constitucionais, que diferem da legislação ordinária (pois prevêem programas futuros de aplicação e diretrizes), ao juiz de carreira, que recebe os ecos dos clamores sociais de maneira atenuada e que não estaria preparado para interpretar tal norma que, via de regra, é feita de maneira discricionária e equitativa. Como ratificação de seu pensamento, o autor cita o fracasso na função de intérpretes constitucionais exercida pela corte de cassação italiana. Por outro lado, afirma que a experiência americana foi exultante, porque o instituto da *Judicial Review* surgiu junto com a Suprema Corte, o que exigiu dos juízes que a integraram coragem suficiente para aplicá-la.

¹² Otto Bachof (1986, p. 837) considera que a divisão das funções do judiciário em jurisdições civis e penais é antiquíssima, já a ideia de submeter os Poderes Legislativo e Executivo ao controle de tribunais independentes é bastante recente, uma vez que pressupõe a existência prévia e constitucionalmente estruturada da separação dos poderes.

Trata-se de um fenômeno crescente, observado entre os países de ambas as tradições de famílias jurídicas (CAPPELLETTI, 1984, p. 615-616), que surge como reflexo imediato da crise anterior (crescimento dos Poderes Executivo e Legislativo), pois a existência de tais direitos de defesa em face do poder público sugere a possibilidade de que estes núcleos de regras e princípios mais protegidos não podem ficar à mercê dos legisladores e da administração pública.

O papel desempenhado pela jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais demonstra sua crescente importância e pode ser encarado como um dos principais motivos de sua expansão e reconhecimento. Nesse sentido, é importante notar a jurisprudência dos tribunais constitucionais europeus, visando a proteção dos direitos fundamentais, especialmente, de leis advindas de experiências autoritárias anteriores.

Dentro dessa perspectiva, um dos exemplos mais expressivos do impacto dos direitos fundamentais no funcionamento da jurisdição constitucional¹³ está na experiência francesa, onde o Conselho Constitucional, outrora limitado materialmente na realização do controle de constitucionalidade preventivo, em 1971, incorporou no bloco de constitucionalidade (parâmetros de controle) o preâmbulo da Constituição de 1958 (que continha referências à declaração dos direitos do homem de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946). Através dessa decisão, o Conselho passou a controlar efetivamente a constitucionalidade das leis com relação a violações a direitos e liberdades (PEGORARO, 2004a, p. 30-31). Favoreu (2004, p. 99) fala que houve uma verdadeira revolução, quando o conselho constitucional reconhece força normativa ao preâmbulo da constituição de 1958, porquanto seu texto continha poucas normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, caso o conselho se limitasse ao próprio texto da carta francesa, pequeno seria o desenvolvimento do controle da constitucionalidade (preventivo) de leis que pudessem violar tais direitos. Por conta desse alargamento do parâmetro do controle de constitucionalidade, ainda de acordo com Favoreu (2004, p. 101), o número de liberdades políticas aumenta a cada ano, especialmente, nas seara do direito penal e processual penal.

Esta expansão da justiça constitucional pós-Segunda Guerra Mundial não foi por acaso. As sistemáticas violações dos direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários

¹³ Ainda que tenha ocorrido em momentos diferentes, o impacto dos direitos fundamentais como fator de maior desenvolvimento na prática da jurisdição constitucional pode ser sentida, igualmente, nos Estados Unidos, pois, mesmo que em 1810 outra decisão tenha confirmado aquela de 1803, o *judicial review* apenas se consolidou alguns anos após a guerra civil com a promulgação da *Bill of Rights* (emendas da guerra civil) (PEGORARO, 2004a, p. 34). Através da doutrina da incorporação, os direitos da declaração se estenderam às autoridades públicas estaduais, ainda que suas constituições dispusessem de forma diversa da federal, por meio da interpretação que a Suprem Corte realizou da cláusula do devido processo legal (CORWIN, 1986, p. 228).

possibilitaram uma revitalização da noção de jurisdição constitucional, acompanhada de uma reformulação (na Europa, é bem verdade) do próprio conceito de Constituição. Recuperado seu status de norma jurídica, inúmeras consequências decorreram daquela reformulação, pois as Constituições deixaram de ser encaradas como simples cartas de intenções, bem como, ao mesmo tempo, ganharam força as discussões a respeito de quem deveria ser seu guardião. LLorente (2001, p. 340), não por outra razão, afirma que, na Europa, a jurisdição constitucional é uma instituição própria das novas democracias e existe nos Estados cuja tradição democrática é quebradiça e não, salvo de forma parcial e limitada, naqueles outros cuja evolução constitucional se estabeleceu sem quebras mais graves que as originadas pelas guerras mundiais.

1.3 OS MODELOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA SUPERACÃO: a circulação dos modelos, aproximações e hibridação.

Os modelos com que os países realizam a jurisdição constitucional variam de acordo com inúmeros fatores, como, por exemplo, seu histórico institucional, o tipo de Constituição adotada, o modelo de Estado adotado e, por fim, as particularidades do ordenamento jurídico. Não obstante estes fatores serem capazes de demonstrar a razão das diferentes formas de prestação da jurisdição constitucional, os germes desses modelos se encontram em dois outros clássicos: o modelo americano da *judicial review* e o europeu.

Quanto ao primeiro modelo, da *judicial review*, historicamente representado pela Constituição estadunidense, o exercício da jurisdição constitucional é confiado a todo aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, uma vez que os diversos litígios, de qualquer natureza, são julgados nas mesmas condições, com aplicação das normas constitucionais. Ou seja, não existe um específico contencioso constitucional, assim como não existe um contencioso administrativo específico, não podendo se distinguir as matérias que são levadas a conhecimento dos tribunais pelas normas jurídicas a serem aplicadas (FAVOREU, 2004, p. 17). Tendo em vista que as questões acerca da constitucionalidade das leis não são julgadas por meio de processos específicos, mas sim por meio das competências originárias ou recursais dos tribunais, as decisões proferidas surtem efeito apenas *inter partes* e a inconstitucionalidade da lei gera efeitos declarativos *ex tunc*, por conta da supremacia da Constituição.

Como mecanismo de uniformização das decisões constitucionais, o modelo americano dispõe do *stare decisis* como um princípio segundo o qual, dito em poucas palavras, a decisão

de um órgão judicial de hierarquia superior vincula os demais (CAPPELLETTI, 1992, p. 80). Funciona mesmo que as Cortes estaduais e federais diverjam, pois a Suprema Corte (órgão ápice do edifício judicial norte-americano) sempre poderá decidir o conflito de forma vinculante, acarretando que um julgamento que seria de cognição de uma questão incidental, surta, consecutivamente, efeitos *erga omnes* (CAPPELLETTI, 1992, p. 81). Nesses casos, não haveria uma invasão no Poder Legislativo, pois o caso seria apenas de interpretação, ou seja, nos casos semelhantes esta lei não se aplica, permanecendo nos registros legislativos (*on the books*), mas como lei morta (CAPPELLETTI, 1992, p. 82), o que torna a aplicação inapropriada para os tribunais inferiores é, justamente, o *stare decisis*.

No modelo europeu, em sua forma originalmente concebida por Kelsen (2007), por sua vez, o contencioso constitucional é exclusivamente exercido por um tribunal (que não faz parte do Poder Judiciário) especialmente constituído para esse fim, que julga sem a existência necessária de um litígio. Como características do modelo, podemos citar: a) *processo autônomo de constitucionalidade*: o exame não é feito de forma incidental, suscitado no curso de um processo ordinário, mas através de um processo que esgota seus fins com a declaração sobre a validade ou não da norma impugnada; b) *Único e específico órgão de controle*: a fiscalização da constitucionalidade está restrita a um órgão que detém todas as características de independência de um órgão jurisdicional e c) *eficácia imediata ou geral (erga omnes)*: os efeitos emanados deste processo afetam, de maneira significativa, a validade e a vigência da norma considerada inconstitucional (VILLALON, 1987, p. 34).

Na Constituição Austríaca de 1920, em sua redação originária, a questão era levada por meio de um processo autônomo (CAPPELLETTI, 1992, p. 104-105). Antes da reforma constitucional de 1929, apenas os órgãos políticos podiam acionar a Corte para pleitear a inconstitucionalidade de uma lei, não poderiam fazê-lo, nessa medida, os órgãos judiciais (FAVOREU, 2004, p. 18)¹⁴. Dogmaticamente, Kelsen, ainda que estivesse baseado na supremacia da Constituição e na sua rigidez, postulava a necessidade de controle da constitucionalidade das leis em função da hierarquia normativa que ele defendia, ou seja, os critérios hierárquicos determinavam a invalidade de uma lei, não, necessariamente, o conteúdo substancial das normas constitucionais (PEGORARO, 2004a, p. 38)¹⁵. A ideia de

¹⁴ Anteriormente, apenas o governo federal e dos Länder eram legitimados para propor o recurso direto. Importante lembrar que Kelsen (2007, p. 174) entendia que a forma de uma ação popular seria mais coerente com as finalidades a que se presta a jurisdição constitucional, porém o risco de ações temerárias e de entraves nas funções do tribunal repeliram a adoção de tal medida.

¹⁵ Kelsen (p. 130-132) afirma, partindo do explicitado na nota 6 *supra*, que a jurisdição constitucional revolve em torno da questão da regularidade da produção normativa. Para entender o que é resguardar uma Constituição, afirma, tem de se ter em conta o que ela é. Para Kelsen, apenas a teoria do escalonamento e da hierarquia

Kelsen (2007, p. 150) era a de um tribunal independente que exercesse uma função de legislador negativo, de forma repressiva, pois as consequências de suas decisões seriam as mesmas daquelas oriundas do Poder Legislativo, ou seja, a formulação de uma norma geral oponível contra todos. Nesse sentido, o tribunal não agiria como um órgão do Poder Judiciário, mas sim como órgão que realiza funções legislativas¹⁶.

Sobre a última questão, é importante ressaltar que o autor de Viena, tendo em vista o princípio da divisão de poderes, considerava que a garantia jurisdicional da Constituição pelo controle de constitucionalidade da lei não atribuída soberania a um determinado poder, uma vez que a soberania pertence ao Estado, e a Constituição, por sua vez, regula o processo legislativo e as atuações dos outros poderes, o que torna o problema da constitucionalidade das leis idêntico ao da legalidade, que subordina, ao seu turno, a atuação da administração ao judiciário. Em função de sua concepção dos Tribunais Constitucionais como legisladores negativos, afirmava que a anulação de uma lei é o mesmo que estabelecer uma norma geral, porquanto presentes as mesmas funções quando de sua elaboração, igualando a função jurisdicional da corte constitucional e a edição de um ato legislativo e, portanto, igualando, no ponto, o órgão que anula leis ao Poder Legislativo. Em suas considerações, o autor parece se filiar à concepção de Madison de freios e contrapesos¹⁷, pois fala em divisão de poderes, em contraposição a uma suposta separação de poderes, que traduziria melhor a noção segundo a qual os poderes deveriam se fiscalizar e controlar mutuamente, ou seja, a de que não poderiam ficar isolados, a fim de garantir a regularidade funcional deles. A jurisdição

normativa davam conta da possibilidade de se defender um conceito jurídico-positivo de Constituição. Nesse sentido, partindo da existência de hierarquia entre as formas jurídicas, a noção de Constituição se confunde com forma de Estado, pois exprime, juridicamente, o equilíbrio das forças políticas no momento constituinte. São, portanto, normas que regem a produção de outras normas jurídicas. Com efeito, o autor compreende a noção de inconstitucionalidade material, uma vez que a lei não poderá atentar contra os direitos fundamentais, ao afirmar que a Constituição não é apenas regra de procedimento, mas regra de fundo, contudo, estabelece a ressalva formalista de que, ao fim e ao cabo, a inconstitucionalidade material é uma inconstitucionalidade formal, na medida em que uma lei deixaria de ser inconstitucional, caso fosse aprovada como emenda constitucional, pois o que deve ser mantido é a forma legal ou constitucional, independentemente de seu conteúdo.

¹⁶ Não podemos confundir a identificação das funções do Tribunal Constitucional como legislativa, com o Poder Legislativo, que opera por questões diferentes do da noção de constitucionalidade/inconstitucionalidade. Ademais, o próprio parlamento não poderia, de forma eficaz, estar incumbido de anular um ato que ele mesmo produziu, ou que pudesse ser obrigado a suspender um ato seu porque outro órgão decidiu pela sua inconstitucionalidade, afirma Hans Kelsen (2007, p. 149-150). Em tempo: O Tribunal Constitucional é um órgão que não pertence a nenhum poder, é independente.

¹⁷ De acordo com Madison (1984, p. 418), as garantias que eram atribuídas àqueles que exercem os poderes, serviam como meio de neutralizar as ambições pessoais que pudessem interferir na escorreita funcionalidade de determinado poder. Afirma o americano que justamente este aspecto ambicioso do ser humano é que determina a existência de um governo político que possa exercer controle sobre ele. Nesse passo, conclui que a dependência em relação ao povo é que se consubstancia como o principal controle do poder. Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros.

constitucional seria, antes de tudo, uma afirmação daquele princípio (KELSEN, 2007, p. 150-152).

A anulação da lei, nesse contexto, difere de sua elaboração, por conta da diferente formatação orgânica das instituições responsáveis pela respectiva elaboração e anulação da lei. A anulação se trata, por sua vez, simplesmente, da aplicação das normas constitucionais, pois a livre criação que caracteriza a legislação está *quase* completamente ausente. Kelsen (2007, p. 153) pontua que o legislador apenas estava constrangido pela Constituição para as regras do procedimento legislativo e apenas indiretamente vinculado por diretivas gerais, que eram fracas, enquanto a atividade da corte constitucional era totalmente determinada pela Constituição e se consubstanciava mais em aplicação do direito, do que sua criação¹⁸.

Proibindo que os juízes deixassem de aplicar, sob qualquer hipótese, as leis, o sistema kelseniano visava garantir a submissão da jurisdição à legislação e que os juízes não desprezassem a primazia parlamentar, especialmente em um momento que os juízes tendiam a valorar negativamente o acesso das novas forças sociais e políticas às câmaras, que poderiam ser capazes de perturbar os valores tidos como tradicionais. Estas considerações políticas, ainda que tendessem a apresentar a Constituição como superior às vontades do parlamento, impediam que o Tribunal Constitucional analisasse interesses, o que poderia determinar o juízo de oportunidade da lei, adstrito ao campo político do parlamento. O Tribunal Constitucional é órgão, portanto, auxiliar ao legislativo, pois não fiscaliza a injustiça da lei, mas apenas sua validade (ENTERRIA, 1985, p. 58)

Não obstante tenha sido o primeiro modelo de jurisdição constitucional surgido, alguns fatores políticos não possibilitaram, inicialmente, a exportação do modelo americano para a Europa, dentre eles: a) *a sacralização da lei*: originada no dogma rosseauiano de lei como expressão da vontade geral do povo e da infalibilidade do parlamento. Ademais, àquela época, o conceito de direito se confundia com a noção de lei. Ao passo que, nos Estados Unidos, a Constituição era sagrada, não a lei; b) *incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional*: o juiz tradicional, de carreira, se mostraria tímido no trato das questões relacionadas à interpretação constitucional, bem como faleceria a tais juízes legitimidade democrática para tanto; c) *ausência de unidade de jurisdição*: a jurisdição na Europa se divide

¹⁸ Tais postulações são muito importantes para compreender o cerne da teoria Kelseniana de Jurisdição Constitucional e que a diferenciara dos demais modelos europeus, uma vez que, como Kelsen (2007, p. 124-126) apenas diferenciava a sentença da lei por graus quantitativos e não qualitativos (ou seja, a sentença que julgava inconstitucional uma lei criava direito, assim como o aplicava, ainda que em graus quantitativos diferentes), não poderia atribuir ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, do contrário, a diferença entre Poder Judiciário e Legislativo (do ponto de vista da revogação da lei) desapareceria, vulnerando, de acordo com sua concepção, a divisão de poderes.

em inúmeras jurisdições com competências específicas¹⁹ e d) *insuficiente rigidez da constituição* (FAVOREU, 2004, p. 20).

As razões enumeradas acima por Favoreu (2004) justificam-se, apesar da *judicial review* ter exercido fascínio no pensamento europeu, pelo fato das diferenças históricas advindas das revoluções liberais burguesas europeias, pois, enquanto na América o legislativo inglês era o grande opressor; na Europa, o monarca assumia esse papel, enquanto o legislativo se encarregava de ser a vontade geral do povo e seu mais legítimo representante, de acordo com Fernández Segado (2003, p.228 - 229)²⁰.

A concepção europeia começa a se alterar logo após a Primeira Guerra e tal mudança se torna mais nítida após a Segunda Guerra e com a eclosão dos órgãos de controle de constitucionalidade, por conta dos inúmeros abusos dos regimes nazista e fascista, demonstrando que os órgãos eleitos democraticamente poderiam ser, também, opressores. Uma das justificativas mais relevantes para essa alteração da concepção europeia é a de que os preceitos e normas constitucionais determinariam uma ordem de valores superiores, que não decorreriam, necessariamente e simplesmente, de sua posição topográfica privilegiada, pois a Constituição serviria para reconhecer e garantir direitos e liberdades. O que aponta para uma redescoberta da Constituição enquanto norma jurídica²¹ (SEGADO, 2003, p. 234-235).

¹⁹ Kelsen (2007, p. 304) justificou a concentração da justiça constitucional em um tribunal, por conta da existência de inúmeros tribunais ordinários, especialmente, de uma jurisdição administrativa austríaca que aplicava as mesmas leis que a jurisdição ordinária, portanto, a declaração de inconstitucionalidade por parte da jurisdição ordinária poderia causar conflitos de leis a serem aplicadas pelas diferentes jurisdições.

²⁰ Roberto Valdés (1994, p. 108-114) aponta que uma das principais razões para a defesa de Madison (ver nota 17 *supra*) de um controle recíproco entre os poderes era o temor de que o legislativo pudesse se expandir de maneira desmesurada, em contraposição a um descrédito da possibilidade de tal usurpação despótica partir do executivo. Diferentemente da compreensão europeia, continua Valdés, a tripartição de poderes pode ser explicada pela homogeneidade social americana, uma vez que não existiam os estamentos sociais advindos do feudalismo europeu e a ausência de uma respectiva tradução institucional para a realidade do novo continente. Ademais, dessas relações históricas e sociais, o constitucionalismo norte-americano emergente via no legislativo o órgão que poderia violar a liberdade, pois não teve de derrubar a barreira social e institucional existente na Europa das monarquias despóticas (Poder Executivo). Quanto a resistências institucionais, tem-se que na Europa uma das preocupações da separação dos poderes era encaixar os antigos postos ocupados pelos monarcas, daí o surgimento de um regime de executivo dúplice típico dos sistemas parlamentares. O que não se demonstrou necessário nos Estados Unidos da América, permitindo a ascensão de um modelo de executivo monista legitimado democraticamente, como o legislativo, determinando a feição de um governo republicano e democrata através do Presidencialismo.

²¹ Antes da referida redescoberta da constituição enquanto norma jurídica, de acordo com Eduardo Enterria (1985, p. 41-58), as doutrinas europeias anteriores à Segunda Guerra negavam valor normativo à Constituição fora do âmbito da organização dos poderes e à Constituição material era atribuída uma força apenas programática, surtindo efeitos de meros conselhos ao legislador. Isto porque o clássico conceito de Constituição expresso no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1879 sofrera enormes resistências de adoção na Europa continental. Seja pela direita monarquista, reerguida através de Napoleão, que passa a utilizar a Constituição como simples documento de estruturação política dos poderes e considera que a mesma surge para lhe impor limitações posteriores, mas nunca como capaz de fundar o poder ou de delimitar-lhe competências de forma originária, na medida em que tais monarcas assumiam seu poder como situação pré e supraconstitucional. A esquerda, baseada no discurso de Ferdinand Lassale sobre a essência da Constituição,

Os modelos anteriormente apresentados são considerados pela doutrina como modelos clássicos de justiça constitucional, de acordo com suas aplicações em seus respectivos países. No entanto, tais modelos circularam entre os países que pretendiam importá-los, a fim de dotar a defesa de suas Constituições de mecanismos eficazes. Esta circulação impôs significativas alterações estruturais nos primeiros modelos aplicados nos Estados Unidos e na Áustria²².

Com efeito, uma das primeiras alterações ocorreu no modelo austríaco em 1929, no próprio país berço da jurisdição constitucional. A reforma permitiu o acesso à corte constitucional por parte dos tribunais ordinários superiores, através da questão de inconstitucionalidade. Outrora, apenas órgãos governamentais poderiam propor o recurso autônomo ao tribunal (*Bundesregierung* - o governo federal e *Landesregierungen* - governo dos Länder). Com a reforma, os principais tribunais superiores (*Oberster Gerichtshof* - suprema corte para assuntos civis e penais e *Verwaltungsgerichtshof* - a Suprema Corte de questões administrativas) poderiam remeter a questão acerca da constitucionalidade da lei para o Tribunal Constitucional. Ainda que tivesse sido de significativa importância, a Áustria pré-reforma demonstrou que seu sistema de controle de constitucionalidade era limitado, pois os legitimados a propor a ação especial apenas questionavam a constitucionalidade das leis que invadiam as competências constitucionais dos entes federativos, o que quer dizer que, naquele momento, a principal garantia era da repartição constitucional das competências. Cappelletti (1992, p. 107) salienta que ficavam de fora do controle as leis lesivas aos direitos individuais, na medida em que os entes legitimados tinham apenas a faculdade, não a obrigatoriedade, de instaurar o processo, o que levava os entes a promover o processo apenas em casos especiais e raros.

afirmava, de outro lado, que a Constituição é, em verdade, aquilo que de maneira formal representa a estrutura real de poder que a subjaz e suporta, não aquilo que estava disposto nos seus textos. Este embate fez com que se esvaziasse a concepção inicial de Constituição no século XIX. A Constituição deixa de ser uma norma de origem e conteúdo determinados, não sendo mais invocada pelos tribunais e passa a ser, somente, exigência lógica do ordenamento, que estaria presente em todos os lugares e épocas, funcionando como um conceito formal, abstrato e como uma pura realidade estrutural de fato, não importando os valores materiais que expressasse. A relação dos juízes com a Constituição, nesse contexto, era de uma *norma normarum*, de contornos formais, plasmada dentro de uma relação internormativa hierárquica. As constituições daquele século, ou careciam de uma parte dogmática (ex.: Alemanha de 1871 e Espanha de 1834) ou dispunham de princípios tão gerais, que sempre necessitavam de intermediação normativa ordinária, sem as quais, permaneciam inoperantes. Somado a isso, os fatores históricos de luta do parlamento contra os monarcas soberanos, os dogmas da infalibilidade das leis, desconfiança dos juízes de carreira e imunidade jurisdicional da lei, acabaram por enfraquecer o poder normativo da Constituição.

²² Ainda que em um primeiro momento o modelo de jurisdição constitucional baseado no modelo norte-americano tenha exercido influência em inúmeros países, como o próprio Brasil, na Europa buscou-se uma tentativa de aperfeiçoá-lo e adequá-lo às ideias e primados teóricos-políticos europeus mais importantes do pós-Primeira Guerra Mundial (SAMPAIO, 2002, p. 26-34)

A inclusão dessa modalidade de acesso ao tribunal constitucional, conhecida como questão de inconstitucionalidade ou incidente de constitucionalidade, promoveu a primeira fissura no modelo fundado no binômio difuso/concentrado, porquanto, apesar de o órgão chamado a realizar a jurisdição constitucional ser único e especializado, como na Áustria pré-reforma, cada juiz passou a exercer o controle da constitucionalidade, como nos Estados Unidos, pois, em uma demanda concreta, possuíam competência para realizar um juízo preliminar sobre a norma trazida pelo caso e, havendo dúvida quanto a sua aplicação, deveriam apresentar a questão para análise do tribunal constitucional (PEGORARO, 2004a, p. 43)²³.

Esta importante inovação alterou os paradigmas iniciais do modelo de justiça constitucional observado na Europa, uma vez que o controle incidental permitia que os juízes ordinários pudessem realizar o controle de constitucionalidade das leis, ainda que o monopólio da declaração de inconstitucionalidade, portanto, da declaração da invalidade da norma, permanecesse na competência exclusiva do Tribunal Constitucional. Os estudiosos do direito comparado, por sua vez, se dividiram quanto à classificação e ao valor desta modalidade de acesso aos tribunais e sua relação com os principais paradigmas dos modelos contrapostos. Nesse sentido, por exemplo, Cappelletti (1992, p. 110-113) considerou essa uma aproximação do modelo europeu ao americano. O italiano confirma o hibridismo do modelo europeu sob o aspecto modal, que permite o controle incidental (realizado pelo judiciário) e via principal, e considera este modelo mais completo que o americano, pois permite que toda a espécie de lei seja alvo de ataque. Todavia, não considera a alteração suficiente para se configurar como um novo modelo, apenas seria caracterizado como um sistema misto.

Pegoraro (2004a, p. 42-43), secundado por Segado (2004, p. 93), observa que, após a Segunda Guerra, ocorre uma hibridação dos modelos contrapostos do *judicial review* e da *verfassungsgerichtbarkeit*, com a inclusão da difusão do controle através do acesso incidental, bem como a instituição de um tribunal que concentra as decisões de eficácia *erga omnes* nas

²³ Acerca desse ponto específico, Garcia de Enterría (1985, p. 133-135) lembra que na Itália e na Alemanha, ao final da Segunda Guerra, o modelo austríaco de 1920 foi lembrado pelo intelecto de dois kelsenianos, no intuito de ser adotado nas Constituições vindouras dos respectivos países: Pietro Calamandrei e Hans Nawiasky. Todavia, as propostas foram rejeitadas, o que nos demonstra que a tese do modelo Kelseniano de um Tribunal Constitucional como legislador negativo não pode ser defendida de forma tão peremptória. Os debates constituintes daqueles países demonstram, todavia, que o conceito de Constituição adotado se aproximava mais do americano de jurisdição constitucional, ainda que os referidos países estabelecessem um tribunal constitucional na fórmula estrutural concentrada. A adoção do modelo estrutural concentrado implica, no entanto, em consequências processuais importantes, ainda que afastadas das concepções kelsenianas de fundo. Nesse sentido, os modelos europeus partem dos pressupostos teóricos americanos de supremacia constitucional, mesmo que junto de alguns traços do modelo europeu kelseniano, enquanto instrumental técnico.

sentenças. Nesse passo, surgiria um *tertium genus*, quando se contrapõe com os modelos que surgiram historicamente de forma paradigmática²⁴.

1.4 - Kelsen e o mito do legislador negativo²⁵

A jurisdição constitucional estava mais voltada, à época da Constituição austríaca de 1920, para a defesa dos problemas da estrutura federal do estado (VILLALON, 1987)²⁶. De acordo com Fernández Segado (2004, p. 18-25), a construção teórica de que o juiz constitucional tem de se defrontar em abstrato com as normas jurídicas, no intuito de aferir sua compatibilidade ou contradição com a constituição, visava rechaçar o subjetivismo radical implícito nas teorias do direito livre²⁷, pois Kelsen temia a disparidade de decisões dos

²⁴ Com base nestas considerações, Tania Groppi (2005, p. 49-50) conclui que, a partir da segunda onda de expansão da jurisdição constitucional europeia, o modelo se desenvolve de tal forma que a existência de múltiplas diferenças e peculiaridades dificulta, progressivamente, a individualização de elementos comuns a um hipotético modelo europeu. Os novos modelos que surgem, adotam uma lógica de soma progressiva, uma vez que, além de incorporarem toda a complexidade dos modelos existentes (vias de acesso, tipologias das sentenças etc.), agregam sempre novas competências. Conclui a autora, portanto, que o diferencial maior do modelo europeu não é a concentração do controle em um órgão interno ou externo do judiciário, mas sim que esta é feita nas mãos de um juiz especial, *ad hoc* (GROPPI, 2005, p. 45-46)

²⁵ A referência ao mito do legislador negativo neste trabalho quer representar uma superação das considerações teóricas afiançadas por Kelsen, que ocorreram ao longo do desenvolvimento da jurisdição constitucional, impulsionadas, em primeiro lugar, pela superação do modelo austríaco originário, por alterações na teoria da Constituição (mais especificamente, na Europa) e pela fiscalização da constitucionalidade realizada pelo poder judiciário, ainda que por meio do incidente de inconstitucionalidade, que tornaram insubsistente a defesa da existência de um órgão que apenas age para manter a regularidade formal da produção legislativa. Nesse contexto, ainda que as considerações acerca do papel dos Tribunais Constitucionais como o Legislador Positivo dependam, prejudicialmente, de uma teoria do direito e das funções dos órgãos da jurisdição constitucional, sua referência é representada pela densificação dos trabalhos dos Tribunais Constitucionais, a defesa dos direitos fundamentais enquanto princípios e a miríade de técnicas decisórias que não se restringem à simples declaração de inconstitucionalidade.

²⁶ De acordo com Kelsen (2007, p. 08-46), a peculiaridade técnica organizacional do Estado federativo é a de que os Poderes Legislativos e Executivos estão divididos entre um órgão central, com competência para todo o Estado (a União), e vários outros órgãos (os Estados membros), com competência apenas para pequenas porções do território. As esferas executivas dos estados e da união não coincidem, mesmo que a competência executiva esteja separada do local que possui a competência legislativa para editar o ato. Nesse sentido, o Estado executa leis da União, de forma autônoma. Portanto, em razão da responsabilidade executiva das leis federais, é preciso um controle de constitucionalidade das leis estaduais e tal controle não está contra a natureza do Estado federativo, pois serve como medida para garantir o mesmo. O mesmo vale para leis federais que invadam competência estadual. Considera que, em um Estado federal, onde existe a repartição de competências, a intromissão inconstitucional na esfera de competência deve ser resolvida, especialmente quando existe uma Constituição que regula os meios de produção legislativa, nessa esteira, conclui o professor de Viena que a

jurisdição constitucional é um suporte ou mesmo um acabamento técnico-jurídico da ideia de Estado federativo.²⁷ A escola do direito livre, surgida em solos alemão e francês, tinha como uma das principais características a superação da natureza universalizante dos códigos, apontando para sua insuficiência frente à sempre cambiante realidade e tinha como principais expoentes François Gény e Hermann Kantorowicz. Este último sustentava que a lei não era a única fonte do direito positivo, nem mesmo a mais importante, porquanto outros fatores que brotavam da espontaneidade da vida social eram mais importantes para o direito. Caberia ao intérprete, portanto, trabalhando junto ao legislador, elaborar a norma que aquele criaria, caso estivesse no seu lugar. Entretanto, caso, ainda assim, não se convencer da justiça de sua decisão, deverá, de acordo com seu convencimento, dentro

tribunais a respeito de matérias constitucionais, o que não poderia ser resolvido através do ordenamento austríaco, que não tinha doutrina de precedentes vinculantes.

Ademais, a ideia Kelseniana de legislador negativo era um meio de proteger o Poder Legislativo de intromissões do poder judiciário, porquanto tal noção demonstrava não apenas a complementaridade do tribunal constitucional com a atuação do legislativo, como, também, que seu modelo não surgia como desconfiança da atuação do parlamento, mas como um desejo de reforçá-lo, protegendo-o dos juízes (SEGADO, 2004, p. 22). A ajuda estaria, justamente, em reafirmar a necessidade de os juízes se aterem às leis sem fissura alguma, ou seja, que as aplique sem vícios. De acordo com o autor espanhol, a última *ratio* da diferença estaria em considerar a ideia subjacente ao *judicial review* como o controle do legislativo pelo judiciário, em uma maior confiança nos juízes, em face de uma grande desconfiança do legislador (SEGADO, 2004, p. 24). Kelsen, no entanto, desejava retirar das mãos dos juízes a possibilidade de controlar, de maneira difusa, a constitucionalidade das leis, em razão dos pressupostos teóricos da escola livre do direito, pois tais juízes eram de tendências autoritárias e de origens aristocráticas, com o escopo maior de salvaguardar a soberania do parlamento.

Com efeito, para Kelsen, o tribunal era um legislador negativo, pois sua sentença, que difere do ato legislativo apenas em grau, não em qualidade, seria como uma lei revogadora, funcionando, portanto, como um legislador, por isso a anulação com efeitos gerais. A intenção era retirar o aspecto político da decisão, por conta da sua anulabilidade, daí os efeitos *ex nunc*²⁸. Seria, ademais, um respeito ao legislador, uma vez que aquele também era intérprete da Constituição, ainda que o fruto desta interpretação estivesse sujeita ao tribunal; portanto, como a lei tem presunção de constitucionalidade, os juízes não poderiam deixar de aplicá-la (SEGADO, 2004, p. 43)²⁹.

Porém, as inúmeras possibilidades de pronunciamentos dos Tribunais constitucionais deram margem a uma reconfiguração do tribunal como um legislador positivo (SEGADO, 2004, p. 72- 82). Neste passo, a corte atua de maneira a estimular o legislador, seja frente a

dos parâmetros de um *ôdireito* livre, chegar a uma resposta que considere justa. Um juiz que se atenha apenas à lei, imune a paixões é uma ficção que não concorre para se alcançar a justiça (FALCÃO, 2004, p. 163-164).

²⁸ Não apenas isso, mas Kelsen (2007, p. 309) afirmava que, como o ato da corte possuía caráter legislativo, caso suas decisões fossem retroativas, contrariaria a disposição da vedação de leis *ex post facto*.

²⁹ Enterria (1985, p. 130-132), antes de Segado, chegou a semelhantes conclusões, quando ressaltou que o temor Kelseniano, ao retirar do conhecimento do tribunal constitucional o julgamento de questões concretas, realizando apenas um cotejo analítico de forma abstrata, se corporificava pelo receio de um possível governo de juízes, por conta das doutrinas da escola de direito livre, tão em voga na França, que postulava a liberdade do juiz de não observar a lei. O sistema kelseniano, por esse motivo, pretendia determinar a submissão do judiciário à observância das leis, mantendo o monopólio de excluir as leis do sistema de maneira *ex nunc* em um Tribunal *ad hoc*. Esta construção tem o condão de ressaltar que o Tribunal Constitucional não se configura como um órgão do poder judiciário, pois não aplica normas prévias a casos concretos, mas sim um órgão legislativo, que explica o porquê do efeito anulador produzir efeitos *erga omnes*.

sua inatividade³⁰, seja quando o influencia nas fundamentações das sentenças. No entanto, deve-se ter em mente que não seria uma função substitutiva da legislação parlamentar, mas uma função colateral, que se apresenta na inspiração de critérios necessários para desenvolver algumas deficiências regulativas, ou no aprofundamento dos princípios a serem aplicados pela legislação vindoura, através das fundamentações das sentenças³¹.

Estas considerações não são estranhas à realidade brasileira, o que afasta, ainda mais, as considerações de que caminhamos para um modelo concentrado nos moldes Kelsenianos, porquanto nossa legislação acolheu as principais categorias de decisões praticadas no tribunal constitucional alemão, quais sejam: a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto (art. 25 da lei 9.868/99)³², assim como podemos citar as importantes decisões que foram tomadas nos últimos anos nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão³³ e em mandado de injunção³⁴, pondo fim a um período de inefetividade destes institutos criados pela Constituição de 1988 e que reiteram a necessidade de se abandonar a categoria kelseniana de legislador negativo.

Não obstante a substância dos argumentos expostos acerca da aproximação dos dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade e a superação dos paradigmas do chamado modelo europeu ou Kelseniano, importante voz no direito constitucional não aceita que tal hibridação tenha ocorrido.

Roger Stiefelmann Leal (2006a) considera que o controle incidental trazido pelas reformas constitucionais austríacas de 1929 e 1975 não desnaturaram o modelo preconizado por Kelsen, nem o aproximam do modelo norte americano, pois o monopólio da inconstitucionalidade das leis ainda permaneceria com o tribunal constitucional. Ademais, continua, Kelsen sempre esteve disposto a abrir a legitimidade do recurso de inconstitucionalidade para outros entes, portanto não seria um fator estranho ao modelo kelseniano a apresentação do incidente (LEAL, 2006a, p. 66). Do mesmo modo quanto aos

³⁰ Fernández Segado (2004, p. 78) aponta os casos em que existe vazio normativo e o legislador tem de editar leis às pressas, mas podemos citar, também, as inconstitucionalidades por omissão presentes no controle de constitucionalidade brasileiro.

³¹ Nesse mesmo sentido, Gilmar Mendes (1999, p. 228) concorda que o papel de legislador negativo se mitiga quando, ao declarar inconstitucional uma lei, portanto, ao deixar um vazio normativo quanto ao antes regulamentado, o tribunal indica algumas diretivas a serem seguidas pelo legislativo no futuro, ou seja, ainda que de forma transversa, também atua como legislador positivo. Tal postura eleva o controle de constitucionalidade à importante faceta da teoria da legislação e da técnica legislativa, na medida em que o legislador deve sempre ter em consideração aquilo que o tribunal atestou em sua interpretação da lei, sendo referência na sua elaboração.

³² Lenio Streck (2002, p. 444) é incisivo ao afirmar que a própria positivação da nulidade parcial sem redução de texto seria um exemplo de que as funções do poder judiciário não se limitam ou se identificam com a de um legislador negativo.

³³ Cf., nesse sentido, ADI 3.316, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 29/06/07.

³⁴ Cf., nesse sentido, MI 127, Rel. Marco Aurélio, DJe 30/11/07.

efeitos da inconstitucionalidade e sua retroatividade, o autor brasileiro cita os trabalhos de Kelsen sobre o tema, onde aceitava a existência de uma retroatividade limitada, ou seja, ambos os sistemas admitem a coexistência dos efeitos *ex nunc* e *ex tunc* das decisões. A existência de diferentes técnicas interpretativas decisórias não teria o condão, por essa razão, de realizar tal cruzamento, na medida de em que não existiriam proximidades no caráter decisório entre a corte suprema e o tribunal constitucional, ou seja, no final das contas, quem decide se uma lei é constitucional ou não, é o Tribunal Constitucional ou a Suprema Corte (LEAL, 2006a, p. 69-72).

Para o autor, portanto, não existiria uma hibridação, mas sim uma cumulação, tendente a assimilar aquilo que de melhor existe nos ordenamentos, para reunir os sistemas clássicos em paralelo. As convergências estariam restritas, no entanto, ao âmbito processual, o que torna pouco provável e correto afirmar que existiria uma convergência, uma vez que o âmago das diferenças ainda permanece, o que se observaria seria, apenas, uma acumulação dos diversos tipos de exercício da jurisdição constitucional (LEAL, 2006a, p. 72-73).

Ainda que contundentes e relevantes, os argumentos trazidos por Roger Stiefelman Leal não se sustentam após uma análise detida de suas premissas, pois partem de uma confusão conceitual acerca dos pressupostos teóricos do modelo kelseniano e sua formulação institucional na Constituição de 1920, desconsiderando as importantes noções relativas à concepção de Constituição adotada por cada modelo e ignorando aspectos relevantes acerca da interação entre a justiça ordinária e a constitucional.

Em um primeiro lugar, não podemos discordar das considerações de que Kelsen, em seus escritos sobre o tema, considerava a possibilidade de se estabelecer um controle incidental de constitucionalidade, realizado através do recurso constitucional remetido pelos Tribunais Superiores, e, do mesmo modo, previa a possibilidade de modular temporalmente as decisões de inconstitucionalidade. Entretanto, não podemos identificar as considerações teóricas do autor (que não foram acolhidas em sua totalidade na formulação original da Constituição Austríaca³⁵) com o formato constitucional institucional e, mais especialmente, com os impactos da prática do controle no resto do ordenamento e os meios pelos quais opera.

³⁵ Como noticia Villalon (1987, p. 254-259), ainda que os projetos de Kelsen na constituinte não tivessem sido literalmente considerados, mas sim, fundamentalmente, os projetos de Constituição de 1920 apresentados aderiram a sua consideração acerca do controle de constitucionalidade, como algo diferente do controle da legalidade do direito federal. Dito de outra forma, a Constituição não incorporaria a cláusula de prevalência do direito federal, importando no controle da legalidade federal das leis dos Länder após a intervenção dos últimos nos projetos constituintes. A grande contribuição de Kelsen foi apontar que não seria necessário haver discussões a respeito da cláusula, ante a existência de um Tribunal Constitucional apto a resolver tais questões, sendo que o princípio se encontraria garantido jurisdicionalmente, desde que se mantivesse a equiparação de níveis federativos. Em consequência, Kelsen consegue obter alterações no sentido de modificar a feição das

Portanto, a experiência austríaca do Tribunal Constitucional de 1920 não incorpora todas as teorias Kelsenianas a respeito do controle concentrado de constitucionalidade, mas as incorpora em suas premissas mais fundamentais e essenciais. E o que importa, para fins de caracterização do modelo, é como ele foi estabelecido e exercido pela Constituição austríaca em sua redação primeira.

Na redação original da Constituição austríaca, o controle incidental não era previsto, nem mesmo o acesso ao recurso pelas minorias parlamentares, mas as considerações a respeito da concepção de Constituição e o papel da jurisdição ordinária estavam bem definidos, de acordo com as premissas kelsenianas: a Constituição entendida como parâmetro que dispõe sobre a correta formulação de outras. Portanto, seria uma regra de criação das normas jurídicas essenciais ao estado, à determinação dos órgãos e ao procedimento da legislação formal. O parâmetro, ditado pela concepção de Constituição, assim, é a formal, ou seja, a norma cuja modificação está protegida por uma forma de revisão específica, prescindindo de quaisquer preocupações materiais³⁶ (VILLALON, 1987, p. 241-346).

Estas considerações a respeito do papel da Constituição representam um fator primordial na superação do chamado modelo europeu, uma vez que compreendia que as decisões constitucionais não poderiam ficar a cargo da jurisdição ordinária e que a Constituição se limitava a um texto formal despido de maior eficácia jurídica.

Para refutar tais argumentos típicos do modelo Kelseniano e considerados por Roger Leal como não superados, lançamos mão dos argumentos de García de Enterría (1985), para quem o monopólio jurisdicional do tribunal constitucional só alcança a declaração de inconstitucionalidade das leis, não qualquer aplicação que o judiciário possa realizar da Constituição³⁷. O que determina que o controle da constitucionalidade possa ser feito sobre

competências do Tribunal Constitucional de um simples garantidor da constitucionalidade no ramo das competências Federação/ Länder, para alçá-lo a garantidor da primazia da norma constitucional.

³⁶ O critério do controle de constitucionalidade, para Kelsen (2007, p. 167-170), apenas poderia ser os princípios que se extraem, por inferência, das normas positivas, ou seja, como decorrência delas, mas não outros padrões, nem mesmo as considerações constitucionais acerca de liberdade, justiça, equidade e moralidade. Tais padrões não poderiam ser utilizados como regra para aferir a constitucionalidade das leis, uma vez que espelhavam apenas conceitos que deveriam ser preenchidos discricionariamente pelo Poder Legislativo, na medida em que tais concepções difeririam de pessoa para pessoa, inexistindo critério objetivo que determinasse quando uma regra de direito extrapolasse tais preceitos. As fórmulas em questão não teriam, portanto, grande significado e poderiam desempenhar um papel perigoso na jurisdição constitucional. Tais padrões indicados ao legislador, ainda, não poderiam ser considerados como diretivas concernentes ao conteúdo das leis, apenas seria possível se a Constituição indicasse meios objetivos para tanto. Por fim, o mestre de Viena arremata: o problema das leis é do legislativo, que teria de se preocupar em não utilizar fraseologias que encapassem tais padrões e que legislasse da maneira mais precisa possível.

³⁷ Como, por exemplo, ao invés de declarar a lei inconstitucional, o poder judiciário a interpreta conforme a constituição (ENTERRÍA, 1985, p. 95-101). Não apenas isso, Monia Leal (2007, p. 48) chama atenção para o fato de que toda construção teórica kelseniana considera que a inconstitucionalidade da lei não se trata de um efeito da Constituição, mas sim uma decorrência da decisão do legislador negativo, evitando conflito entre os

atos que não tenham *status* de lei, como decretos regulamentares, atos públicos e privados que estejam em confronto com as normas constitucionais, sem que sejam remetidos ao Tribunal Constitucional e pelo fato dos juízes poderem declarar a constitucionalidade de uma lei, ou seja, não são proibidos de aferir a constitucionalidade de uma lei, por conta de sua aplicação em uma demanda, o que importa numa decisão definitiva quanto a não remessa da questão para o Tribunal Constitucional (ENTERRÍA, 1985, p. 65-66). Ademais, e o mais importante, os direitos fundamentais que não necessitam de interposição legislativa, de eficácia imediata, sem intermédios de qualquer decisão do Tribunal Constitucional sobre o tema, devem ser aplicados pelo Poder Judiciário, o que demonstra uma vinculação jurídica do Poder Judiciário à Constituição, através de sua interpretação/aplicação³⁸.

Tais conseqüências, que não foram previstas ou foram rejeitadas por Kelsen, apenas puderam ser observadas quando os paradigmas teóricos do modelo austríaco foram superados, pela incorporação de uma concepção substancial de Constituição que redefiniu o papel do Tribunal Constitucional, que passa a não mais exercer a jurisdição constitucional com exclusividade. Com efeito, não podemos refutar a hibridação apenas na recepção teórica kelseniana de alguns aspectos da jurisdição constitucional, pois, mesmo que sua conformação constitucional originária tenha sido ligeiramente diversa daquela afiançada pelo mestre de Viena, não podemos escapar de ressaltar que seus pressupostos teóricos fundamentais foram superados e reformulados nas experiências posteriores do pós Segunda Guerra, o que demonstra a impossibilidade de englobá-las, simplesmente, em um modelo dito *öuropeu* ou *ökelseniano*.

Outro argumento esposado por Roger Leal (2006a) possui um cunho mais político. Trata-se das desconfianças quanto ao exercício da jurisdição constitucional pela magistratura ordinária. Para o autor, mais do que ritos processuais, os sistemas de jurisdição constitucional, configuram soluções de ordem político-institucional e incorporam diferentes organizações das funções jurisdicionais. Com efeito, no modelo americano existe a junção das jurisdições legal e constitucional e no europeu, não. Segundo as premissas do último modelo, quem controla a constitucionalidade da lei, não controla a legalidade; no primeiro, quem controla a legalidade controla a constitucionalidade da lei e a diferença estaria na acumulação pelo poder judiciário

poderes. Uma situação que não ocorre na Europa do segundo pós-guerra, que acolhe a noção de Constituição norte-americana, mas não sua técnica organizatória da jurisdição constitucional (LLORENTE, 1997, p. 448).

³⁸ A principal medida para proteção dos direitos fundamentais no direito europeu é o recurso de amparo, que, segundo Llorente (1997, p. 438), estabelece uma condição teórica contraditória insuperável ao modelo kelseniano, pois põe à prova a interpretação judicial realizada pelo poder judiciário sobre a constitucionalidade das leis, submetendo-as à jurisdição do Tribunal Constitucional.

de ambas as competências, ou pela inexistência de divisão entre poder judiciário e tribunal constitucional.

Leal (2006a, p. 76-78) afirma que um dos riscos do controle de constitucionalidade de raiz norte-americana é atribuir ao juiz a própria medida de sua competência, pois permitiria que o mesmo se afastasse do ato político ao qual estaria subordinado, afastando uma lei sob a pecha de inconstitucional por pura inclinação política, de modo arbitrário. Ademais, o juiz de carreira possuiria uma enorme debilidade em exercer a jurisdição constitucional, uma vez que seria impossível verificar a viabilidade política dessas decisões constitucionais por conta dos meios de acesso à magistratura, bem como a falta de tino hermenêutico para questões político-institucionais importantes, um entrave inexistente no modelo europeu. Conclui, nessa esteira, que não existiria uma legitimidade política da jurisdição constitucional aos juízes que ingressam mediante concurso público, diferentemente daqueles que são eleitos ou nomeados por alguns dos outros ramos do poder.

Ainda que importantes, tais críticas estão mais voltadas à legitimidade da jurisdição constitucional, que pode, igualmente, ser contestada no modelo kelseniano, do que com o fato da superação dos modelos. Como o trabalho compreende a legitimidade da jurisdição constitucional de maneira pressuposta, não caberia defender tal instituto com maior profundidade, apenas ressaltamos que o problema de sua legitimidade não se relaciona, necessariamente, com o debate da hibridação dos modelos de justiça constitucional.

1.5 - A CIRCULAÇÃO DE MODELOS NA EUROPA E AMÉRICA LATINA: breves descrições dos sistemas mais importantes.

Nos parágrafos seguintes descreveremos algumas experiências de alguns países acerca da forma como praticam a jurisdição constitucional. Longe de ser uma análise exaustiva ou crítica de tais modelos, o relato servirá de apoio para a melhor compreensão dos tópicos que seguirão, uma vez que serão capitais para demonstrar como as atuais classificações duais (difuso/concentrado ou americano/europeu) não possuem um maior apelo analítico, porquanto as diversas experiências práticas e a forma com que a jurisdição constitucional se organiza, institucionalmente, nos ordenamentos jurídicos, absorvem importantes elementos político-jurídicos dos respectivos países, que devem, necessariamente, ser interpretadas para melhores resultados funcionais.

Na Itália, por exemplo, as decisões acerca da validade constitucional das leis têm força de lei (PEGORARO, 2004a, p. 46). Rivas (2001, p. 43), por sua vez, afirma que na Itália coexistem os controles via incidental (no curso de um processo ante uma autoridade judiciária, apresentada a questão acerca da inconstitucionalidade de uma lei, o órgão suscitado deve observar se a resolução da constitucionalidade tem relevância para a controvérsia posta em juízo e deliberar sobre a questão, suspendendo a causa e remetendo ao tribunal constitucional) e a via principal (pode ser acionada pelo governo da república contra leis das regiões que usurpem sua competência). A eficácia das decisões da Corte em juízo incidental é diferente de acordo com a sentença a ser prolatada, pois apenas as sentenças de inconstitucionalidade é que operam efeitos *erga omnes*, o que não ocorre quando há uma rejeição da inconstitucionalidade suscitada pelos juízes inferiores (PEGORARO, 2004a, p. 48).

Na Itália, em função da violência que é expulsar um ato legislativo do ordenamento, o tribunal constitucional passou a aplicar outras formas de interpretação da Constituição e das leis, através do desenvolvimento de sua jurisprudência, seja reinterpretando as leis, assim como a própria Constituição, chegando, inclusive, a orientar e aconselhar o parlamento e o governo na confecção da legislação futura³⁹.

Tania Groppi (2004, p. 84-88) separa em três momentos o desenvolvimento da atuação do Tribunal Constitucional Italiano, ressaltando sua importância em diferentes momentos do país. Com efeito, em um primeiro momento (1950/1970), o Tribunal se ocupou em produzir reformas legislativas e de consolidação dos valores da Constituição de forma didática, incutindo seus princípios na população e retirando do ordenamento jurídico as normas que não se adequavam à nova Constituição, substituindo o parlamento que, naquele momento, agia com incertezas e lentidão. Posteriormente, em uma segunda etapa (meados dos anos 70/80), feita a limpeza do ordenamento, o Tribunal se ocupou em realizar a mediação das novas legislações editadas pelo congresso democrático, utilizando o balanceamento. Suas decisões não se encaravam pelo simples silogismo, mas buscavam compreender e

³⁹ A jurisprudência da Corte constitucional italiana desenvolveu inúmeras espécies de decisões ao longo dos anos. Favoreu (2004, p. 86-87) aponta a existência das seguintes modalidades decisórias: *sentenças interpretativas de admissão* (a interpretação nula é apontada no dispositivo, não na fundamentação, o que determina que a força de lei se estenderia à fundamentação); *sentenças manipuladoras aditivas*: em que se considera inconstitucional a interpretação contrária à disposição legislativa; *manipuladoras substitutivas*: substituição da regra do texto legislativo, pela regra adequada ao texto constitucional; *sentença de delegação ou habilitação*: determina as características e as conformações que uma lei deve ter para ser constitucional; *sentenças aditivas de princípio*: visam sanar uma lacuna do legislador, mas, ao invés de impor uma determinado regramento jurisprudencial, apenas apontam o princípio a ser seguido pelo legislador e que deve ser aplicado pela jurisdição ordinária através do princípio exposto na decisão e, por fim, as *sentenças interpretativas de rejeição de princípio*: guiam os juízes na aplicação da lei.

compatibilizar os valores encartados nas normas constitucionais, especialmente com base no princípio da igualdade. Por fim, na última etapa (meados dos anos 80/90), a grande quantidade de questões inviabilizou o trabalho do Tribunal, que passou a selecionar as causas e a eficiência operativa nem sempre significava eficácia das decisões, que, não adequadamente fundamentadas, resultaram pouco persuasivas e reduziram o consenso de sua aceitação e, conseqüentemente legitimidade. Atualmente, a última fase determinou que muitas demandas fossem de leis que acabaram de ser editadas, alongando os debates políticos ao tribunal, bem como surge uma maior preocupação com os custos das decisões do Tribunal no orçamento público.

Por outro lado, a jurisdição constitucional na Alemanha surge com a Lei Fundamental de Bonn em 1949, tendo sido o tribunal constitucional federal criado em 12/03/51 (FAVOREU, 2004, p. 59). Na Alemanha, existem dois tipos de controle de constitucionalidade: o primeiro, dito concreto, se instaura no curso de um litígio, no qual estão em discussão os interesses de vários sujeitos. Nesse passo, toda vez que um juiz tiver de decidir a respeito de uma questão que dependa da constitucionalidade de uma norma, ele suspende o processo e remete ao tribunal supremo dos Länder, caso seja contra sua Constituição; ou, caso seja contrário à lei fundamental, ao Tribunal Constitucional Federal alemão. Neste controle, apenas são objeto as leis aprovadas depois da Constituição (HESSE, 2005, p. 146-147). O controle é sempre posterior a entrada em vigor da lei, ainda que tenha sido impugnada logo após sua promulgação.

O que se observa no país, também, é uma ampliação do uso da queixa constitucional (*verfassungsbeschwerde*), que pode ser interposta por qualquer indivíduo que considere que tenha sido lesado por atos legislativos, administrativos ou judiciais em algum de seus direitos fundamentais (PEGORARO, 2004a, p. 52). Assim como na Itália, o Tribunal Constitucional Alemão lança mão de inúmeras técnicas de decisões, no intuito de salvar as leis, em mais uma clara dissensão com o ideário kelseniano de legislador negativo. Como exemplo, podemos citar a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, a interpretação conforme a Constituição e o apelo ao legislador ou declaração de inconstitucionalidade diferida, em que o tribunal alerta ao legislador que a lei é constitucional por enquanto, mas que mudanças fáticas e jurídicas futuras podem determinar a alteração desta constitucionalidade, a ensejar sua revisão legislativa, ordenando, por vezes, uma data fixa para tanto (HESSE, 2005, p. 148-150).

Em Portugal, ainda que se possa considerar o surgimento de um terceiro tipo de controle, conforme visto acima, com a introdução do controle incidental ou questão de

inconstitucionalidade, não se pode negar uma realidade ainda incontestável: o monopólio acerca da decisão final da inconstitucionalidade de um ato impugnado permanece nas mãos de um órgão central e o elemento de difusão se apresenta na fase introdutória do processo de controle (os juízes inferiores apresentam o recurso), bem como na decisória (PEGORARO, 2004a, p. 56-57).

A revisão constitucional de 1982 à Constituição portuguesa de 1976 criou um tribunal constitucional, a par da existência do sistema difuso. Ademais disso, possui um recurso semelhante ao nosso recurso extraordinário, que controla as decisões dos tribunais que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, assim como o controle via direta (tanto em relação à ação, como da omissão), deferida a alguns legitimados (MOREIRA, 2004, p. 66), o que Pegoraro (2004a) considera ser um *quartum genus* de controle de constitucionalidade.

Fernández Segado (2004, p. 115) considera a América Latina um verdadeiro laboratório de experiências a serem observadas no que diz respeito aos modos de formação institucional de jurisdição constitucional.

A crescente situação de instabilidade democrática que assolava a América latina, seja através da crise dos partidos políticos, corrupção parlamentar, abusos de poder, crises econômicas, fez com que a justiça constitucional assumisse um papel importante nas decisões acerca desses temas sensíveis, sendo importante para o preenchimento dos vazios deixados pelo legislativo e pelo executivo da América Latina (TREMPS, 2003, p. 32).

Quanto às experiências relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis, apesar de considerar impossível falar, de maneira pura, de um modelo americano ou austríaco, Hector Fix-Zamudio (2001, p. 285-286) conclui que o modelo americano foi o que mais exerceu influência nesta região, por conta da divulgação da obra de Alexis de Tocqueville, especialmente, *Democracia na América*, cuja tradução em castelhano foi muito divulgada na região e da obra *O Federalista*, mas não com a mesma repercussão que teve a primeira. No entanto, porquanto a maioria dos países da América latina estava sob o jugo da Espanha, de tradução romano germânica, a transposição desse modelo gerou alguns inconvenientes, determinando o surgimento de medidas peculiares, como o *habeas corpus*, o recurso de amparo e o recurso de inconstitucionalidade das leis, para diminuir os problemas de aplicação do modelo americano difuso em países que não dispunham da técnica do *stare decisis*. Portanto, o modelo da revisão judicial foi muito presente no surgimento do modelo latino de jurisdição constitucional. Posteriormente, a partir de meados do século XX, o modelo austríaco Kelseniano aporta na América Latina com a significativa peculiaridade de manutenção e de convivência com o controle difuso (FIX-ZAMUDIO, 2001, p. 287).

Não obstante tais considerações, e, ainda que seja impossível a redução a um modelo único, a tendência dos ordenamentos da região é o fechamento em um órgão especializado: Pablo Tremps (2003, p. 33-34) aponta para três tendências existentes na América latina: 1) *sistemas de tribunal constitucional ad hoc*: órgão especializado fora do judiciário (Bolívia, Chile, Peru); 2) *Sistemas de órgão especializado dentro do judiciário*: o órgão é especializado para exercer jurisdição constitucional, mas se insere no poder judiciário (Costa Rica, Paraguai, Nicarágua etc); 3) *justiça constitucional a órgãos judiciais não especializados*: a justiça constitucional se confunde funcional e institucionalmente com o poder judiciário (Argentina, Brasil, México).

Pegoraro (2004a, p. 63) conclui que, em função das especificidades dos diversos modos de conformação institucional da jurisdição constitucional na América Latina, é possível afirmar com certeza que existe mais de um e que tais modelos não se enquadram nas tipologias mais consolidadas. Portanto, diante da dificuldade em sumarizar a tipologia tradicional, tais exemplos demonstram que é impossível sustentar a classificação dos sistemas baseados apenas em uma única ou em uma mais importante variável (SEGADO, 2004, p. 129).

1.6 - PROPOSTAS DE UMA NOVA TIPOLOGIA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Críticas ao modelo òmistoö de controle de constitucionalidade

A circulação e a hibridação dos dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade fizeram com que as experiências nos países que os adotaram apresentassem matizes próprios, que impedem a simples conversão nos modelos dicotômicos clássicos (difuso ó concentrado), nem mesmo permite a afirmação de que tal hibridação resultou, simplesmente, em modelos mistos.

Isto porque, tomando emprestado o que foi dito por Fernández Segado (2004, p. 09), a dicotomia estabelecida entre modelo americano e europeu (ou kelseniano) perdeu muito de sua capacidade analítica e não é mais suficiente para abarcar toda a miríade de formas de jurisdição constitucional praticadas em parte da Europa e na América Latina. A perda dessa capacidade descritiva e analítica dos atuais modelos pode ser explicada por meio das adaptações que os pressupostos clássicos dos modelos sofreram no decorrer das práticas dos

tribunais e por conta dos ordenamentos jurídicos que os receberam, conforme o visto anteriormente.

O sistema brasileiro não é diferente. A conformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é bastante complexa e espelha a vasta gama dos modelos surgidos na América Latina.

Nosso país convive com um histórico controle difuso, que pode ser exercido por todos os órgãos do poder judiciário, dentro de um sistema onde não existe o princípio do *stare decisis*. Nesse passo, como meios de racionalização das decisões díspares que pudessem surgir no controle difuso de constitucionalidade, foram criados mecanismos tendentes a reduzir o impacto de um controle difuso em um país de tradição romano-germânico: a resolução suspensiva do senado⁴⁰ e o que ficou conhecido como regra de reserva de plenário ou *full bench*⁴¹. Juntamente com esta difusão do controle, existem elementos de concentração nas chamadas ações diretas (constitucionalidade, inconstitucionalidade genérica e por omissão) e na ADPF, cujas decisões são oponíveis a todos e são dotadas de efeito vinculante, tendo como único órgão competente para sua apreciação, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário⁴².

Portanto, a partir desta breve descrição de nosso sistema⁴³, é fácil perceber que ele não se enquadra em nenhum dos dois modelos clássicos de forma cômoda, uma vez que existe a possibilidade de um acesso direto ao tribunal supremo por meio de ações que podem ser propostas por reduzido número de titulares, cujas decisões operam efeitos *erga omnes* e, não apenas isso, o acesso direto ganha ares de ação popular, porquanto os legitimados não se

⁴⁰ Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.* O referido artigo tem suscitado inúmeras críticas nos doutrinadores pós 1988, assim como no próprio STF. Quanto ao primeiro, cf. Gilmar Mendes (2004), e, quanto ao último, cf. debates na Rcl 4335/PI.

⁴¹ 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.* No mesmo sentido, Súmula Vinculante nº 10: *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*

⁴² Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2.º 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.* Para um exaustivo estudo do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, ver, por todos, as obras de Gilmar Mendes: *Controle de Constitucionalidade* (1990) e *Jurisdição Constitucional* (2005).

⁴³ Não negamos que o relato da jurisdição constitucional brasileira foi muito breve, no entanto, as nuances do modelo brasileiro serão pontuadas ao longo do trabalho, quando serão lembrados os principais julgados sobre o tema.

limitam a órgãos públicos (como na Europa, conforme visto acima), mas se estende a outros da sociedade civil ou órgãos de classe de cunho privado⁴⁴; mas, devemos ressaltar: o elemento mais característico e importante dos modelos concentrados está ausente, qual seja: o monopólio da declaração da inconstitucionalidade das leis por um juiz *ad hoc*. Isto porque todo e qualquer juiz pode fiscalizar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, tanto para confirmar sua constitucionalidade, como para declarar sua incompatibilidade com a Constituição federal, em qualquer litígio posto a julgamento e em qualquer momento processual (feitas as devidas ressalvas quanto aos tribunais).

Da mesma forma, classificar nosso modelo como *omistoö* pouco, ou quase nada, diz a respeito da estrutura e do funcionamento desse modelo. Pois, conforme visto anteriormente, a primeira *omisturaö* entre os modelos clássicos ocorre logo em 1929 com a reforma constitucional da Áustria, quando aspectos de difusão do controle de constitucionalidade foram adotados, tendo em vista que os tribunais superiores, ainda que não dispusessem do monopólio da declaração da inconstitucionalidade das leis, poderiam decidir acerca da constitucionalidade do ato, sem que a enviassem ao Tribunal Constitucional Federal⁴⁵. O que, nem mesmo nos países que seguiram esse modelo misto ou *tertium genus*, pode ser afirmado, pois na Alemanha, conforme visto, existem outras modalidades de acesso para que o tribunal exerça o controle de constitucionalidade que devem ser considerados para efeitos classificatórios, como, por exemplo, a queixa constitucional.

Mesmo que consideremos o modelo brasileiro como um *quartum genus*, tal como o modelo português, muito pouco explicaria acerca da funcionalidade do modelo, porquanto o modelo português está estruturado em volta de um Tribunal Constitucional situado fora do poder judiciário, com funções especializadas na resolução de matérias constitucionais. Com efeito, tal característica se apresenta como uma importante variável em uma classificação, portanto, situar esses modelos (português e brasileiro) dentro de uma mesma categoria ou situá-los como modelos mistos, é expressão da insuficiência da classificação calcada em

⁴⁴ Ainda que não outorgada para qualquer cidadão considerado individualmente, a abertura da legitimidade para propor as ações diretas às entidades e órgãos privados é tão ampla que é impossível delimitar quem são e quem serão, numericamente, os legitimados a propô-las, conforme o salientado por Gilmar Mendes (2005, p. 155). Portanto, a Carta Magna, ao estender a possibilidade de entes e órgãos privados à propositura de ações no controle concentrado, apontou para a existência de um direito de toda coletividade de expungir do ordenamento jurídico leis que contrariem a Constituição, ou seja, não reservou apenas aos órgãos públicos que podem vir a arguir a inconstitucionalidade, quando se depararem com sua aplicação; ou mesmo aos membros do próprio legislativo, enquanto representantes do povo ou dos Estados. Nesse sentido, cf. art. 103, CFRB/88.

⁴⁵ Nos casos da questão de inconstitucionalidade, são realizados dois juízos acerca da constitucionalidade do ato impugnado: um provisório e negativo, realizado pelo juiz ou tribunal que o suscita e outro, definitivo e coincidente ou não com aquele que é feito pelo Tribunal Constitucional. Nesse ponto, o único monopólio que o tribunal tem é o de rejeição (censura) das leis inconstitucionais.

modelos defasados e que não representam a realidade dos ordenamentos jurídicos que deveriam descrever.

1.7 - ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE TIPOLOGIAS: posicionamento e consequências

Nas últimas três décadas, vários estudiosos buscaram repensar a classificação do controle de constitucionalidade baseada nas esquematizações binárias (modelo americano ó modelo europeu), sugerindo a existência de um possível modelo híbrido ou misto, apenas aventado, mas não desenvolvido, por Cappelletti (1992) na década de 1960.

As mais radicais propostas foram aquelas que marcaram a dicotomia controle *preventivo* e *sucessivo*. Trataram-se das tentativas de autores franceses de incluir seu antigo sistema nos modelos de jurisdição constitucional europeia. A referida simplificação, ainda que acolhida por alguns autores, não permanece imune a críticas e os autores franceses a utilizaram no intuito de identificar as antigas funções do Conselho Constitucional com as dos Tribunais Constitucionais europeus. As alterações do modelo Francês, antes da emenda nº 50/08, já demonstravam a existência de um modelo diferente dos demais (aumento do bloco de constitucionalidade, *saisene* parlamentar, o controle posterior por invasão de competência etc.), o que impede dizer que se tratava de um país desprovido de um controle de constitucionalidade ou de que se trataria de um controle, meramente, político.

Louis Favoreu (2004), por exemplo, lança a ideia de modelos preventivos e sucessivos, que se observam no contencioso constitucional concentrado e que podem ser exercidos *a priori* ou *a posteriori*, tendo como referência a lei. Para Favoreu (2004, p. 34-35) pouco importa se a lei já foi promulgada, o que interessa, para fins de fiscalização, é se ela foi votada anteriormente pelo parlamento. Michel Fromont⁴⁶ acentua a justaposição entre procedimentos concretos e abstratos, respectivamente exercitados perante as cortes ordinárias ou tribunais especializados e Dominique Rosseau, que também observa a justiça

⁴⁶ De acordo com Fromont (2005, p.91-102), no começo do modelo europeu, não foi a instituição de um controle abstrato (ou a título principal) da constitucionalidade limitado às leis, nem a criação de jurisdições especializadas em natureza constitucional o objetivo do referido controle, mas sim o funcionamento do federalismo na Áustria e Suíça em 1867 e 1874. No entanto, é a preocupação com a defesa dos direitos que desenvolve um procedimento concreto de controle de constitucionalidade. O grau de abstração, afirma, varia de um país para outro, assim como o grau de concentração. O primeiro varia e diz respeito a um procedimento fora de qualquer aplicação concreta de um ente privado. Conclui, portanto, que o modelo europeu é muito diverso e compreende uma gama muito vasta de procedimentos abstratos principais e concretos, que vão do extremo dos Estados Unidos à abstração do sistema Francês (antes da reforma de 2008). Como acentua Pegoraro (2004b), tais classificações, como as de Fromont, tinham o interesse de englobar a jurisdição constitucional francesa como controle judicial e não, simplesmente, um controle político, uma vez que realizado antes da promulgação da lei e de sua aplicação concreta. Situação que tende a se alterar com as recentes alterações da Constituição francesa.

constitucional em seu aspecto temporal, e, se arvorando nas categorias tradicionais, insiste na diferença entre controle preventivo e sucessivo (PEGORARO, 2004b, p. XIV). Nenhum desses autores, todavia, deixa de tomar em consideração os desenvolvimentos da justiça constitucional e a proliferação das adaptações que experimentou. No entanto, quanto mais simplificada, toda classificação não consegue dar conta da grande variedade das realidades dos objetos que a compõe (ainda que uma tarefa classificatória enseje reduzir à unidade, na maior medida possível, dos elementos observados).

Dessa forma, como as propostas brevemente expostas se dedicaram mais a reposicionar o modelo francês no campo dos controles jurisdicionais, superando as classificações que o situavam como um modelo, predominantemente, político, antes das importantes alterações constitucionais, estão, por esse motivo, mais voltadas a esse intento, bem como se apóiam em apenas duas variáveis de discutível valor analítico (abstrato e concreto), preferimos, pelas referidas razões, expor duas propostas mais densas e complexas elaboradas por Fernández Segado e Lucio Pegoraro.

A proposta de Fernández Segado.

Segado (2004, p. 134-135), de um lado, afirma que sua intenção não é estabelecer uma nova classificação capaz de sumarizar todos os modelos de justiça constitucional, mas sim de apresentar um critério de maior alcance analítico, apto a distinguir um conjunto muito plural de variáveis na maioria dos casos, baseado em dicotomias sujeitas a uma certa articulação das diversas possibilidades de controle de constitucionalidade. Seu ponto de partida é a articulação do conjunto que lhe parece mais importante atualmente, qual seja: um controle de constitucionalidade da lei, sem que haja sua aplicação; ou, pelo contrário, de um controle por ocasião de sua aplicação. No primeiro caso, inexistente qualquer litígio prévio e sua resolução se dá sem que haja nenhum interesse subjetivo. O último, sempre pressuporá a existência de uma lide anterior, mas, não necessariamente, de interesses subjetivos contrapostos, como no caso, por exemplo, de um conflito de competências entre entes políticos estatais.

Ainda que trabalhe com categorias dicotômicas, que fazem lembrar, de resquício, a bipolaridade concreto/abstrato, o espanhol apresenta uma melhor resposta à questão da apresentação da questão de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, pois não se tem dúvida de que se trata, naquele caso, de um controle em decorrência da aplicação da lei, pois não podemos negar que, junto do momento da apresentação da demanda, de caráter

concreto, convive a abstração de seu julgamento, uma categorização que se torna de difícil compreensão com a utilização da dicotomia abstrato/concreto.

Tomando isso por base, o controle da lei em si nos impõe distinções que conduzem a outras divisões binômicas (SEGADO, 2004, p. 136): 1) *momento de verificação do controle*: seria *a priori* ou *a posteriori*, levado a cabo antes ou depois da promulgação da lei. No controle sucessivo, se diferenciaria aqueles que possuem limite dos que não possuem limites temporais para seu exercício e 2) *de acordo com o interesse a ser resguardo*, temos o interesse objetivo, ou de proteção da ordem constitucional geral; e o outro seria um controle competencial, que pretende o resguardo das competências constitucionais.

A outra modalidade, o controle que se leva a cabo com a aplicação da lei, atende a três modalidades: 1) a primeira distinção seria quanto à competência do controle: *difuso*, exercido por todos os órgãos do poder judiciário, ou *concentrado*, quando limitado a um único órgão, que pode ser um tribunal constitucional ou uma suprema corte (SEGADO, 2004, p. 137-141). 2) A segunda variável é a instância que desencadeia o controle: a) qualquer órgão jurisdicional, como na apresentação da questão de inconstitucionalidade; b) uma pessoa lesionada em seus direitos legítimos, não se esgotando no amparo ou na queixa constitucional, se estendendo a outras ações que acabem por realizar aquele intento de proteção de direitos fundamentais; c) instados pelos próprios órgãos políticos do Estado, no caso de invasão de atribuições constitucionais e d) de entes estatais territoriais que reivindicam invasões em suas competências por outros. 3) efeitos das sentenças, que podem ser *inter partes* ou *erga omnes*. O autor aponta que a principal tendência é um controle decorrente da aplicação da lei, em detrimento daquele realizado somente da lei, em razão da expansão e da importância da jurisdição constitucional das liberdades, e em face do papel central dos direitos fundamentais nas Constituições.

A proposta classificatória de Segado é extremamente válida, por conta de sua conclusão acerca da necessidade de se superar aquelas classificações que gravitam em torno das dicotomias difuso/concentrado ou abstrato/concreto, pois, além de serem insuficientes para explicar certas modalidades de controle (pensemos na questão de constitucionalidade do direito europeu e seus juízos concretos na admissibilidade e abstrato no julgamento), não apresentam uma carga analítica suficiente para explicar modelos tão complexos como o português⁴⁷ e o brasileiro.

⁴⁷ Ver tópico 1.4, *supra*.

Todavia, não podemos deixar de reconhecer que a presente proposta classificatória possui alguns problemas sensíveis, não obstante sua importante conclusão.

O primeiro e principal deles está na divisão analítica eleita pelo autor espanhol, qual seja: uma classificação que se divide nas modalidades de *aplicação da lei* e de um *controle da lei em si*, o que significa que uma característica pode ser separada da outra. Dito de outra forma, Segado afirma que no controle realizado mediante os recursos constitucionais (como se fossem nossa ADI, guardadas as devidas proporções) não existiria uma aplicação da lei, apenas um julgamento abstrato da constitucionalidade, ausentes quaisquer interesses subjetivos.

É impossível conceber, de acordo com as premissas teóricas esposadas ao longo do trabalho⁴⁸, que o controle de constitucionalidade exercido na modalidade comumente denominada abstrata possa ocorrer sem a aplicação da lei, uma vez que está indissociada da interpretação daquela. O intérprete sempre interpreta o caso que está diante dele, de forma a atribuir sentido à norma que extrair do texto, pois os textos normativos não contêm soluções previamente estruturadas, como produtos prontos para os problemas jurídicos, o que afasta a possibilidade de se afirmar que se está aplicando uma lei que se interpretou previamente, como se fossem estágios separados, ou seja, mesmo na modalidade exposta por Segado de *controle da lei em si*, existe, invariavelmente, sua aplicação. A aplicação da norma é *irmã siamesa* da interpretação, pois seu sentido será atribuído pelo intérprete diante da realidade e do caso que irá julgar. Caso o controle fosse apenas da lei em si, sem sua aplicação (ou interpretação), como poderíamos explicar as divergências na compreensão da constitucionalidade por parte dos juízes constitucionais, que discordam quanto ao resultado das interpretações?

Em segundo lugar, considerar a variável que aponta para a existência de interesses objetivos (ausência de interesses subjetivos) no controle da lei em si é bastante problemático no Brasil.

No julgamento da ADC, por conta de seu contraditório diferido, o proponente tem de demonstrar controvérsia judicial acerca da interpretação/aplicação da norma objeto da ação, o que pressupõe que posições subjetivas foram consideradas de ambos os lados de uma demanda envolvendo determinada lei; para que haja controvérsia é necessário que tenha havido interpretações diferentes do mesmo conjunto normativo, portanto, interesses subjetivos que estavam em jogo num pleito, e tal pressuposto é essencial para o julgamento da

⁴⁸ Para mais detalhes sobre a questão, ver tópico 3.6.1, *infra*.

ADC. Ainda que se possa argumentar que, no final, se trata de um controle da lei, não se pode afirmar que se trata de um controle sem interesses subjetivos, pois, caso fosse assim, desnecessária seria a apresentação da controvérsia judicial sobre a interpretação da norma. Neste caso, os diferentes interesses subjetivos são o próprio pressuposto para o conhecimento da ação⁴⁹.

Ademais disso, a suposta falta de interesse dos legitimados no processo objetivo deve ser considerada de maneira relativa em nosso país. Um dos exemplos dessa aproximação mais ampla dos interesses é o requisito da pertinência temática, a ser demonstrado pelas entidades e órgãos privados chamados legitimados especiais⁵⁰ (os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁵¹), ou seja, tais legitimados devem demonstrar uma pertinência entre o objeto da ação e a sua finalidade institucional, não podendo, portanto, impugnar quaisquer normas como inconstitucionais, mas somente aquelas que digam respeito aos seus interesses institucionais, em outras palavras, aquelas normas que impactam interesses alheios à simples defesa de um interesse objetivo constitucional.

Por fim, não podemos deixar de reconhecer que uma das tentativas da proposta de Segado é trabalhar com categorias conhecidas e estabelecidas, evitando criar novas tipologias binárias, apenas se dando o trabalho de reposicioná-las, em face das duas modalidades acima descritas. No entanto, tal esforço acaba por dificultar uma melhor análise de certas peculiaridades de alguns modelos, como, no nosso caso, o brasileiro.

Se considerarmos a modalidade de controle de acordo com *a aplicação da lei* e sua divisão em razão do órgão que a realiza, em difuso e concentrado, as mesmas dificuldades analíticas do modelo omistão permanecerão. Pensemos no seguinte: partindo das premissas de Segado, com muito esforço, poderíamos dizer que o único exemplo de controle da constitucionalidade, de acordo com a aplicação da lei, exercido de maneira concentrada seria

⁴⁹ Os recursos constitucionais europeus são propostos apenas por entes políticos o que facilita a divisão proposta pelo autor espanhol (ver nota 348, *infra*). As dificuldades surgem quando são legitimados órgãos da sociedade civil, que, invariavelmente, operam de acordo com interesses subjetivos.

⁵⁰ Gilmar Mendes (2005, p. 174) se posiciona abertamente contra a pertinência temática, na medida em que pode se configurar, em verdade, como uma condição da ação nos moldes do interesse de agir, o que criaria uma diferença injustificada na propositura entre os entes legitimados pela Constituição. No mesmo sentido, Juliano Bernardes (2004, pp. 370 ó 371) rechaça, categoricamente, que possa haver o requisito da pertinência temática, uma vez que se trata de mescla indesejável dos processos de índole objetiva, com sucedâneo de interesse de agir típico dos processos subjetivos, pois não deixa de se perquirir o interesse subjetivo do legitimado a propor a ação.

⁵¹ ADI-MC 305/RN, DJ 06/05/1994, Rel. Paulo Brossard.

a ADPF chamada incidental⁵² e, mesmo assim, pouco nos ajudaria a compreender como as funções do STF, enquanto órgão que exerce tal controle de maneira difusa e concentrada, concomitantemente, se institucionaliza no ordenamento. Na classificação do espanhol as dicotomias permanecem e passam a impressão de que são momentos diferentes da realização da fiscalização da constitucionalidade das leis, quase imiscíveis, além de não conseguirem responder, a contento, sobre a utilização dos precedentes exarados dentro de uma fiscalização da lei em si (por exemplo, no caso de uma ADI improcedente) e sobre sua utilização no controle exercido mediante a aplicação da lei, pelos órgãos do controle difuso, o que prova que, além de ser problemático separar tais momentos de fiscalização na variável aplicação da lei/controlar da lei, a permanência de uma divisão quanto aos órgãos de controle em difuso e concentrado, dificulta a interpretação da concorrência dos momentos de fiscalização e a necessária articulação que deve existir entre eles.

A proposta de Lucio Pegoraro.

O italiano Lucio Pegoraro (2004b, p. XIII), como pressuposto obrigatório de novas categorias tipológicas, tece importantes comentários sobre os motivos que ensejam uma nova revisão das categorias clássicas, assim como profunda análise acerca da metodologia a ser empregada e das variáveis que são importantes na consideração da classificação.

Não podemos deixar de salientar a grande alteração ocorrida nos sistemas de controle de constitucionalidade desde quando Cappelletti propôs suas teses em 1968 (PEGORARO, 2004b, p. XII). Com efeito, existem vários modos de se praticar a justiça constitucional, em função, por exemplo, das vias de acesso ao tribunal. Nesse sentido, podemos falar de modelos

⁵² A doutrina, ao interpretar os dispositivos da lei reguladora do instituto (art. 1º, § 1º, da lei 9.882/99), entende que há a possibilidade da propositura de uma arguição autônoma e de uma instauração de um incidente, que ocorre durante o curso de qualquer processo. O aspecto incidental, por sua vez, será levantado no caso de relevante controvérsia constitucional sobre a lei ou o ato do poder público em qualquer processo que esteja tramitando em instâncias do judiciário diversas do STF (STRECK, 2002, p.645). A constitucionalidade da arguição incidental foi trazida ao STF através da ADI 2.231, proposta pelo Conselho Federal da OAB. O relator da ação, Min. Néri da Silveira, considerou que o art. 1º da lei 9.882/99 autorizaria, além da autônoma, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, apenas, através de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à Constituição a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo. Por conseguinte, o relator também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º, do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto. A existência da ADPF incidental é muito discutida na doutrina. Nesse sentido, por considerar inconstitucional esta modalidade da arguição, Streck (2002, p.649) argumenta que, por atingir processos em andamento e ante a possibilidade do STF suspender o andamento destes através de liminares, observa-se violação ao devido processo legal e ao sistema de controle de constitucionalidade praticado no Brasil, porquanto esvaziaria a aplicação do controle difuso pelos demais órgãos do poder judiciário. Ou seja, a arguição incidental é controversa e não se trata de um mecanismo estabelecido em nossa jurisdição constitucional.

mistos ou híbridos. Todavia, esse hibridismo não se confunde com a mera mistura dos modelos. Como afirmado por Mauro Cappelletti⁵³ (PEGORARO, 2004b, p. XV), o modelo incidental mescla elementos norte americanos de difusão, já que cada juiz pode advertir a dúvida de que uma norma seja inconstitucional, com elementos de concentração já que o monopólio da decisão é de um tribunal *ad hoc*, nesses casos, se tem um controle híbrido em um ordenamento, também, híbrido.

No caso português, por exemplo, como cada juiz pode declarar inconstitucional a lei, a mescla entre os sistemas americano e europeu não ocorre, apenas, na fase de instauração do processo, mas na fase decisória; sem contar com os instrumentos de tutela das liberdades que interessam à jurisdição constitucional, como as queixas constitucionais que tem por base a violação de direitos fundamentais julgados pelo Tribunal Constitucional.

A principal distinção feita por Cappelletti fora a de contrapor os modelos ditos por ele, políticos, dos jurisdicionais⁵⁴; e destes últimos, analisados sob ponto de vista *estrutural* (do sujeito habilitado a exercer o controle); *modal*, referido aos meios de acesso aos tribunais e aos *efeitos* da decisão, excluído o critério geográfico. O resultado a que chega é o de simples justaposição, conforme os três enfoques pretendidos, do modelo americano ao austríaco. Apenas realizava distinções dicotômicas: controle difuso (americano), concentrado (austríaco); incidental (EUA, Alemanha e Itália) e direto (Áustria) e eficácia declarativa (EUA) e desconstitutiva (Áustria).

Sem embargos, a classificação de Cappelletti apresenta inúmeras vantagens: se mantém bastante estabelecida nos sistemas constitucionais do mundo. Além de distinguir os protótipos de sua recepção e adaptação pelos ordenamentos receptores. E, por fim, se prestou a ser manejada, conforme a evolução do direito constitucional, com maior ductibilidade que outras propostas classificatórias já feitas (PEGORARO, 2004c, p. 141).

⁵³ Tal ponto é facilmente observado na obra de Cappelletti (1992, p. 66), para quem, sob uma análise estrutural orgânica, dito em outras palavras, dos órgãos que realizam o controle, extrai-se a seguinte classificação: a) *difuso*: seria aquele em que o poder de controle de constitucionalidade pertence a todo órgão judiciário de um ordenamento jurídico, agindo de forma incidental, em causas de sua competência originária ou recursal; b) *concentrado*: aquele que se concentra em um único órgão judiciário e c) *mistos* ou *intermediários*: seriam aqueles em que não se poderia, com conforto, enquadrar nas duas categorias acima. E ao tratar desse desconforto classificatório, o autor não toma em consideração apenas a análise orgânica, mas também o modo de acesso ao tribunal, que varia nesses países do chamado controle misto. Portanto, Cappelletti (1992) observa a insuficiência da dicotomia clássica para abarcar as novas modalidades que surgem, desde um ponto de vista orgânico (Tribunais constitucionais e Cortes Supremas), bem como das vias de acesso ao órgão competente para a fiscalização (via incidental e queixas constitucionais).

⁵⁴ O controle judicial diz respeito apenas àquele controle exercido pelos órgãos judiciários, que realizam, portanto, uma função jurisdicional, o que difere dos modelos políticos, que eram exemplificados pelo modelo francês que, até então, realizava apenas um controle *a priori* da lei pelo Conselho Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p.26).

Porém, este modelo, hodiernamente, está defasado e o problema das classificações simplificadas é que correm o risco de deixar as diferenças em uma zona de penumbra, destacando apenas as semelhanças por analogia, mas ocultando tudo aquilo de original e particular se evidencia na experiência concreta. O que se torna preocupante para análise da justiça constitucional (PEGORARO, 2004c, p. 142).

1.7.1 - A importância metodológica das classificações

A proposição de novas tipologias serve para criar modelos heurísticos dotados de coercitividade (PEGORARO, 2005, p. 61). No entanto, o autor não deixa de enfatizar a dificuldade de se estabelecer uma categorização mais universal dos ordenamentos, em qualquer espécie de classificação (forma de governo, sistema de governo, forma de estados, modelos de justiça constitucional etc.).

Tal dificuldade é bastante visível quando se lida com questões, por exemplo, de léxico, em função dos diferentes significados que uma mesma expressão pode ter em diversos ordenamentos⁵⁵ e da perspectiva que se adota para descrevê-los (uma abordagem jurídica, política etc.) (PEGORARO, 2004c, p. 133). Nessa linha de raciocínio, Pegoraro afirma que ainda que as expressões encartadas nas Constituições sirvam de um indício útil para a categorização de algum instituto, essa auto-qualificação pode ser vazia de sentido, caso não se observe sua prática e o modo em que esteja estruturada em seu ordenamento jurídico, ou seja, caso se limite a uma mera análise semântica das expressões.

Propor determinadas classificações impõe um duplo desafio: o problema da verificação empírica e o uso de expressões lingüísticas estabelecidas (PEGORARO, 2004c, p. 135-136). Portanto, a consolidação de um termo depende tanto da idoneidade terminológica utilizada, que deve estar apta a proporcionar instrumentos adequados de representação daquilo a ser classificado e da comunicação, na medida em que a verificação empírica demonstre sua aceitação no âmbito doutrinário. O sucesso de uma classificação, nesse sentido, depende dos seguintes elementos: a) a idoneidade do nome utilizado para as categorias singulares da classificação; o êxito da classificação pode ser viabilizado, por exemplo, através do acerto do termo usado para enfatizar o elemento importante assumido para qualificação; b) a precisão sintética das definições; pode ser que o autor não esteja satisfeito com as classificações

⁵⁵ Como, por exemplo: estado federal, democracia, presidencialismo. Ainda que tais institutos possuam a mesma nomenclatura em países diferentes, seu significado varia de acordo com o ordenamento jurídico que os recebe, por serem conceitos interpretativos.

correntes estabelecidas, justamente, por não abarcarem todas as peculiaridades da categoria a ser classificada; c) a temática se relaciona com a importantíssima ligação existente entre o grau de simplicidade-complexidade das classificações; quanto mais simplificada, mais imprecisa a classificação ao integrar objetos com características diversas, evidenciando, dessa forma, apenas uma ou algumas delas. Por outro lado, existem as classificações por demais minuciosas que tornam inútil o esforço classificatório, porquanto a finalidade de se classificar se desvanece e d) a sedimentação histórica da experiência examinada assume, finalmente, uma importância decisiva para a consolidação do uso de uma qualificação (PEGORARO, 2004c, 136-139).

Um dos principais critérios para se aferir a exatidão de uma proposta classificatória, sob o ponto de vista empírico, é observar se ela estabelece uma comunicação correta em face da adequação atual da linguagem utilizada e o manejo dos usos lingüísticos, ou seja, a observação do uso que se fez da linguagem definitiva e das convenções instauradas a respeito (PEGORARO, 2004c, p. 136-139).

1.7.2 - Fatores relevantes para classificação

As classificações até agora consideradas se concentraram apenas em algum dos aspectos do controle de constitucionalidade, como os aspectos binários: abstrato/concreto; preventivos/posteriores; controle em função da aplicação da lei/controlado da lei. Tais classificações, por exemplo, enfatizam apenas um aspecto distintivo: podendo ser a fase em que opera o controle, sua conexão com um processo ou mesmo os efeitos das decisões. Ainda que ampla, por tratar de elementos diversos, a modelística tradicional (modelos concentrados e difusos) não chega a resultados diversos dos mais novos citados, ainda que estes sejam mais atentos a variações. Nesse sentido, seriam apenas aqueles (a fase do controle, os efeitos e o procedimento) os elementos que deveríamos tomar em consideração para uma classificação mais satisfatória⁵⁶?

A tutela dos direitos e das liberdades feita pelos tribunais, por exemplo, passa a ser um fator suficiente para se classificar como tal tutela é feita pelos países. Ademais disso, os

⁵⁶ Ainda que sejam importantes para a exata compreensão do funcionamento da jurisdição constitucional em determinado país, o autor (PEGORARO, 2004a, p. 158-160) não considera a modalidade de tutela de conflitos entre centro e periferia como uma das possibilidades de se levar em consideração em uma divisão, nos ordenamentos em que os tribunais realizam esse controle, pois é insuficiente por si mesmo para se basear uma tipologia exclusivamente nele. Do mesmo modo, a distinção entre controle sobre disposições e controle sobre normas, não seria útil o suficiente para sustentar uma tipologia que gravitasse em seu entorno, servindo apenas para demonstrar as ricas formas de decisão praticadas pelos tribunais.

tratados internacionais e sua hierarquia nos ordenamentos apontam para uma questão importante, na medida em que se vê discutida e mitigada a clássica premissa da justiça constitucional, vinculada à ideia de Constituição como lei superior e como parâmetro último da constitucionalidade das leis (PEGORARO, 2004c, p. 147-148). As perspectivas classificatórias devem, ainda, tomar em consideração o discurso das cortes, a ampliação das motivações das suas sentenças e de sua relação com a opinião pública. Em segundo lugar, as classificações devem tomar por base as outras competências das cortes, em razão da soma dos poderes e de sua expansão, que se afastam do modelo clássico formulado por Kelsen (PEGORARO, 2005, p. 61).

1.7.3 - Classificações

Geralmente, quando se analisam os sistemas de justiça constitucional de outros países, podemos encontrar mais de uma forma de se realizar o controle da constitucionalidade das leis. Portanto, uma consideração inicial deve ser feita: a análise dos sistemas de justiça constitucional clássicos não se iguala a estudar, de forma detalhada, o modo como estes operam no âmbito dos ordenamentos históricos. Dito de outra forma, para melhor interpretar, por exemplo, o sistema brasileiro, pouco nos auxiliará estudar o modo com o qual os modelos norte-americanos e europeus se institucionalizaram na Constituição e na prática jurisprudencial, ou mesmo, se um prepondera em relação ao outro. Por mais que, em alguns países, possamos considerar a prevalência de um modelo sobre o outro, na maioria dos casos, isso é impossível. Pegoraro (2004a, p. 161-163) salienta que parece não ter sido objeto de atenção a diferença entre os modelos teóricos e sua efetiva prática constitucional. Nesse sentido, algumas questões devem ser pensadas no que tange à forma como o ordenamento recebe determinados institutos e sua divisão, tomando sempre por base a própria experiência de recepção do ordenamento, e não o modelo clássico adotado. Some-se a isso o fato dos tribunais assumirem outras funções importantes e as imbricações dessas com as formas de estado e de governo. Tais funções cresceram de importância e é impossível compreender o modelo adotado pelo país sem tomá-las em consideração. Por fim, arremata o italiano que é incipiente, do ponto de vista classificatório, argumentar a existência de um modelo austríaco superado e/ou de um americano com raízes históricas alteradas.

Nesse passo, temos ordenamentos que atribuem uma posição de monopólio ao Tribunal Constitucional (sistemas unitários) e tribunais que concorrem com outros sujeitos

(sistemas plurais). Esta posição tem sua razão de ser, pois não leva em consideração apenas a divisão ôdifuso-concentrado, mas também outras funções afetas à justiça constitucional.

Ademais disso, pode-se considerar a diferença entre vários níveis de justiça constitucional, dentro de um mesmo ordenamento, por exemplo, as competências de jurisdição constitucional exercidas pelas entidades federativas, agindo limitadamente, porquanto detraem suas competências do ente principal. Tendo em vista estas duas variáveis (a pluralidade dos órgãos que exercem a justiça constitucional e o aspecto federativo ou não dos estados que realizam), que permitem contrapor os diferentes ordenamentos, como o austríaco, americano, alemão e o português, é possível falar em: a) *Sistemas integralmente concentrados*: em que uma única corte ou tribunal exercita todas as competências da justiça constitucional (ex.: Espanha, Itália, Bélgica); b) *parcialmente concentrados*: em que cada nível territorial dispõe de um tribunal que exerce a função de justiça constitucional, mas no interior do ordenamento convivem com competências diversas, mais aquela (concentradora) exercida pelo tribunal constitucional (ex.: Alemanha, Áustria); c) *parcialmente desconcentrados*: se atribui a vários juízes e a uma corte suprema, mas sem superposição de níveis territoriais no exercício da jurisdição constitucional (ex.: ordenamentos de *common law* não federais, Portugal, Grécia); e, finalmente, sistemas d) *integralmente desconcentrados* (ex.:EUA, Brasil, Argentina)⁵⁷.

1.7.4 - Análise da Doutrina Nacional e Críticas.

Alguns autores nacionais se atentaram para a insuficiência das classificações clássicas, contudo, ainda formulam propostas analiticamente insuficientes, na medida em que não estão estruturadas em uma proposta metodológica mais consistente, ou que possa ser estendida para outros modelos semelhantes. De um modo geral, todos os modelos propostos se baseiam em distinções orgânicas ou semânticas, sem atentar-se para os aspectos funcionais

⁵⁷ Pegoraro (2004a) aponta outras classificações, considerando outras variáveis. Com relação às funções desempenhadas pelos órgãos que exercem a justiça constitucional: *Monofuncionais* (aqueles ordenamentos em que as funções são as tradicionais da justiça constitucional) e *Plurifuncionais* (aqueles em que uma série de competências são atribuídas aos órgãos, que vão além da função de controlar a constitucionalidade das leis e defender direitos fundamentais). Enquanto a parametrização do controle da constitucionalidade: *Limitados* (tomam apenas a constituição como parâmetro) e *Extensos* (tomam por base parâmetros que vão além do texto escrito da constituição, como tratados internacionais e declarações de direitos). Em relação ao objeto: *Integrais* (fiscalizam leis, atos administrativos, políticos, tratados, emendas) e *Parciais* (fiscalizam apenas as leis em sentido formal). Quanto a forma de acesso aos tribunais, podem se dividir em: *Puro* (que utilizam apenas uma modalidade de acesso) e *Mistos* (que congrega várias formas de acesso) e quanto a qualidade dos legitimados a provocar o controle: *Fechados* (se restringem aos entes governamentais) e *Abertos* (são mais amplos na legitimidade).

dos Tribunais e das Cortes Supremas, trabalhando com a ideia de justaposição de modelos e, principalmente, identificando o aspecto concentrado pela mera existência de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte, que controla a constitucionalidade das leis através de ações propostas diretamente em tais órgãos.

José Afonso da Silva (2002, p.10), por exemplo, propõe, junto dos dois modelos clássicos, mais quatro: 1) *sistemas exclusivamente difusos*: observados apenas nos Estados Unidos e na Argentina; 2) *sistema exclusivamente concentrado*: alternando a concentração em uma corte constitucional ou suprema ou numa câmara ou sala; 3) *sistema misto*: se afirma na mescla dos modelos difuso e concentrado, como o Brasil. 4) *sistema dual ou paralelo*: quando existem os dois modelos clássicos, mas não ocorre sua mescla, deformação ou desnaturação (a corte, nesses países, não é órgão de recurso, portanto não recebe as demandas da jurisdição ordinária).

O autor (SILVA, 2002, p. 11) afirma que sempre defendeu a criação de uma corte constitucional no Brasil, para que pudesse dar conta de todas as matérias de importância constitucional, cuja resolução seria mais adequada e efetiva, se fosse feita por um órgão especializado. No entanto, temperava seu entendimento com a caracterização de um sistema misto, pois admitia recursos de inconstitucionalidade de decisões de outros tribunais. A justificativa para a não adoção de um modelo exclusivamente concentrado, nos termos acima propostos, seria a grande extensão territorial de nosso país. No entanto, no ensaio estudado, reconsiderou sua posição para adotar a aplicação do modelo dual ou paralelo. Mesmo sem descer em minúcias, aponta que as distâncias continentais do país e as dificuldades de comunicação dificultariam o desenvolvimento deste modelo. Todavia, afirma que, a pretexto do bom exercício de sua função, uma corte constitucional não pode se contaminar com o controle difuso. Nas palavras do autor: *o método difuso não é propício a uma defesa dos valores da constituição, preso que é à decisão de um caso concreto, já que a solução deste é que constitui a principal razão da atuação da jurisdição* (SILVA, 2002, p.11). Portanto, o controle é mais útil à jurisdição ordinária. Para o autor, o que é da essência do tribunal constitucional é sua competência exclusiva para o controle abstrato de normas jurídicas e sua posição de órgão do Estado, fora dos três poderes clássicos.

A classificação apresentada por José Afonso da Silva se mostra deficiente na distinção que realiza entre os controles que denomina difuso e concentrado. Ora, defender os direitos fundamentais e efetivá-los não é defender, igualmente, a Constituição? Negligenciar o importante papel realizado pelo controle difuso na interpretação das normas constitucionais nos casos concretos, influenciando, inclusive, na decisão da suprema corte ou do tribunal

constitucional (pensemos no controle incidental e nas queixas constitucionais) é um equívoco que não pode mais ser cometido, dada a importância de tais direitos na prática da jurisdição constitucional. Ademais, a ideia de um sistema dual é muito vaga, pois é difícil imaginar uma divisão asséptica entre os dois modelos clássicos de controle, sem que haja mescla entre eles. Se existe um tribunal ápice, que monopoliza a declaração de inconstitucionalidade, como ficaria a uniformização da jurisprudência constitucional no controle difuso? Não poderá ser feita por um Recurso proposto diretamente no tribunal ápice, porque desvirtuaria o sistema dual, nem mesmo por uma ação proposta com base na divergência jurisprudencial ou doutrinária, pois, ainda que indiretamente, as modalidades se entrecruzariam de maneira necessária. Ademais, muito provavelmente, em tal modelo, seria necessária a existência de uma ação que protegesse os direitos fundamentais, que deverá ser de competência do Tribunal Constitucional, que tomará conhecimento, por essa via, das divergências interpretativas sobre as normas de direitos fundamentais no controle difuso. Caso tal ação fosse de competência de uma suprema corte de justiça, seria difícil sustentar o papel de corte constitucional do Tribunal centralizador, na medida em que não seria competente para interpretar as mais importantes normas constitucionais, sob o argumento de não se imiscuir nos problemas surgidos na sua aplicação pela justiça ordinária.

Grande parte dos doutrinadores que escreveram, especificamente, acerca do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil afirma que nosso país se classifica como um sistema misto⁵⁸. Clermerson Cléve (2000, p. 75), por exemplo, após analisar os modelos clássicos de controle de constitucionalidade, começa por classificar a fiscalização da constitucionalidade das leis, em relação ao número de órgãos dotados da competência para realizá-la e conclui que tal controle pode ser difuso, concentrado e misto. O último pode ser observado nos ordenamentos que operam de modo concentrado e difuso ao mesmo tempo e cita como exemplos Brasil e Portugal⁵⁹.

⁵⁸ É importante lembrar que alguns autores empregam a nomenclatura de controle misto para referenciar o sistema de controle de constitucionalidade que alterna o controle político com outro, por exemplo, jurisdicional. Pinto Ferreira (1971, p. 148-149) cita como exemplo a Constituição francesa de 1946. De uma maneira assemelhada, Paulo Nogueira da Silva (2000, p. 42-45) considera que o controle de constitucionalidade repressivo pode ser classificado, de acordo com o órgão que exerce, como misto, quando o um órgão judicial divide tal competência com um órgão político.

⁵⁹ Do mesmo modo, Lenio Streck (2002, p. 361), Juliano Bernardes (2004, p.65) classificam o controle misto como abrangente do controle difuso e concentrado. Porém, o último salienta que a modalidade de acesso é considerada conjugada, por conta da ADPF interventiva, pois se inicia com uma controvérsia concreta e desemboca no controle abstrato. Zeno Veloso (2003, p. 34) classifica, igualmente, nosso sistema como misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, ressaltando a originalidade com que os modelos clássicos foram adaptados em nosso país. Seguindo esta última classificação, se enquadra Uadi Bulos (2007, p. 110).

Oswaldo Palu (1999, p. 146-147), por sua vez, atesta que o controle jurisdicional pode se dividir em positivo e negativo. Junto a essas considerações, temos os modelos clássicos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado). Portanto, podemos ter: o controle positivo-concentrado, que pode ser exercido pelas ações diretas; positivo-difuso, pode ser suscitado por qualquer pessoa em um processo judicial ou mesmo pelo juiz de ofício, e, por fim, negativo-concentrado, que pode ser desafiado pela ação direta de constitucionalidade por omissão e pelo mandado de injunção⁶⁰.

Podemos concluir que afirmar, simplesmente, que o sistema de controle de constitucionalidade praticado em nosso país é *õmistoö* não é suficiente para interpretar seu funcionamento. Não obstante tal constatação, considerá-lo como *õmistoö* seria igualá-lo aos modelos europeus surgidos após a 1929, na Áustria, ou seja, quando se insere no modelo Kelseniano o incidente de constitucionalidade. Tal identificação não é correta, pois não existe um monopólio da declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Da mesma maneira, o sistema português difere do brasileiro em um importantíssimo aspecto: ainda que exista o controle difuso, existe um Tribunal Constitucional, situado fora do judiciário, que realiza o controle abstrato mediante ações propostas por entidades públicas e não existem diversos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional (com constituições específicas) em níveis de superposição, por conta da ausência do sistema do estado federativo.

Em conclusão: nenhuma classificação doutrinária que enquadre o sistema brasileiro como *õmistoö*, como se fosse produto da fusão dos modelos originais europeu e norte-americano, é satisfatória para explicar as particularidades e peculiaridades do nosso modelo, bem como não são capazes de oferecer subsídios interpretativos para a compreensão da prática, como um todo, do controle de constitucionalidade brasileiro, porquanto negligenciam o aspecto da engenharia constitucional e dos aspectos jurisprudenciais do sistema.

⁶⁰ Ainda que não fosse o tema central do trabalho em que a classificação a seguir foi proposta, Sérgio Cunha (1999, p. 60-61) aponta as seguintes formas de controle de constitucionalidade: 1) controle concreto-difuso: a) incidental (em que a fiscalização de constitucionalidade pode ser realizada em qualquer processo) e b) não incidental (exemplos: mandados de segurança e de injunção); 2) concreto-concentrado (exemplos, Recurso Extraordinário, e ADI por omissão); 3) controle abstrato-difuso (não existe no Brasil) e 4) controle abstrato-concentrado (ADI), sendo que o autor considera que a ADC não é controle de constitucionalidade, mas apenas ratificação legislativa. Mesmo não concordando com a classificação a pouco descrita, não podemos deixar de considerar a importante constatação feita pelo autor, segundo a qual existe uma distinção entre controle e sistema concentrado. No Brasil, argumenta, teríamos um controle concentrado, mediante as ações constitucionalmente previstas, mas não um sistema concentrado, pois todo poder judiciário pode declarar uma norma inconstitucional.

1.7.5 - O Brasil como sistema de controle de constitucionalidade plural⁶¹ e integralmente desconcentrado.

De todo o anteriormente exposto, não é difícil perceber que nosso complexo sistema de controle de constitucionalidade não se reduz, simplesmente, à categorização de um modelo misto. Ou seja, distamos da consideração segundo a qual, justaposto ao controle difuso americano, possuímos elementos de concentração ou do modelo europeu, através do exercício das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Igualmente, conforme a análise da doutrina nacional que se ocupou do tema, sua grande maioria se inclina na consideração de que nossa prática seria a de um modelo misto e, mesmo aqueles autores que tentam escapar dessa simplificação, não conseguem estabelecer uma proposta classificatória mais consistente, por conta de uma carência metodológica, expressa em critérios que não são suficientes para abarcar outras hipóteses de sistemas semelhantes e/ou que partem de pressupostos que já não possuem uma forte carga analítica, quais sejam: de que o aspecto de concentração observado em nosso país (entendido como o mais preponderante) se caracteriza pela competência exclusiva do STF em julgar ações constitucionais, cujas decisões geram efeitos *erga omnes* e vinculantes⁶².

Por conta dessa interpretação, os estudiosos do controle de constitucionalidade afirmam que nosso país caminha para uma maior preponderância do controle concentrado, em detrimento de uma diminuição do controle difuso, por conta do crescimento do número de ações afetas à competência originária do STF e do efeito vinculante que decorre das decisões de méritos dessas ações. Por conta dessa compreensão, de que possuímos um controle misto em vias de concentração, maior força e importância são atribuídas aos precedentes advindos do controle concentrado. Em contraposição, o controle realizado pelo resto do poder

⁶¹ Quem postulou, pela primeira vez, a referida releitura do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi Antonio Maués (2010).

⁶² Nesse ponto, é importante lembrar a constatação que fez Biscaretti di Ruffia pouco tempo depois da instalação do Tribunal Constitucional italiano, no sentido de que, por mais que muitas competências constitucionais tivessem sido deslocadas para a Corte Constitucional, muitas matérias de direito constitucional objetivo ainda permaneceram de competências da magistratura ordinária, do parlamento e do Poder Executivo (DI RUFFIA, 1955, p. 93). A mesma interpretação pode ser feita em nosso país com as matérias, por exemplo, *interna corporis* dos poderes legislativo e executivo, em que a interpretação constitucional não está afeta ao STF. Nesse sentido, ver nota 94, *infra*. A estrutura do estado federal, com sua particular divisão constitucional de competências executivas e legislativas, pressupõe questões jurídicas alheias à competência do STF, exercitáveis e decididas pelo controle difuso (ou mesmo concentrado) restritas ao ente federado estatal, ainda que estejam determinadas na Constituição federal.

judiciário é encarado como algo menos importante e dependente da vinculação da jurisprudência constitucional do STF⁶³.

No entanto, devemos colocar em relevo o descrito por Pegoraro (2004a) e considerar que nosso modelo de estado federal, que prevê as funções de jurisdição constitucional para os órgãos do Poder Judiciário no âmbito dos entes federados, funcionando junto a uma Suprema Corte que (aí está a grande diferença dos modelos europeus e de uma característica fundamental da concentração de moldes Kelsenianos) não detém o monopólio da declaração da inconstitucionalidade das leis, porquanto qualquer órgão do judiciário poderá julgar uma demanda com base na inconstitucionalidade de uma lei contrastada com a Constituição federal (e mais: nem todos os atos inconstitucionais, por conta, uma vez mais, da formação federal, são sindicáveis perante o controle dito concentrado, como as leis municipais⁶⁴), são características instrucionais e políticas importantes como fatores determinantes em uma classificação do sistema e sua interpretação.

O ordenamento jurídico federal brasileiro permite que os entes estatais estruturem sua própria jurisdição constitucional, na medida em que autoriza a promulgação de uma Constituição estadual, a qual seguirá, naquilo que for mais estrutural, o disposto na Constituição federal. Dentro desta competência, poderá criar representações de inconstitucionalidade, que terão por objeto a legislação estadual e municipal⁶⁵. Ou seja, dentro de sua competência constitucional legislativa, ancorada em seu poder constituinte decorrente, o Estado criará sua própria jurisdição constitucional que é independente da Federal, na medida em que são tratados assuntos característicos e particulares do Estado membro, bem como dos municípios que lhe compõe, podendo, inclusive, fiscalizar a constitucionalidade das leis dos últimos, o que não se alcança via ADI e ADC, apenas via Recurso Extraordinário ou por ADPF, esta quando outros meios restarem infrutíferos, mais especificamente, as ações

⁶³ Antonio Maués (2008, p. 85) sustenta que a adoção do efeito vinculante na via direta redefiniu a articulação entre os controles concentrado e difuso, pois aquele efeito funciona como mecanismo de prevenção de divergência sobre a interpretação constitucional e não como um mecanismo de sua correção. Ainda de acordo com o referido autor, tal efeito visa que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que a questão possa ser reapreciada posteriormente, evitando que as dúvidas sobre sua constitucionalidade cheguem ao tribunal.

⁶⁴ Ainda que tenha como objeto leis municipais, a ADPF é subsidiária, não é, portanto, uma ação principal, além de possuir parâmetro de controle limitado aos preceitos fundamentais (Art. 4º, § 1, da lei 9.882/99).

⁶⁵ Art. 125. *Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.* § 1º - *A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.* § 2º - *Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.* A Constituição do Estado do Pará, promulgada em 05/10/89, por exemplo, contempla, no rol de legitimados a propor a Ação direta de Inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da Defensoria Pública e o Prefeito Municipal, órgãos que não estão contemplados na Carta Federal (art. 162, da Constituição Estadual do Pará).

diretas estaduais e toda sua jurisdição constitucional. E, é importante lembrar, com a Repercussão Geral, assuntos típicos de uma municipalidade, muito dificilmente, serão julgados pelo STF⁶⁶.

Nessa esteira, contrariando a majoritária posição doutrinária de que nosso controle de constitucionalidade é misto com preponderância à concentração, observamos que nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, nosso sistema de controle de constitucionalidade, funciona melhor, caso visto sob a luz de que nosso sistema se realiza de maneira plural⁶⁷.

Interpretar o sistema de controle de constitucionalidade atribuindo preponderância ao controle concentrado (a partir do efeito vinculante) é reflexo daquilo que Maués (2008, p. 87-88) denomina de modelo da uniformização da jurisprudência constitucional, que se caracteriza: a) pela limitação da possibilidade dos juízes de primeiro grau e tribunais de afastarem-se dos precedentes dotados de efeito vinculante; b) utilização de mecanismos para dissuadir ou vedar a não aplicação de um precedente (nesse sentido, citamos a reclamação constitucional) e c) crença na possibilidade de limitação da interpretação dos textos normativos.

Tal modelo é amplamente criticável, na medida em que, ao partir do abstrato para o concreto, a decisão pela permanência do texto normativo pode gerar situações inconstitucionais, prejudicando a proteção dos direitos fundamentais, pois as possibilidades futuras de divergência não são todas consideradas pelo Tribunal⁶⁸ e tais decisões

⁶⁶ Nesse sentido, o STF decidiu que não possuía Repercussão Geral a discussão, à luz dos artigos 2º e 39, da Constituição Federal, se lei municipal instituidora de plano de carreira dos servidores municipais é auto-aplicável, ou se depende de regulamentação pelo Poder Executivo (AI 823.896/SP); negou RG na discussão, à luz dos artigos 5º, I e II; 37, X e XIV; e 169 e parágrafos, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do pagamento de diferenças em razão do reenquadramento de servidor público do Município de Santos/SP, de acordo com o Plano de Cargos e Salários previsto na Lei Complementar Municipal nº 162/95 (RE 611.162/SP); negou, igualmente, RG em Recurso extraordinário em que se discutia, à luz dos artigos 1º, caput; e 97, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de modulação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal, que instituiu a cobrança do IPTU, com alíquotas progressivas; da taxa de iluminação pública - TIP e da taxa de coleta de lixo e limpeza pública ó TCLL (RE 592.321/RJ). Sem embargo de outros muitos, tais julgados, em especial o último citado, demonstram a necessidade e a força do controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Justiça e que nem todas as questões constitucionais são julgadas ou mesmo analisadas pelo STF.

⁶⁷ Nesse sentido, cf. Anotnio Maués (2008). Sobre tal problemática, devemos ficar atentos aos debates na QO no RE 593.995/MG, em que o Min. Joaquim Barbosa afirmou que, no caso em exame, o Supremo, durante o julgamento de um precedente, não tinha por missão resolver todos os detalhes subsidiários ou sucessivos da lide, especialmente quando têm nítida estatura infraconstitucional. Realçou que o mecanismo da repercussão geral perderia toda a sua efetividade se fosse necessário examinar sempre esses pontos para que a análise de matéria sujeita a tal procedimento tivesse alcance amplo e geral. O plenário, no entanto, ainda não se manifestou sobre o tema.

⁶⁸ Um dos melhores exemplos que se pode descrever sobre a referida questão, assim como um dos melhores exemplos sobre a problemática da vulneração de direitos fundamentais, quando se interpretam os precedentes no sentido abstrato-concreto, é o da MC na ADC nº 04, em que foram considerados constitucionais os dispositivos da lei 9.494/97, que consolidava limitações à antecipação dos efeitos da tutela contra o poder público, especialmente, aquelas relacionadas a vantagens pecuniárias. No entanto, em casos de direitos previdenciários

desestimulam a apreciação de fatos concretos relevantes para a decisão de uma controvérsia⁶⁹. Não bastassem tais questões, outras decorrem delas, como, por exemplo: a cultura de apenas estudar as ementas ou a parte dispositiva do julgado, tornando dispensável um detido estudo do caso e de que tais decisões abstratas já conteriam, de antemão, todas as respostas aos casos postos a julgamento, em uma equivocada compreensão hermenêutica (MAUÉS, 2008).

A interpretação do sistema como misto em vias de concentração impede que se analisem as diferentes categorias constitucionais surgidas na evolução da convivência entre o controle concentrado e difuso. Nesse sentido, podemos observar, contrariando a primeira interpretação, que a Constituição de 1988 não previu limites ao controle difuso de constitucionalidade, em nenhum sentido de objeto, meios ou efeitos de declaração de (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, como visto acima, pois, afirmar a maior concentração é, em outras palavras, defender que existem limitações institucionais para a realização do controle difuso pelos demais órgãos do poder judiciário (MAUÉS, 2010, p. 372).

Nesse sentido, Gilmar Mendes (2009, p. 411-413) defende que a Constituição de 1988 atenuou a importância do controle difuso ao determinar que as mais importantes questões constitucionais fossem decididas pelo STF, mediante o processo abstrato e por conta da ampliação da legitimação para propositura da ADI e demais ações constitucionais. Complementa o autor que, de maneira intuitiva, o constituinte teria restringido a amplitude do controle difuso, ao aumentar o número de entes e órgãos legitimados a provocar o controle abstrato, portanto, a restrição do controle difuso não foi produto do legislador, mas sim do constituinte. Devemos acrescentar que tal interpretação do sistema de controle de constitucionalidade não é a melhor, como se verá mais adiante. Quanto à última afirmativa do autor, de que teria sido vontade do constituinte a relevância do controle concentrado, não concordamos com a mesma, na medida em que transporta a responsabilidade política de uma interpretação aos parlamentares que promulgaram a Constituição e esquece do desenvolvimento e evolução legislativa da prática no decorrer dos mais de vinte anos de

reconhecidos constitucionalmente e garantidos pela jurisprudência do STF, poderiam excepcionar o efeito vinculante da referida medida cautelar. As reclamações julgadas pelo tribunal foram tantas, que o plenário precisou editar uma súmula para ratificar a exceção das matérias previdenciárias à incidência do efeito vinculante (súmula nº 729, STF). Para uma detida análise desta questão, cf. Maués e Scaff (2005, p. 53-61).

⁶⁹ Não apenas isso, mas, com base em Maurício Ramires (2010, p. 31), a ideia de revisão dos atos do juiz de primeiro grau pelo tribunal superior cria a impressão de inutilidade de se produzir decisões que não estejam adequados ao pensamento superior, pois serão, invariavelmente, reformuladas. Ademais, pela tradição da dogmática e do ensino jurídico brasileiros, a preocupação se dá mais com a norma, do que com a análise pedagógica dos casos, o que distancia o intérprete dos fatos aos quais as normas se destinam e dos fatos que originaram o precedente e o justificam (RAMIRES, 2010, p. 46).

promulgação da Constituição e a rica jurisprudência do STF que demonstra, justamente, o contrário.

Com efeito, algumas das mais importantes vias diretas previstas como a ADC e a ADPF pressupõem a existência do controle difuso e de seu exercício, seja através do contraditório diferido na ADC⁷⁰ e o descumprimento de algum preceito fundamental pela interpretação judicial ou a ADPF proposta no decorrer de um processo⁷¹. Do mesmo modo, algumas interpretações do STF no controle concentrado demonstram a importância do exercício do controle difuso, como, por exemplo, o fato do indeferimento da cautelar em ADI não produzir efeito vinculante⁷², do mesmo modo, o indeferimento da cautelar em ADC não impede o controle difuso de constitucionalidade, pelo contrário, pressupõe que deve haver uma articulação entre as vias de controle de constitucionalidade.

Nessa mesma linha, ainda que se obtenha a improcedência da ADC ou provimento da ADI, não se trata de ocorrência capaz de retirar o caráter plural do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, na medida em que a decisão pode sofrer modulações temporais, o que mantém intactas declarações de inconstitucionalidades anteriores (MAUÉS, 2010, p. 375), assim como decisões dos juízos inferiores acerca da questão e sua manutenção pelo respeito à coisa julgada⁷³, enquanto direito fundamental que ganha contornos substanciais pelo controle difuso⁷⁴.

⁷⁰ De acordo com Gilmar Mendes (2005, p. 189-190), para que seja deflagrado o processo da ADC, é necessário que o proponente demonstre situação hábil que infirme a presunção de constitucionalidade da lei e tal poderá advir de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição (ou seja, interpretações judiciais que decorrem de inúmeros casos, não necessariamente, idênticos).

⁷¹ Art. 1º, I e Art. 5, § 3º da lei 9.882/99. Gilmar Mendes defende que a lesão a preceito fundamental pode advir de interpretação judicial, quando se assenta na inconstitucionalidade de determinada interpretação judicial, não na inconstitucionalidade do ato normativo que serviu de base para a interpretação (MENDES, 2007, p. 72). Como exemplo, podemos citar a ADPF 144, DJe 26/02/10, Rel. Celso de Mello, em que um dos atos impugnados fora o enunciado de súmula nº 13 do TSE, que, apesar de originada de decisões plenárias daquele tribunal, não disfarça sua natureza de consolidação jurisprudencial, portanto, de interpretação judicial acerca do tema.

⁷² *O indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando o fundamento, não dá margem à apresentação de reclamação*, conforme ementa da Rcl 2.810/MG, DJ 18/03/05, Rel. Marco Aurélio. No mesmo sentido, AgR na Rcl 3.267/MG, DJe 20/11/2009, Rel. Carmen Lúcia. De acordo com Min. Celso de Mello: *“Esta Suprema Corte, ao assim decidir, entendeu que a existência de juízo denegatório de provimento cautelar, quando proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional. neste ponto, por necessário, na linha de outros precedentes (RTJ 185/1118-1119 - RTJ 186/738-739, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal (RE 219.146/RN, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), por mais de uma vez, em situações como a destes autos - em que também se indeferira pedido de medida cautelar formulado em sede de controle normativo abstrato - deixou assentado que “não se suspende, em princípio, o julgamento dos processos em que incidentemente se haja de decidir a mesma questão de inconstitucionalidade” (RE 224.835/RN, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma - grifei), razão pela qual se torna lícito, a qualquer magistrado, proceder, embora sob a perspectiva da fiscalização meramente incidental, ao exame da mesma controvérsia jurídica suscitada no âmbito de determinada ação direta”*, na decisão monocrática na Rcl 2.657/PR, DJ 21/06/2005.

⁷³ A questão sobre a relativização da coisa julgada em face de declarações de inconstitucionalidade das leis feitas pelo STF não é um tema pacífico, sobretudo em função da edição da lei 11.232/05, que, ao alterar o Código de

Mesmo o deferimento da cautelar em ADC não impossibilita que seja exercido o controle difuso ou diminuída sua importância, em face de casos concretos peculiares que possam demonstrar situações jurídicas que se diferenciam do precedente cautelar dotado de efeito vinculante, em razão da igualdade na aplicação do direito, como se verá em capítulos posteriores⁷⁵.

Processo Civil, determinou, nos preceitos do §1º, art. 475-L e Parágrafo Único, art. 741, que será inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. O tema é controverso na doutrina processualista, que considera tal artigo inconstitucional (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 299-301), bem como no STF. Nos autos do AgR na Rcl 2.600/AL, ainda que não tenham tratado do tema com muita firmeza e com o plenário desfalcado, o Tribunal suspendeu acórdão em ação rescisória que julgou diversamente do decidido em ADI. Não obstante, outras manifestações do tribunal entendem que os referidos artigos são inconstitucionais, cf. decisão monocrática do Min. Celso de Mello no RE 594.350/RS, DJe 11/06/2010. Atualmente, a questão está submetida ao regime da Repercussão Geral e aguarda manifestação plenária (RE 586.068/MG, Rel. Ellen Gracie).

⁷⁴ Nesse sentido, citamos trecho de decisão do Min. Celso de Mello: *“A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia ex tunc, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758*

ó RTJ 164/506-509 ó RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, in abstracto, da Suprema Corte, RE 594.892/RS, Rel. Celso de Mello, DJe 04/08/10.

⁷⁵ Ademais, muitas decisões do STF apontam que alguns problemas relacionados à constitucionalidade de algumas normas serão mais bem resolvidos pelo controle difuso, por exemplo: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.612, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1988, QUE DIZ: "§ 1º - É VEDADO O PROSELITISMO DE QUALQUER NATUREZA NA PROGRAMAÇÃO DAS EMISSORAS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA". ALEGAÇÃO DE QUE TAL NORMA INFRINGE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, INCISOS VI, IX, E 220 E SEGUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Para bem se conhecer o significado que a norma impugnada adotou, ao vedar o proselitismo de qualquer natureza, nas emissoras de radiodifusão comunitária, é preciso conhecer todo o texto da Lei em que se insere. 2. Na verdade, o dispositivo visou apenas a evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, usada para fins a ela estranhos, tanto que, ao tratar de sua programação, os demais artigos da lei lhe permitiram a maior amplitude e liberdade, compatíveis com suas finalidades. 3. Quis, portanto, o artigo atacado, tão-somente, afastar o uso desse meio de comunicação como instrumento, por exemplo, de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem. 4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis. 5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei. Por esse modo, poderão ser coibidos os abusos, tanto os das emissoras, quanto os do Poder Público e seus agentes. 6. Com essas ponderações se chega ao indeferimento da medida cautelar, para que, no final, ao ensejo do julgamento do mérito, mediante exame mais aprofundado, se declare a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, da norma em questão. 7. Essa solução evita que, com sua suspensão cautelar, se conclua que todo e qualquer proselitismo, sectarismo ou partidarismo é tolerado, por mais facciosa e tendenciosa que seja a pregação, por maior que seja o favorecimento que nela se encontre. 8. Medida Cautelar indeferida (MC na ADI 2.566/DF, DJ 27/02/04, Rel. Sidney Sanches). DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998, E DO ART. 6º DA PORTARIA Nº 4.883, DE 16.12.1998, BAIXADA A 16.12.1998, PELO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Por fim, em face dessas considerações, nosso modelo se ajusta a uma classificação de sua prática como integralmente desconcentrado, que significa dizer que o controle da constitucionalidade das leis não é monopólio do STF, uma vez que concorre com outros órgãos no exercício da jurisdição constitucional⁷⁶, acentuando seu caráter plural, ou seja, que não se interprete os precedentes dotados de efeito vinculante como se contivessem todas as respostas para os casos que surgem no controle difuso, e que se outorgue importante peso nas considerações feitas pelos juízes ordinários, mitigando a lógica atual de se interpretar os precedentes sempre do controle concentrado para o difuso, sem que se compreendam as razões consideradas pelos juízes ordinários para uma possível distinção e dispensando a propositura da reclamação, porquanto não haveria desrespeito ao precedente vinculante.

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. *Portaria ministerial não pode regulamentar norma constitucional, menos ainda quando esta é auto-aplicável e por isso mesmo independe de regulamentação. Se vem a ser baixada, é de ser interpretada como de eficácia apenas interna, ou seja, no âmbito da Administração Pública, no caso, da Previdência e Assistência Social, destinada somente a orientar os servidores subordinados ao Ministério.* 2. *E, não tendo, a norma impugnada, da Portaria, eficácia normativa externa, não está sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, por esta Corte, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme sua pacífica jurisprudência.* 3. *Precedentes do S.T.F.* 4. *Sendo assim, é acolhida preliminar, para não se conhecer desta A.D.I., no ponto em que impugna o art. 6º da Portaria nº 4.883, de 16 .12.1998, do M.P.A.S., o qual, porém, ficará sujeito ao controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nos órgãos judiciários competentes, e na solução de casos concretos, "inter-partesô (MC na ADI 1.946/DF, DJ 14/09/01, Rel. Sidney Sanches).*

⁷⁶ Seja no plano dos entes federados, que consagram direitos fundamentais e regras que são defendidas pelos tribunais de justiça com base nas constituições e leis estaduais; seja no plano dos Tribunais Superiores.

CAPÍTULO 2. A INCLUSÃO DO EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

De acordo com Roger Stiefman Leal (2006b, p.102), várias são as razões para a adoção do efeito vinculante em determinado ordenamento jurídico. Dentre elas, destaca o autor, está a recalitrância dos outros poderes da República (em especial do Executivo) em aplicar a norma anteriormente expurgada do ordenamento jurídico no controle de constitucionalidade⁷⁷.

O autor salienta, ainda, a prática do Legislativo em reiterar o conteúdo material de lei declarada inconstitucional por meio de legislação editada posteriormente⁷⁸, em artifício para mitigar ou tornar ineficazes as decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais. Ainda que seja realizada de maneira diversa do legislativo, a recalitrância judicial se caracteriza pelo cumprimento estrito ao contido na parte dispositiva do julgado, sem atenção para as demais imposições da declaração de inconstitucionalidade, como a interpretação conforme a constituição ou outras técnicas decisórias (LEAL, 2006b, p. 108-111). Os pressupostos do efeito vinculante, segue o autor, garantem a estabilidade das relações sociais e políticas, eliminam possíveis divergências hermenêuticas surgidas no ato de interpretação das normas constitucionais e conferem à Constituição unidade, proporcionando sua aplicação igualitária a todos (LEAL, 2006b, p.114-115).

A estes argumentos, salienta-se, de acordo com o Senador Ronaldo Cunha (1999, p.28), nas razões da proposta da PEC nº 54/95, tendente a reformular a redação do art. 102 da CF/88 (tal emenda tinha por fim a criação do efeito vinculante nas decisões de mérito em ADI, bem como a introdução das súmulas vinculantes⁷⁹) que uma das principais razões para a previsão do instituto, no Brasil, era o de acelerar o julgamento do grande número de processos

⁷⁷ De acordo com Roger Leal (2006b, p. 102-103), em face dos avanços da jurisdição constitucional, não se poderia presumir que os outros poderes quedariam inertes, uma vez que a interferência e substituição de seus atos instam à adoção de medidas, nem sempre lícitas, para suprir os óbices impostos pela jurisdição constitucional ao exercício de suas funções. Nesse sentido, as reações podem vir na forma de reformas constitucionais ou mesmo na reiteração ou convalidação de atos e comportamentos julgados inconstitucionais pelos órgãos da jurisdição constitucional. Ademais, ainda que aqueles observem a parte dispositiva do julgado, os expedientes utilizados têm como finalidade, via de regra, manter o estado normativo rejeitado pelo tribunal.

⁷⁸ Em nosso país, podemos citar como exemplo a ADI 864/RS, que impugnava lei do Rio Grande do Sul que reeditava, ainda que parcialmente, conteúdo de lei suspensa pela liminar em ADI. No mesmo sentido, MC na ADI 907/RJ. É importante salientar que, em ambos os casos, ocorridos antes da extensão do efeito vinculante à ADI, o tribunal converteu as Reclamações em ADI, por considerar que o efeito *erga omnes* não seria suficiente para obstar o legislativo, salientando que tal fato seria possível mediante o efeito vinculante.

⁷⁹ Esta proposta foi posteriormente pensada à PEC nº 96/92, que deu origem à EC nº 45, como nos informam Pêssoa e Gozzet (2007, p. 13).

repetitivos julgados pelo STF⁸⁰. Em suma, a principal finalidade do efeito vinculante, de acordo com as razões do Senador, era atribuir maior celeridade na prestação jurisdicional do STF, assim como diminuir o volume de processos a serem julgados pelo tribunal⁸¹. Portanto, ainda que as razões salientadas no começo do capítulo sejam importantes para caracterizar as experiências estrangeiras de vinculação formal no controle concentrado, no Brasil as razões para sua adoção foram: a redução dos processos julgados no STF, a celeridade processual e a inibição de decisões contrárias ao pronunciamento da Suprema Corte em ADC⁸².

A noção sobre o que seria o efeito vinculante foi introduzida, inicialmente, no Brasil na Constituição de 1967/69, com a Emenda Constitucional nº 7/77, que criou a Representação interpretativa dotada desse efeito⁸³.

Com efeito, o legislador constituinte de 1988 optou por não trazer o instituto na redação original da Constituição, contudo, com base em proposta de Emenda Constitucional da lavra do Deputado Roberto Campos (PEC nº 130/92), aquele foi introduzido no texto da Constituição, mediante a Emenda Constitucional nº 03/93, além do novel instituto da ADC, o efeito vinculante.

Não obstante sua previsão, inicialmente, apenas para a ADC, hoje, em função da Emenda Constitucional nº 45/04⁸⁴, que estendeu o efeito para as decisões de mérito em ADI, a

⁸⁰ De acordo com Oscar Vieira (2004, p. 201), ao tratar da reforma do judiciário promovida pela EC 45/04 e o efeito vinculante, o grande número de feitos que abarrotam o STF decorre da enorme edição de leis inconstitucionais por parte do congresso nacional e assembleias legislativas. Tal observação do autor aponta para um aspecto interessante a respeito do efeito vinculante: o congresso nacional criou um mecanismo para diminuir os processos no STF que ele mesmo ajudou a dar causa. Partindo de um pressuposto semelhante, Dalmo Dallari (2007, p. 65), referindo-se às justificativas para adoção do efeito vinculante pelo constituinte derivado de 1993, especialmente aquelas relacionadas à chamada indústria de liminares, lembra que não existe indústria sem matéria-prima, ou seja, se foram concedidas inúmeras liminares pelo judiciário, é porque o governo violou, anteriormente, direitos constitucionais. Tais considerações nos demonstram que devemos interpretar o efeito vinculante menos pelos seus objetivos instrumentais, que são contraditórios e frágeis, e mais pela sua função na harmonização da jurisprudência constitucional na defesa dos direitos fundamentais.

⁸¹ Roger Leal (2006b, p. 179-182) concorda que a ideia motriz para a adoção do instituto no Brasil foi a redução do número de processos, não a inibição da recalcitrância dos Poderes. No entanto, de acordo com suas premissas indicadas no início do capítulo, conclui que o abrandamento do número dos feitos não decorre do efeito vinculante, uma vez que não é a função precípua do instituto, ainda que tal objetivo instrumental possa ser alcançado de forma reflexa. Em sentido contrário, Paula Arruda (2006, p. 96) afirma que o objetivo do efeito vinculante, no Brasil, é impor o entendimento do STF sobre o caso.

⁸² Oscar Vilhena Vieira (1994, pp. 89-90) conclui que a decisão dotada de efeito vinculante na ADC visa, em última instância, tornar a norma declarada constitucional imune a impugnações por parte dos cidadãos através do judiciário, que estará, por sua vez, impossibilitado de verificar a legitimidade da norma no caso concreto, bem como considerá-la inconstitucional através do controle difuso.

⁸³ O art. 187, do então Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, visando regulamentar a recém criada representação interpretativa, especificava que a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação fixada nele teria força vinculante.

⁸⁴ Acerca da referida emenda constitucional, comumente referida como a Reforma do Judiciário, Oscar Vieira (2004, p. 195-196) entende que as propostas feitas pela mesma partem de um pressuposto segundo o qual a alteração normativa teria o condão de transformar o comportamento dos agentes em relação a sua esfera regulamentada de decisões, como baliza das transformações sociais, em uma forma de redirecionamento das decisões, ao passo que tal mudança diminuiria o processo de escolha entre alternativas decisórias possíveis. No

discussão sobre a constitucionalidade da veiculação do instituto através de lei ordinária resta superada⁸⁵. Quanto à ADPF, o art. 10, § 3º da lei 9.882/99 prevê, expressamente, a possibilidade de atribuição de efeito vinculante às suas decisões⁸⁶.

A constitucionalidade do efeito vinculante suscitou inúmeros debates no âmbito doutrinário logo após sua inserção via emenda constitucional. Ronaldo Poleti (1995, p. 235), por exemplo, posiciona-se conforme o instituto, uma vez que este estaria implícito pela Constituição como forma de garantia das decisões do STF, desde que proferidas pelo *quorum* qualificado por ela estabelecido. José Afonso da Silva (2006, p.566-567) e Zeno Veloso (2003, p.198-199) também são favoráveis à adoção do efeito vinculante como medida apta à reduzir o número de processos repetidos no âmbito do STF.

Em sentido oposto, Olavo Alves Ferreira (2003, p. 150-153) entende que o instituto é flagrantemente inconstitucional por violar o princípio do juiz natural e da separação dos poderes. No mesmo sentido se posiciona Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.72-76), ao afirmar que a adoção do efeito vinculante traria óbices à interpretação judicial realizada pelos demais órgãos do Poder Judiciário⁸⁷ e outorgaria ao STF um poder demasiado sobre os demais Poderes da República, porquanto impor a eles seu entendimento. Ademais, prossegue Dallari (2007, p. 63), o efeito vinculante impõe limites à independência do judiciário, que deve agir de maneira eficiente e independente, sendo impossível ignorar a independência em detrimento da eficiência, pois ambas estão juntas. Todavia, a preponderância de uma das facetas, a eficiência, com o efeito vinculante, tende a melhorar a eficiência de uns, limitando a independência de outros órgãos do judiciário. Pastora Leal (2003), de forma contundente, atesta a incompatibilidade da eficácia vinculante das decisões às disposições constitucionais, na medida em que aquela agride, diretamente, diversos princípios constitucionais, dentre eles: do pluralismo político, pois reduz a margem criativa do juiz, no sentido de uma democracia participativa; do acesso à justiça, pois as decisões seriam aplicadas de forma automática e mecânica em repetição ao precedente a todos os casos pretensamente semelhantes.

A constitucionalidade da ADC, bem como do efeito vinculante, foram debatidos no

entanto, é um problema a previsão do modo com que atores políticos e a sociedade reagirão às mudanças institucionais, pois estas sempre inspiram risco e desconfiança, mas não podem, contudo, deixar de ser tomadas, sob pena de estagnação e perpetuação do estado que se pretende alterar.

⁸⁵ Ver, no sentido da constitucionalidade do efeito vinculante determinado por lei infraconstitucional, a decisão plenária na Questão de Ordem no AgR na Rcl. 1.880/SP.

⁸⁶ Sobre a constitucionalidade da atribuição de efeito vinculante à ADPF mediante lei ordinária, ver os debates na ADI - MC 2.231/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

⁸⁷ Nesta linha de pensamento, afirma Arruda (2006, p.126): *o efeito vinculante constitui em última análise óbice à argumentação jurídica, na medida em que dificulta a integração entre a aplicação da norma e a análise concreta do caso, que definirá qual a possibilidade mais acertada na decisão*

juízo da Questão de Ordem na ADC nº 01. Naquela assentada, na linha do voto do Min. Moreira Alves, declarou-se a constitucionalidade da nova ação e do efeito vinculante, vencido, nestes pontos, o Min. Marco Aurélio.

Passados quase vinte anos da edição da EC nº 03/93, a doutrina constitucional brasileira ainda é vacilante quanto à definição do efeito vinculante. Sua natureza jurídica é por demais controversa e seu papel na jurisdição constitucional brasileira está em constante debate acadêmico e jurisprudencial⁸⁸.

Por essa razão, as conceituações do efeito vinculante, geralmente, são bastante genéricas e recorrem a expressões que dizem muito pouco a seu respeito como, por exemplo, *plus normativo*⁸⁹ ou *força obrigatória qualificada*⁹⁰ do precedente. Quando muito, os autores apenas ressaltam as consequências de seu descumprimento, como se fosse suficiente para delimitar os limites subjetivos e objetivos de sua aplicação.

Teori Albino Zavascki (2001, p. 52-55), por exemplo, considera que o efeito vinculante indica que todos, inclusive o STF, devem estar vinculados ao resultado da demanda, portanto se apresenta como uma força qualificada do precedente, pois confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com consequências processuais capazes de assegurar, em caso de recalcitrância dos que estão a ele submetidos, seu cumprimento por meio de mecanismos executivos, como a reclamação, enquanto imposição obrigatória do cumprimento da decisão. Complementa que o efeito em tela não irradia seus efeitos desde a origem da norma, pois não decorre da validade ou invalidade da norma apreciada, mas sim da sentença que a aprecia, daí sua eficácia processual.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso (2009, p.204) atesta que, enquanto a coisa julgada impede um novo pronunciamento do Tribunal, o efeito vinculante obriga a adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Supremo, sempre que a ela esteja logicamente subordinada a decisão da causa, mas não impede que o órgão prolator possa reapreciar a matéria. Portanto, o que se torna vinculante é a premissa estabelecida pelo Supremo sobre a validade ou não da norma.

Por sua importância no debate sobre o tema, não poderíamos deixar de explicitar as considerações de Gilmar Mendes (1999; 2009) acerca do tema. De acordo com o referido autor (MENDES, 1999, p. 438-451), o efeito vinculante foi inspirado no *bindungswirkung* do

⁸⁸ No âmbito acadêmico, ver, exemplificativamente, os trabalhos de Paula Arruda (2006), Celso Silva (2005), Roger Leal (2006), Gilmar Mendes (1999). No âmbito jurisprudencial, mais especificamente no STF, conferir os debates nos casos: ADC 1/DF, AgR na Rel. 1.880/SP e MC na ADIn 2.231/DF.

⁸⁹ Como, por exemplo, Regina Nery Ferrari (1999, p. 252).

⁹⁰ Nesse sentido, cf. Teori Zavascki (2001, p. 52-53).

direito alemão e considera, conseqüentemente, que devemos buscar a natureza jurídica e suas características no modelo alemão. Afirma, inicialmente, que, como o efeito vinculante decorre das decisões de mérito, não alcança as interlocutórias. Portanto, como está relacionado ao momento da decisão, se refere apenas às decisões que transitam em julgado. Ademais, tal efeito não se limita à parte dispositiva, pois transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e os fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades. Nesse sentido, o efeito vinculante expande os limites subjetivos da coisa julgada e o Tribunal apenas está vinculado à coisa julgada material, à parte dispositiva, não aos fundamentos, ainda que determinantes⁹¹.

Celso de Albuquerque da Silva (2005, p. 33-124), por seu turno, buscando justificar o efeito vinculante com base nos princípios da igualdade, legalidade e democracia, considera que o efeito vinculante seria necessário somente e exatamente nas hipóteses em que a absoluta correção da decisão judicial superior é colocada em xeque, por aqueles que devem se submeter ao precedente vinculante. No entanto, como as decisões dos tribunais superiores têm uma presunção de exatidão, tão somente por conta de sua posição hierárquica, seus julgados devem ser considerados como corretos e aceitos dessa forma. O efeito vinculante, por essa razão, seria imprescindível para as decisões proferidas pelos tribunais superiores, como único meio efetivo e eficaz para reforçar sua diretriz integradora, que não significa uma exata correção das respostas, mas sim que devam ser reconhecidas como tal, o que torna a ideia de que deva ser uma única resposta correta desnecessária para fins de vinculação, pois sua função integradora é mais importante do que a absoluta correção quanto ao sentido da norma.

O autor prossegue para afirmar que a legalidade no efeito vinculante está em possibilitar e maximizar a certeza do direito, permitindo aos cidadãos planejarem melhor seu futuro. Ademais, afirma o autor, a adoção do efeito vinculante é uma consequência inexorável do processo de adoção da hermenêutica, pois permite conciliar a tensão existente entre a força aglutinadora do respeito à lei promulgada pelo legislativo e suas interpretações mais elásticas do texto legal, algumas delas contrárias a sua literalidade, recheadas de subjetivismo e o efeito vinculante, justamente, impõe limites ao labor criativo do juiz. Da mesma forma que se caracteriza como consectário da democracia, na medida em que sua regra fundamental é a da maioria, ou seja, de decisões coletivas vinculatórias para todo o grupo. O efeito vinculante reforça a regra de maioria, pois, como o legislativo não pode prever todas as situações a serem

⁹¹ As mesmas considerações, sem qualquer alteração, podem ser colhidas de Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (2009, p. 597-608).

reguladas sobre o mundo da vida, o efeito vinculante determina que o legislativo deve ser instado a corrigir qualquer interpretação politicamente errônea ou inconveniente levada a efeito pelo judiciário, porquanto o Poder Legislativo é o órgão democraticamente legítimo a tomar decisões políticas fundamentais no mister de outorgar a boa vida aos cidadãos.

Por meio dessas breves linhas a respeito do pensamento da doutrina sobre o efeito vinculante, podemos inventariar os principais pontos (ainda que divergentes) que são levantados pelo instituto: a) seria algo imanente ao STF, para garantir sua interpretação acerca das normas constitucionais; b) é um mecanismo importante para a redução do número de processos no STF⁹²; c) seria uma força qualificada da decisão, um *plus* normativo, capaz de impor severas medidas processuais, caso tal precedente seja desrespeitado; d) implica na vinculação da tese jurídica, especialmente, das premissas que fundamentam a decisão; e) o efeito vinculante diminui a discricionariedade na interpretação jurídica, possibilitando que as decisões do STF sejam acatadas sem maiores discussões interpretativas; f) pode acabar com a independência do judiciário, pois impedirá a interpretação jurídica e g) possibilitará a aplicação automática das decisões.

Como pode se observar dos conceitos expostos, todos tomam como pressuposto lógico do efeito vinculante uma força diferenciada da decisão, seja através da transcendência ao caso julgado ou aquela capaz de ensejar efeitos processuais mais específicos, mas nenhuma consegue demonstrar o porquê de tais efeitos. Do mesmo modo, não resta claro, por exemplo, porque referido efeito não inclui o STF (e porque aquele se submete, por exemplo, ao efeito *erga omnes*) ou o Poder Legislativo. De mais a mais, tais conceitos não conseguem explicar (mesmo porque afirmar, simplesmente, que o efeito é um *õplusö* em relação à coisa julgada não se pode concluir, de maneira lógica, que são os fundamentos determinantes que vinculam) o motivo pelo qual o efeito vinculante vai muito além da parte dispositiva, na medida em que, por exemplo, se considerarmos que o efeito vinculante não se estenda aos fundamentos e se limite à parte dispositiva, o descumprimento do *decisum* ensejará, ainda, a proposição da

⁹² Mesmo com o efeito vinculante para ADC, ADI e ADPF, em 2004, foram protocolados 83.667 processos; em 2005, 95.212; em 2006, 127.535; em 2007, 119.324; em 2008, 100.781; em 2009, 84.369 e em 2010, 71.670. Considerando que os números de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento tenham reduzido significativamente, por conta da Repercussão Geral, o número de Reclamações começa a crescer, por conta da Reclamação prevista na lei das súmulas vinculantes e das discussões a respeito da expansão do precedente vinculante exarado nas ações de competência exclusiva do STF. Ou seja, ainda que o número de feitos tenha reduzido no âmbito daquelas classes processuais (RE e AI), não se trata de uma consequência direta do efeito vinculante, que, por outro lado, apenas fez com que aumentasse o número de Reclamações, cf. nota 124. Os dados foram extraídos do sítio do STF (www.stf.jus.br) e foram atualizados até 28/02/11.

Reclamação Constitucional, consequência impossível apenas com o efeito *erga omnes* da coisa julgada⁹³.

Sem embargo das divergências e incongruências teóricas, um aspecto das descrições parece ser constante e um dos principais alvos de discordância nas teorias a favor e contra o efeito vinculante: a de que os precedentes vinculantes prescindem de interpretação (tal assertiva se apresenta no temor de aplicações automáticas dos precedentes; na redução da discricionariedade na interpretação, um *plus* normativo na decisão etc).

Do exposto acima, não é difícil perceber que nossa doutrina ainda não desenvolveu uma conceituação satisfatória a respeito do efeito vinculante, bem como ainda vacila quanto a sua natureza jurídica e, conseqüentemente, acerca de seu conteúdo mais substancial. No entanto, por ora, nos ateremos aos conceitos expostos e seguiremos no trato de alguns aspectos do efeito vinculante.

2.1 - DESTINATÁRIOS DO EFEITO VINCULANTE OU LIMITE SUBJETIVO DO EFEITO VINCULANTE.

Por destinatários do efeito vinculante, entendem-se aqueles que são atingidos por ele, ou seja, a quem resta observá-lo. Nesse sentido, a norma constitucional não atribuiu a irradiação do efeito vinculante a todos os Poderes da República, indistintamente; pelo contrário, os delimitou estritamente. Portanto, em face da limitação constitucional dos destinatários da vinculação, podemos falar na existência de um limite subjetivo deste efeito.

Pelo atual regime (constitucional e infraconstitucional) do instituto, podemos inferir a quem se destina a vinculação das decisões de mérito do STF em ADC, ADI e ADPF. Dessa forma, de acordo com o art. 102, § 2º, são destinatários todos os demais órgãos do poder judiciário do país e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

⁹³ Em tempo, é importantíssimo ressaltar que a correlação Efeito Vinculante/Reclamação Constitucional apenas foi delineada pelo STF, por conta da leitura que o Ministro Moreira Alves fez do efeito vinculante. Segundo o ministro, no voto proferido na ADC nº 01, a eficácia *erga omnes* significaria que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade se exaure em face de todos, o que não impede que o legislativo edite um ato com mesmo conteúdo normativo e tal efeito não teria o condão de determinar a reprimenda do desrespeito de forma expedita. Portanto, o efeito vinculante surgiria como meio de sanar a desobediência das decisões dos tribunais superiores de uma maneira mais enérgica. Afirmou o ministro que a existência da ADC não intencionou destruir o controle difuso, na medida em que a impossibilidade de aplicar uma lei declarada constitucional ou inconstitucional pelos órgãos do judiciário se dá pela eficácia *erga omnes*, por isso que cabe a reclamação no efeito vinculante: para sanar o desrespeito às decisões dotadas de efeito *erga omnes*. Por fim, o efeito vinculante seria um instituto que visaria uma defesa mais rápida da segurança jurídica. Nesse sentido, de acordo com o exposto pelo ministro, a justificativa da utilização da Reclamação Constitucional para o efeito vinculante é porque aquele seria um instituto criado para evitar o desrespeito às decisões da suprema corte dotadas de efeito *erga omnes*.

municipal.

Quanto à necessária vinculação dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, pouco se discute. Contudo, resta saber se o próprio STF estaria vinculado às suas decisões de mérito em ADI, ADC ou ADPF. A doutrina, em sua maioria, defende que o STF não seria destinatário do efeito vinculante, eis que impediria avanços na construção jurisprudencial do Direito Constitucional, caso o Tribunal não pudesse proceder a uma interpretação diferente da anteriormente defendida em face de alteração nas situações fáticas e políticas do país.⁹⁴

Nesse diapasão, dispondo de forma diferente da redação dada pela EC nº 03/93, a EC nº 45/04 delimita que a Administração Pública e não o Poder Executivo está subordinada ao efeito vinculante. Esta diferenciação é deveras significativa, pois abarca apenas o critério funcional do Poder Executivo, ou seja, suas atividades eminentemente administrativas. O que significa que a atividade legislativa do Poder Executivo (compreendendo a iniciativa legislativa, sanção ou veto) não estão alcançadas pelo efeito vinculante (LEAL, 2006, p.187-188)⁹⁵.

Quanto à subordinação do Poder Legislativo, o STF, em reiteradas decisões, tem decidido que o efeito vinculante a ele não se estende. Ademais, conforme salienta Olavo

⁹⁴ Em sentido contrário, defendendo a vinculação do STF, cf. José Afonso da Silva (2006, p. 60-61). O Tribunal, embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu que o efeito vinculante não condiciona o próprio STF, limitando-se aquele aos demais órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, cf. os debates travados na ADI 2.777/SP. É necessário que a jurisdição constitucional se mantenha aberta a vias interpretativas diversas, ou melhor, deve ser permitido a ela se afastar motivadamente dos fundamentos adotados anteriormente, de modo a firmar novos convencimentos. Nesse sentido, é essencial que o instituto não se aplique ao intérprete máximo da Constituição, ainda que esteja vinculado sempre à parte dispositiva do julgado (LEAL, 2006b, p. 116-117). Concordamos com as referidas ponderações de Roger Leal a pouco descritas, no entanto, divergimos das consequências que o autor apresenta sobre elas, ao afirmar que o efeito vinculante teria a função de reafirmar e consolidar a preponderância institucional da jurisdição constitucional e de que as razões adotadas pelo tribunal assumem estado paraconstitucional, como direito constitucional não escrito (LEAL, 2006b, p. 118). Divergimos, em primeiro lugar, porque limita a ideia de Constituição como aquilo que o Supremo Tribunal Federal compreende que ela seja, em outras palavras, como se as interpretações do STF fossem, sempre, as mais corretas e as mais autênticas (autêntica no sentido de que apenas o órgão de cúpula do judiciário seria autorizado a dispor sobre o conteúdo das normas constitucionais). Em segundo lugar, o que seria um *destado paraconstitucional*? O autor não descreve o que compreende com o termo. Ora, caso as interpretações do STF que densificam e explicitam o conteúdo das normas constitucionais fossem de natureza distinta daquelas, simples leis ordinárias poderiam reverter as interpretações feitas pelo STF (não por outra razão, quando a Corte Suprema realiza uma interpretação que o Legislativo discorda, o mesmo lança mão de emendas à constituição, como, por exemplo as Emendas Constitucionais de nº 20/98, 29/00 e 39/02). Por fim, existem normas constitucionais que não são interpretadas pelo STF, mas nem por isso deixam de ser interpretações corretas sobre as normas constitucionais, na medida em que o Tribunal não é o único intérprete da Constituição. Podemos falar, inclusive, de acordo com Gerhardt (2008, p. 111-112), de precedentes não judiciais, uma vez que a observação do precedente apenas do ponto de vista da corte suprema é incompleta. A análise desses precedentes aprofunda a compreensão dos precedentes judiciais e devem ser incluídos no léxico do direito constitucional. Para o autor norte-americano, são precedentes não judiciais quaisquer julgamentos constitucionais passados feitos fora das Cortes nos quais as autoridades públicas tentam revesti-lo de autoridade normativa. Reconhecer os precedentes não judiciais é importante para afastar as queixas de arrogância do judiciário, pois a Corte não é suprema no reino do direito constitucional em geral, mas apenas dentro da sua (ampla) jurisdição.

⁹⁵ No mesmo sentido, as justificativas do Senador Ronaldo Cunha Lima (1999, p.114) na PEC nº 54/95.

Alves Ferreira (2003, p.140-141) o legislativo não está contemplado como destinatário do efeito pelas normas legais pertinentes⁹⁶. O que possibilita que o legislador edite normas de conteúdo material idêntico ao da norma anteriormente declarada inconstitucional, neste sentido, julgou o Tribunal:

A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão." (Rcl 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-05, DJ de 20-5-05).

Embora o entendimento reiterado do STF, na doutrina há autores que entendem que existe vinculação do legislador ao efeito vinculante. Alexandre de Moraes (2005, p.684), por exemplo, salienta que o legislativo não poderá editar normas de idêntico teor daquelas declaradas inconstitucionais, bem como norma derogatória ou mitigadora das decisões do STF.

2.2 - A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES: os limites objetivos do Efeito Vinculante.

O efeito vinculante possui destinatários específicos, o que limita sua incidência a sujeitos determinados. Dessa forma, de acordo com a dicção do art. 102, § 2º da CF/88, apenas o Poder Judiciário (excluído o STF) e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal estão vinculados às decisões de mérito do STF em ADI, ADC e ADPF. Todavia, é válido ressaltar que, tanto a CF/88, quanto as leis 9.868/99 e 9.882/99, não tratam, de forma explícita, acerca da parte da decisão que gera efeitos vinculantes. Portanto, para perquirir sobre as premissas desta teoria, é necessário delimitar a natureza do efeito vinculante, assim como sua distinção do efeito *erga omnes* e da coisa julgada.

⁹⁶ Uma preocupação constante, compartilhada pelos congressistas que estavam envolvidos com os projetos relativos ao efeito vinculante, era a certeza da não vinculação do legislativo (CUNHA, 1999, p. 93). É importante observar tal característica da vinculação formal constitucional brasileira: o efeito vinculante não alcança o legislativo. Como vimos acima, além de ser uma interpretação constante na doutrina, trata-se de posição sedimentada no STF, o que contraria os argumentos, especialmente de Gilmar Mendes, de que nosso efeito vinculante deve ser estudado na linha do *bindungswirkung* do direito alemão, que, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, vincula o legislativo. Nesse sentido, ver sentença nº 01, em Bund/Länder-Streitigkeiten (controvérsias entre os entes da federação), datada de 23/10/1951, onde o tribunal assentou que os fundamentos da sentença vinculam todos os órgãos constitucionais da federação, de tal maneira que não será possível expedir uma lei federal com o mesmo conteúdo no futuro.

Breve distinção entre efeito vinculante, efeito erga omnes e coisa julgada

Para uma melhor delimitação acerca da natureza do efeito vinculante é necessário que se tracem algumas distinções entre aquele, a eficácia *erga omnes* e a coisa julgada. Com efeito, caso interpretemos de forma literal o art. 102, § 2º da CF, o legislador constituinte reformador parece ter distinguido o efeito vinculante do *erga omnes*, uma vez que afirma que as decisões de mérito do STF serão dotadas de sobreditos efeitos, separadamente. Por conseguinte, e uma vez que o efeito vinculante não se confunde com a coisa julgada, podemos inferir que os três são institutos que possuem definições e funções distintas.

Antes de prosseguir, é importante ressaltar dois pontos. Em primeiro lugar, a exposição de algumas considerações a respeito dos três institutos acima se faz necessária, para que tais posicionamentos possam ser discutidos com segurança, uma vez que, como vimos mais acima, quando trata do efeito vinculante a doutrina parte de pressupostos divergentes. Portanto, de pouca valia seria tratar do efeito *erga omnes*, por exemplo, sem delimitar o que depreendemos de seu conteúdo. Em segundo lugar, tais linhas são apenas afirmações críticas sobre aqueles institutos, longe de serem, por conseguinte, descrições definitivas e exaustivas dos mesmos.

A coisa julgada no processo civil ordinário, de acordo com Dinamarco (2005, p.326-327), é a qualidade da sentença que julgou a demanda. Trata-se de instituto de índole processual que visa gerar a segurança das relações jurídicas e prestigiar as decisões definitivas do Poder Judiciário em razão de sua imutabilidade. Ocorre após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, quando a decisão resta impassível de qualquer impugnação.

No entanto, a característica referenciada acima deve ser temperada no trato de questões que envolvem direitos fundamentais, ou seja, no trato da interpretação das mais importantes normas constitucionais. Raul Bocanegra (1981, p. 238) considera que a decisão sobre a natureza e alcance das sentenças constitucionais repercute na divisão de poderes do Estado, ou seja, o que nelas produz efeitos vinculantes e em que grau são um elemento essencial da estrutura político-constitucional de um país. Nesse sentido, a coisa julgada constitucional deve realizar a delicada tarefa de equilibrar a exigência de uma vinculação à jurisprudência da corte suprema, reforçando a segurança jurídica, sem deixar de se considerar a necessária abertura da Constituição às exigências cambiantes da realidade política e social (HERNÁNDEZ, 2004, p. 300)⁹⁷.

⁹⁷ Tal tensão pode ser expressa na possível aplicação do enunciado de súmula nº 343 do STF (Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de

O principal efeito da sentença é dirimir aquilo que é controverso e instável, atribuindo certeza ao direito, como pontuado por Dinamarco linhas atrás. Todavia, no âmbito da justiça constitucional, seu principal efeito seria condensar o julgado que determina se uma lei ou ato normativo está de acordo (ou não) com a Constituição e são termos que devem ser levados a sério em se tratando da estabilidade interpretativa das normas constitucionais.

Um dos resultados práticos da coisa julgada no processo civil ordinário é impedir que a questão seja novamente discutida no mesmo processo, em relação a um mesmo litígio ou caso julgado anteriormente (identidade de partes, de objeto, e da causa de pedir), bem como permitir que seja suscitada a exceção de coisa julgada, no caso de coisa julgada material (art. 301, § 3º do CPC). Tais constatações sobre a imperatividade e imutabilidade do disposto na sentença fazem sentido no processo civil, pois, conforme Jesus Hernández (2004, p.302), impediria a pacificação social por ele pretendida enquanto um dos seus escopos principais⁹⁸, caso não houvesse a definitividade dos pronunciamentos judiciais, essencial à justiça privada de cunho civil⁹⁹.

A natureza e os fins do processo civil não são os mesmos dos processos constitucionais e da jurisdição constitucional em um aspecto capital: o ponto de equilíbrio entre as exigências da segurança jurídica e os da justiça com outros princípios concorrentes¹⁰⁰. Mesmo em alguns processos que envolvam uma lide socialmente importante a toda uma coletividade, existe uma premissa política de fundo mais importante no processo civil que é a resolução de um conflito entre sujeitos (ainda que seja um processo coletivo) que

interpretação controvertida nos tribunais) à própria Corte que o editou. A jurisprudência do STF tem entendido que a súmula a ele não se aplica quando se tratar de matéria constitucional (*A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal*. ED no RE 328.821/AM, DJe 02/05/08, Gilmar Mendes).

⁹⁸ Dinamarco (2005, p. 146-147) aponta como um importante princípio legitimador do processo civil a pacificação da sociedade, mediante a eliminação dos conflitos com justiça, uma vez que a insatisfação pessoal com estados de injustiça tende a afetar o bem-estar da sociedade, com grandes possibilidades de expansão dos conflitos.

⁹⁹ A definitividade ínsita à jurisdição civil pode ser representada, em seu grau máximo, através do prazo decadencial para propositura da ação rescisória. Passado os dois anos previstos, o manto da coisa julgada se impõe sobre a decisão de forma inarredável (CPC, art. 495 e CFRB/88, art. 5º XXXVI). Todavia, tal pressuposto principiológico não opera, por exemplo, no direito criminal. A revisão criminal das sentenças condenatórias transitadas em julgado pode ser proposta a qualquer tempo, antes ou depois de extinta a pena (CPP, art. 622).

Portanto, não cabe quando ocorre uma sentença absolutória. Como afirma Tourinho Filho (1993, p. 478-479), os direitos envolvidos nas questões penais não são disponíveis, como no campo cível, e uma injustiça cometida nessa área, como a condenação de um inocente, afeta a sociedade e o apenado de maneira grave e irreversível.

¹⁰⁰ A resolução de contendas constitucionais com características de definitividade e vinculatoriedade são reflexos da posição institucional dos Tribunais Constitucionais (em nosso caso, da suprema corte), assim como de sua independência, isso impossibilita que existam pressões externas ao tribunal na resolução de conflitos constitucionais, caso suas decisões dependessem da chancela de algum dos poderes constituídos (BOCANEGRA, 1981, p. 247).

demandaram a prestação jurisdicional; no caso dos processos constitucionais, seus princípios são animados pela garantia da supremacia e funcionalidade da Constituição, especialmente, da garantia dos direitos fundamentais¹⁰¹.

Não por outra razão, é perfeitamente aceito pela doutrina e jurisprudência que o tribunal possa alterar os cânones interpretativos sustentados, tornando a linha divisória entre constitucionalidade e inconstitucionalidade bastante tênue e nada definida, não obstante a existência da coisa julgada.

A coisa julgada possui limites objetivos, ou seja, um dos elementos da decisão judicial torna-se revestido pelo manto da imutabilidade. A doutrina enfatiza que apenas a parte dispositiva da decisão faz coisa julgada, aduzindo Dinamarco (2005, p. 313) que *ôsamente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada materialö.*

No processo objetivo de controle de constitucionalidade, as decisões de mérito, ou seja, as que fazem coisa julgada material, não poderão ser objeto de recurso ou de ação rescisória, do que se depreende que, uma vez decidida a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma, tal decisão é impassível de reforma. Portanto, faz coisa julgada formal, na medida em que não poderá ser passível de impugnação no mesmo processo, bem como coisa julgada material, impedindo que a decisão seja questionada em qualquer outro processo. O que quer dizer, na linha do exposto acima, que somente a parte dispositiva do acórdão que julgou o mérito em ADI, ADC¹⁰² ou ADPF se revestirá do manto da imutabilidade, impedindo que uma mesma ação possa versar sobre o mesmo ato impugnado.

Como será exposto logo abaixo, tais considerações procedimentais típicas do processo civil ordinário devem se adequar à natureza especial de fiscalização de constitucionalidade, na

¹⁰¹ Não que o processo civil não seja importante para a concretização de direitos fundamentais, no entanto, nem todas as contendas civis envolvem tais direitos de forma mais direta e o que mais importa em tais procedimentos é que sejam reconhecidos direitos às partes, de acordo com o devido processo legal, ou seja, o reconhecimento de direitos em uma esfera individual, que, após seu reconhecimento, não podem ser alterados pelas sempre constantes alterações na interpretação constitucional, daí porque a coisa julgada nos procedimentos cíveis é, em si, um direito fundamental. Nem mesmo declarações de inconstitucionalidades posteriores, julgadas em processos objetivos, com eficácia *ex tunc*, decorrido o prazo da ação rescisória, podem ser contestadas com base na coisa julgada. Nesse sentido, RE 594.892/RS, decisão monocrática, DJe 04/08/2010, Rel. Celso de Mello e suas posições contrárias, ver nota 73, *supra*.

¹⁰² Ressalvado os entendimentos que consideram que nos julgamentos em ADC somente opera-se a formação da coisa julgada formal, ou seja, impedimento de discussão sobre o ato impugnado em um mesmo processo e aquele que compreende que a coisa julgada na ADC está submetida à cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Nesse sentido, como partidários da primeira tese Lenio Streck (2002, p. 613) e Luis Roberto Barroso (2009, p. 200), enquanto que, Gilmar Mendes (2005, pp. 363-364), da segunda. Essa é apenas uma das muitas diferenças entre ADI e ADC, demonstrando, ao contrário do que entende Gilmar Mendes (2009, 408), que ambas não são a mesma ação com ôsinais trocadosô. No intuito de confirmar a dificuldade, no âmbito do STF, em se considerar que a ADI e ADC são duas faces da mesma moeda, cf. o posicionamento do Min. Moreira Alves no AgR na Rcl. 1880/SP.

medida em que a coisa julgada material na ADI está íntima e logicamente ligada aos efeitos *erga omnes* que produz, sendo deles indissociável, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, na maioria das vezes que julga a ADI procedente¹⁰³, expurga do ordenamento jurídico o texto normativo, o que torna juridicamente impossível um pedido posterior em ADI baseado no mesmo texto legal, ou qualquer outra aplicação posterior do ato inconstitucional, tornando os limites conceituais de efeito *erga omnes* e coisa julgada bastante nebulosos.

Ainda assim, muito cuidado temos que ter ao manejar tal pressuposto de omissão legislativa negativa, ou seja, de que a decisão se assemelha a um ato legislativo de sinal contrário. O que atrai diversas críticas, pois as interpretações que se extraem de tais decisões não têm o nível e o valor de uma lei, o que conduz a ideia de que poderiam ser derogadas por uma lei ordinária¹⁰⁴, caso se iguale efeito *erga omnes* à força de lei, ademais a fundamentação da sentença, por sua natureza, é sempre constitucional.

Quanto à sujeição à coisa julgada, ou seus limites subjetivos, podemos afirmar que, em regra, limitam-se às partes que participaram da demanda (art. 472 do CPC). Contudo, o ordenamento, em leis especiais¹⁰⁵, determina a eficácia subjetiva da coisa julgada a todos, ou seja, até aos que não participaram da demanda. A possibilidade de atribuição a todos dos efeitos da decisão da coisa julgada, ou seja, da sua parte dispositiva, depende de disposição legislativa ou da natureza especial das ações. Desta forma, a eficácia *erga omnes* é um dos efeitos da coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade, estendendo seus efeitos a todas as pessoas que não participaram do processo (pensemos na declaração de

¹⁰³ Lembremos os casos de interpretação conforme a constituição.

¹⁰⁴ Existem exemplos clássicos sobre a questão no Brasil, e podemos citar o caso da taxação dos servidores públicos inativos por leis ordinárias, considerada inconstitucional pelo STF, que, posteriormente, altera sua posição após a edição da Emenda Constitucional nº 41/03 (para mais exemplos, ver nota 94 *supra*), que constitucionalizou a referida taxação (ADI 3.105/DF, DJ 18/02/05, Cezar Peluso). Não podemos deixar de lembrar, nesse momento, a preocupação de Conrado Hubner (2008, p. 163), que considera um perigo para a democracia o STF julgar inconstitucional uma emenda constitucional, o que levaria, de acordo com o referido autor, ao fechamento dos canais da interpretação constitucional, não restando mais aberto à deliberação política, na medida em que o pronunciamento judicial seria imodificável. Sobre a questão no direito norte americano, Gerhardt (2008, p. 49-50) aponta para a existência de um *stare decisis* constitucional, na medida em que, no decorrer do século XVIII a primeira decisão da Suprema Corte considerada um erro interpretativo (*chisolm v. Geórgia*), fora corrigida por emenda constitucional, a demonstrar que as lideranças nacionais da época reconheceram diferenças entre as adjudicações constitucionais e da *common-law*, pois recorreram a uma emenda e não a uma simples lei (*statute*). Além de mecanismos menos ortodoxos (alterações na jurisdição da corte, número de juízes etc.), os líderes nacionais reconheceram que a melhor forma de alterar precedentes constitucionais era influenciando na escolha dos juízes. Tal reforço das decisões constitucionais ganhou corpo ao longo do século XIX e XX, porquanto os juízes passaram a determinar que a um precedente constitucional deveria ser atribuída maior deferência, sendo defeso derogá-lo por qualquer razão conjuntural. Em nosso país, diferentemente da importante e louvável preocupação de Conrado Hubner, a modificação de entendimentos do STF por meio de Emendas Constitucionais é deveras constante e, ao menos em nosso país, não se apresenta como uma afronta à democracia, uma vez que o STF tende a concordar com as alterações dos parâmetros normativos constitucionais propostos por emendas constitucionais que divergem de suas interpretações. Nesse sentido, lembramos o exemplo citado no começo da nota.

¹⁰⁵ Com exemplos: a lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 16) e da Ação Popular (Lei 4.717/65, art. 18).

inconstitucionalidade de uma lei pelo STF em controle difuso: ainda que exista a coisa julgada, que submete o próprio, a decisão não se estende a todos, apenas às partes da demanda).

A discussão acerca dos efeitos *erga omnes* da declaração de (in)constitucionalidade em nosso país nunca foi um ponto pacífico ou unânime na doutrina e na jurisprudência. Por exemplo, antes da EC nº 16/65 criar a Representação de Inconstitucionalidade, ou seja, quando nosso modelo de controle se realizava apenas de maneira difusa, Lucio Bittencourt (1968, p. 99-145) compreendia que, por seguir o modelo americano, no Brasil, o judiciário não nulificava uma lei, apenas declarava sua nulidade, sendo que a revogação da lei seria consequência de sua inconstitucionalidade. Ressalta, ademais, que o efeito direto da coisa julgada que declara a inconstitucionalidade da lei opera *inter partes*, mas, indiretamente, quando ocorrerem situações idênticas, outra lei seria, indiretamente, anulada. Sua validade contra todos seria, por essa razão, uma repercussão indireta da sentença, ainda que fosse uma repercussão natural. Conclui o autor que a coisa julgada vale para as partes, mas todos os demais tribunais devem acatar a inconstitucionalidade, pois a decisão do judiciário seria definitiva e valeria para todos seus órgãos, como se tivesse a força de uma lei, mesmo que a lei declarada inconstitucional continuasse em vigor, pois o judiciário não a revogou, apenas declarou sua ineficácia. Para Lucio Bittencourt, portanto, o efeito *erga omnes* seria uma eficácia indireta da sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei, por se tratar de uma decisão transitada em julgado e que deveria ser acatada por todos os membros do Poder Judiciário, ainda que não fosse o caso de revogação da lei.

Após a criação da Representação de Inconstitucionalidade, o discurso acerca da eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade ganhou novos contornos. Themistocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 97-107) sustentava que, em razão da inexistência de partes no processo e da interpretação da Constituição ser em tese, a decisão valerá para todos, pois será declarada inconstitucional antes da configuração do fato ou da hipótese de incidência da lei. Portanto, para Cavalcanti, determinante para a eficácia *erga omnes* era a interpretação em tese, que anteciparia qualquer hipótese de incidência da lei, o que nos permite concluir que os efeitos *inter partes* da inconstitucionalidade se justificam, no controle difuso, por ser uma hipótese concreta de aplicação da lei.

O problema não encontrava solução uniforme no próprio STF. Inicialmente, o STF se posicionava no sentido de entender necessário a expedição da resolução suspensiva senatorial para que fosse atribuída eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas

em representações de inconstitucionalidade¹⁰⁶, a demonstrar que a eficácia contra todos da decisão de inconstitucionalidade nas representações não decorre, de forma tão óbvia, da suposta interpretação em tese de e/ou da inexistência de partes no procedimento.

Seu posicionamento apenas se alterou em 1977 quando, em procedimento administrativo (4.477/72), decidiu que não mais remeteria as decisões de inconstitucionalidade proferidas em Rp de Inconstitucionalidade ao Senado. Tratava-se de procedimento administrativo que tinha como origem divergência entre o artigo 180 do antigo regimento interno do STF (*Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição*) com o art 42, VII da EC nº 69 (*Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal: VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*). O STF entendia que o regimento não impunha comunicação ao Senado quando a inconstitucionalidade, no controle difuso, atingisse outros atos normativos diferentes da lei, ainda que de outras entidades federativas, tais como: portarias, resoluções e instruções normativas.

O Tribunal, capitaneado pelo Min. Rodrigues Alckmin, que, em parecer datado de 19/06/1974, sustentou a posição segundo a qual, no caso de ações diretas, seria desnecessária a resolução suspensiva, uma vez que as decisões funcionariam como um veto e que a declaração da lei inconstitucional em tese excluiria sua eficácia¹⁰⁷.

Logo após 1988, as dúvidas quanto à natureza da eficácia *erga omnes* permaneceram. Ives Gandra Martins, por exemplo, ao discutir acerca do efeito *erga omnes* na ADC, criticou sua previsão no texto constitucional, uma vez que se tratava de um efeito, que segundo o

¹⁰⁶ Neste sentido, transcrevem-se excertos de voto do Min. Thompson Flores que confirmavam a necessidade de encaminhamento ao Senado da decisão de inconstitucionalidade em sede de Representação, *verbis*: *Destarte, mesmo considerando que a representação configure procedimento complexo, no qual a parte dominante cabe ao Supremo Tribunal Federal e a parte final ao Senado Federal, (...), ainda assim admito, em tese, o adiantamento da prestação jurisdicional(...). É que, sendo irreversível a decisão que venha a declarar a inconstitucionalidade, e sendo compulsório o seu cumprimento pelo Senado, no que pertine a suspensão, não se explicaria a admissão em tal oportunidade que continuasse o preceito legal a comportar execução, ao menos de parte do órgão de onde promanou* (STF, Pleno, Rp ó MC 933/RJ, DJ 26/12/1976, Rel. Thompson Flores).

¹⁰⁷ Aderiram ao parecer do Min. Alckmin os Ministros Oswaldo Trigueiro, Luis Gallotti, Eloy da Rocha. Os Ministros Moreira Alves, Xavier Albuquerque e Thompson Flores mantiveram seus entendimentos restritos ao problema que originou o processo administrativo e consideraram que, como a regulamentação da representação de inconstitucionalidade na Constituição falava em lei ao ato normativo, ou seja, de uma regulamentação mais restrita e o artigo que tratava da resolução suspensiva falava em lei e decreto, não se trataria de enviar ao Senado todas as declarações de inconstitucionalidade que envolvessem atos normativos que não fossem decretos. Mais importante é salientar o lapso temporal de quase 12 anos que separa a edição da EC nº 16/65 e a decisão no Processo Administrativo 4.477/1972, a fim de afastar quaisquer justificativas de obviedade acerca do tema.

autor, não era nem mesmo, consensualmente, reconhecido à ADI (MARTINS; GARCIA, 1995, p. 130). Hodiernamente, ainda que não se discuta mais a respeito de sua existência, em face da atual redação constitucional, a conceituação do instituto não é unânime.

Luis Roberto Barroso (2009, p.197), por exemplo, lembra que, no controle concentrado, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada opera em função da legitimação extraordinária prevista pela lei, que considera os legitimados a propor a ação como substitutos processuais dos autores da demanda, que, neste caso específico, seria a sociedade na defesa do ordenamento jurídico e da higidez constitucional. Trata-se, portanto, de uma consequência processual¹⁰⁸. As considerações do autor se fazem pertinentes, uma vez que, dificilmente, poderemos igualar nossa eficácia *erga omnes* à força de lei alemã ou espanhola, por exemplo. Isto porque, nosso ordenamento prevê aquela eficácia às decisões de procedência em ADC, quando nada ocorre com a força da lei declarada constitucional (ela não se torna uma lei mais forte que as demais). A procedência da ADI e da ADC são situações diversas e devem ser tratadas de forma diversa.

Por ora, consideraremos que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Tribunal retira do ordenamento jurídico o ato normativo inconstitucional. Portanto, em se tratando de órgão do poder judiciário, os julgados do STF estão submetidos, igualmente, ao chamado regime da preclusão máxima inerente a todo ordenamento jurídico pátrio¹⁰⁹, desta forma, as decisões tomadas no controle concentrado de constitucionalidade fazem coisa julgada, seja material ou formal, e os efeitos da coisa julgada incidem para todos. O tribunal, por essa razão deve respeitar suas decisões, através da coisa julgada, portanto, limitada à parte dispositiva e não as suas razões (BOCANEGRA, 1981, p. 262), ou seja, o respeito ao resultado do processo, mas não às razões de decidir é um fenômeno que apenas se explica por essa categoria processual. Tal incidência, hodiernamente, possui guarida constitucional (art. 102, § 2º, com a redação dada pela EC nº 45/04).

Na linha do exposto, podemos acrescentar que a coisa julgada material oponível *erga omnes* no controle concentrado impede que qualquer legitimado a propor a ação possa questionar, novamente, o ato em uma nova ação, bem como acrescenta a impossibilidade de aplicação do ato normativo expulso do ordenamento por quaisquer poderes da República e

¹⁰⁸ A referida conceituação, ainda que semelhante, não se identifica com aquela apresentada por Regina Nery (1999, p. 172-183), para quem, como o julgamento da lei é feito em tese, deve se estender sua inconstitucionalidade a todas aquelas situações em que a mesma for aplicada, portanto, como é imutável a decisão que declarou a invalidade normativa, o efeito *erga omnes* da sentença impõe sua irreversibilidade por terceiros, por não terem legitimidade como parte para alterar aquela decisão.

¹⁰⁹ A atribuição de coisa julgada às decisões determina que estas emanam de um verdadeiro órgão judiciário, mesmo nas ações constitucionais concentradas (BOCANEGRA, 1981, p. 255). No mesmo sentido, cf. Alexandre Câmara (2001, p. 06).

particulares (o que não ocorre, necessariamente, com a declaração de constitucionalidade da lei, que impediria a proposição de ADC, por parte dos demais legitimados, apenas enquanto se mantiver o estado normativo declarado como constitucional).

Neste diapasão, conforme se pode depreender do disposto no art. 28 da lei 9.868/99, art. 11 da lei 9.882/99 e do art. 102 , § 2º da CF/88, o legislador estabeleceu diferenças entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pois, conforme acentua Olavo Ferreira (2003), o efeito vinculante é mais abrangente, do ponto de vista objetivo, do que o *erga omnes*, na medida em que possibilita, no caso de descumprimento de decisão dotada de vinculatidade, a interposição de reclamação diretamente ao STF, sendo desnecessária a via do Recurso Extraordinário, o que seria impossível somente em face do efeito geral da coisa julgada. No entanto, o efeito vinculante é subjetivamente mais limitado, ao passo que apenas vincula o judiciário e a administração pública, excluídos o legislativo e os particulares¹¹⁰. Do mesmo modo, o legislativo estaria submetido ao efeito *erga omnes*, no sentido de confirmar a inconstitucionalidade da lei e sua nulidade, mas não se submete ao efeito vinculante.

A Teoria da Transcendência dos Fundamentos determinantes e sua Aplicação no Brasil

Consoante o exposto alhures, dentre os inúmeros mecanismos utilizados pelo STF que visam articular os controles concentrado e difuso de constitucionalidade, bem como garantir a aplicação da sua jurisprudência constitucional, podemos destacar que a aplicação da Teoria da Transcendência dos Fundamentos Determinantes fora um exemplo das consequências da expansão do efeito vinculante às decisões plenárias exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a referida teoria, o limite objetivo do efeito vinculante, para o ordenamento jurídico pátrio, não estaria adstrito à parte dispositiva do acórdão, mas transcenderia aos fundamentos determinantes da decisão de mérito no controle concentrado. Nesse sentido, os fundamentos determinantes em uma decisão se caracterizariam como a *ratio decidendi*, distinguindo-se, por óbvio, das coisas ditas de passagem (*obiter dicta*) no julgamento de uma causa. Em síntese, a teoria visava atribuir efeito vinculante aos motivos (às razões da decisão) que determinaram o julgamento de mérito no controle concentrado de constitucionalidade (inclusive às decisões cautelares, que são dotadas desse efeito).

¹¹⁰ No mesmo sentido, ainda que versando sobre o efeito vinculante na Espanha, ver Jesus Hernández (2004, p. 305).

Expostos os fundamentos da teoria, indaga-se: seria viável sua aplicação em nosso país?

Para responder essa pergunta, devemos passar por algumas questões pontuais. Em primeiro lugar, razões de conformidade processual. As razões de um julgado, via de regra, não fazem coisa julgada, portanto, não vinculam. Todavia, esta disposição processual deve ser interpretada adequadamente para o controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que se tratam de processos de natureza objetiva que possuem uma função político-institucional diferenciada daqueles procedimentos regulamentados, ordinariamente, pelo Código de Processo Civil. Nesse sentido, alguns institutos processuais típicos do processo civil comum são adaptados (ou mesmo, remodelados) para as ações constitucionais que desafiam o controle concentrado do STF.

Como exemplo, podemos citar as condições da ação. Nos processos objetivos abstratos não se exige a demonstração do interesse de agir¹¹¹, justamente em razão da função de proteção da higidez constitucional inerente a estas ações, ou seja, a exigência da referida condição é mitigada em favor dos objetivos a serem alcançados pela ação. Do mesmo modo, os elementos da ação, segundo sua conformação do processo subjetivo, são redefinidos com o fito de dar concretude à defesa das normas constitucionais, pois as causas de pedir nas ações do controle concentrado não se restringem àquelas apresentadas pelo autor, sendo possível ao STF buscar outras que sejam mais consistentes e suficientes para atacar ou defender o ato impugnado¹¹².

Como observado, os institutos do processo civil subjetivo não devem ser interpretados de forma a serem óbices ao efetivo papel a ser cumprido pelas ações constitucionais do controle concentrado, incluindo, portanto, a noção dos limites objetivos do efeito vinculante.

O posicionamento da doutrina.

Ainda que seja escasso e incipiente o estudo do fenômeno da transcendência no Brasil, alguns poucos doutrinadores se ocuparam do assunto, a fim de atribuir uma justificativa para

¹¹¹ Este entendimento dever ser tomado com ressalvas. Dizer que os legitimados a propor as ações do controle concentrado estão dispensados de demonstrar qualquer interesse, bem como que sua intenção sempre seria a defesa da Constituição, sem visar benefícios próprios, seria uma afirmação vazia e nem sempre correta. Não obstante o caráter objetivo, o STF limita a possibilidade de interposição de ADI e ADC (consecutivamente à ADPF) para determinados legitimados. O Tribunal exige a chamada *opertinência temática* aos legitimados especiais (os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Nesse sentido, Cf. ADI-MC 305/RN, DJ 06/05/1994.

¹¹² Cf. debates na ADI nº 2.591/DF.

sua ocorrência em nosso país. Gilmar Mendes foi quem primeiro tratou do assunto, logo após a criação do efeito vinculante com a EC nº 03/93. Segundo Gilmar Mendes (1995), ancorado em forte doutrina alemã, o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão e transcende aos fundamentos determinantes (*trangende grunde*), não alcançando, todavia, os ditos marginais do acórdão (*obiter dicta*)¹¹³.

Para fundamentar seu posicionamento, o autor utiliza o entendimento da Corte Constitucional Alemã¹¹⁴ que, ao interpretar o art. 31, § 1º da Lei Orgânica do referido Tribunal, assentou que o efeito vinculante possui uma abrangência maior que da coisa julgada e a decisão não resolveria apenas o caso singular, mas conteria prescrições sobre a Constituição que poderiam ser utilizadas para o futuro. Ressalta, ainda, que esta foi a intenção do legislador ao editar a lei orgânica da Corte alemã, ao dar força vinculante aos seus entendimentos e aplicá-los a casos futuros, através do que chamou de *õnorma decisõria concretaõ*. Lembra da concepção de Vogel, que estendia a qualidade da coisa julgada à norma concreta de decisão, sendo a ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, se concebida de forma geral, permite a decisão de casos futuros, desse modo, o efeito transcendente diz respeito à norma abstrata que da parte dispositiva se extrai, ou seja, à proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação é constitucional ou inconstitucional, e não apenas aquela que foi objeto de pronunciamento (MENDES, 1999, p. 444-451). Conclui que esta deveria ser a orientação adotada no Brasil, em face do que previa a exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional elaborada por Roberto Campos (MENDES, 1995, p.101-104)¹¹⁵.

¹¹³ Clémerson Cléve (2000, p. 267-307) compreende que a transcendência dos fundamentos determinantes impede que o legislador edite ato que contrarie a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição e que se trata de um meio eficaz para que as decisões sejam acatadas, mas reconhece que o texto constitucional não contemplou tal possibilidade porque a Constituição se refere, textualmente, à *õdecisãoõ*.

¹¹⁴ A tese da transcendência, como sustenta Stiefman Leal (2006b, p.119), não é aceita de forma unânime pela doutrina alemã.

¹¹⁵ *õAlém de conferir eficácia -erga omnes- às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente Proposta de Emenda Constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito Processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe).õA declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado -A-õ o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado -B-õ ou -C-õ (cf. Christian Pestalozza, õComentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)õ, in Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht), 2a ed., Munique, Verlag C.H. Beck, 1982, pp. 170-171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a*

Outro autor que analisou a questão dos limites objetivos do efeito vinculante foi Olavo Alves Ferreira (2003, p.150-153), afirmando que o legislador optou pela transcendência dos fundamentos determinantes nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade. Para fundamentar seu posicionamento, o autor argumenta, com base no art. 28 da lei 9.868/99, que prevê a interpretação conforme a constituição dotada de efeito vinculante, que não haveria motivos para excluir a vinculação das motivações de outras decisões que igualmente interpretem a Constituição.

O autor lembra, para complementar seus argumentos, o art. 10 da lei 9.882/99 que estatui, textualmente, que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental de maneira geral e com efeito vinculante. Por conseguinte, os fundamentos utilizados para interpretar o preceito fundamental transcenderiam para alcançar outras situações que descumpram preceitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2004) é, também, partidário da adoção da teoria dos fundamentos determinantes no Brasil. Segundo o autor, esta teoria serviria de fundamento para impedir que o legislador editasse novas normas com idêntico conteúdo daquelas anteriormente declaradas inconstitucionais, ou ainda, normas que pudessem convalidar os efeitos da norma anteriormente declarada inconstitucional (MORAES, 2004, p. 2.455).

Contrário ao referido posicionamento, Juliano Bernardes (2004, p. 415-422), com base no princípio da congruência, ou seja, aquele que confere a íntima relação entre a sentença em face do pedido inicial, assevera que o Tribunal apenas poderia fiscalizar os atos impugnados pela inicial, pois, de acordo com referida teoria, decorre a extensão da fundamentação a normas que não foram impugnadas no pedido inicial, portanto seria um alargamento em demasia do poder de controle do órgão competente, ou seja, aquele controlaria a constitucionalidade de uma norma, sem que tivesse sido provocado ou investido em legitimidade para tanto.

O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A primeira vez que o plenário¹¹⁶ do STF teve a oportunidade de se debruçar a respeito da teoria ocorreu nos autos da Rcl. 1.987/DF, da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, em

diferença entre ele e a eficácia seja inter partes ou erga omnes) (Proposta de Emenda Constitucional n. 130/92, DCN-1, 2.9.92, p. 19.956, col. 1). Vale ressaltar, como lembrado pelo próprio Gilmar Mendes (1995, p.79), que foi inspirado em pesquisa feita por ele e Ives Gandra Martins que o Deputado Roberto Campos apresentou a PEC nº 130/92.

¹¹⁶ Há de se ressaltar a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes na Rcl 2.126/SP, DJ 18/08/2002, que

01/10/2003. O caso versava sobre o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas alimentares de natureza trabalhista, em confronto com o que dispunha o § 2º do art. 100 da CF/88¹¹⁷. No caso, a Juíza Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região determinou o sequestro de verbas públicas do Estado membro, na medida em que houve falta de pagamento de precatórios vencidos.

Aduziu-se, na reclamação, afronta ao decidido pelo STF na ADI nº 1662/SP. Naquela ADI, o ato atacado fora instrução normativa do TST (IN nº 11/97), que equiparava à hipóteses de preterição a não inclusão na lei orçamentária e o pagamento inidôneo do precatório devido, como capazes de possibilitar o sequestro de verbas. O STF decidiu que, mesmo com a superveniência da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, não houve a criação de nova modalidade de sequestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra que era imposta pela antiga redação do artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autorizava somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da aludida instrução normativa do TST.

O Ministro relator da reclamação considerou que, mesmo que o ato impugnado fosse diferente (no caso da ADI paradigma, a Instrução normativa do TST; na Reclamação, decisão da Presidente do TRT da 10ª Região), a circunstância fática que o embasava era a mesma da decisão reclamada, uma vez que desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADI, que possuía efeito vinculante, pois julgada no mérito. Aduziu, ainda, o relator, que a regra é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela corte, não o texto normativo em sentido estrito, daí transcender o efeito vinculante à fundamentação. Ou seja, para o ministro, a norma jurídica a ser aplicada e dotada de eficácia vinculante é aquela extraída da interpretação que o STF realizou do texto normativo da Constituição, no sentido de impedir que fossem criadas, por via oblíqua, novas possibilidades de sequestro de verbas diferentes daquelas previstas constitucionalmente.

Com o passar dos anos (2003-2009), várias foram as decisões do STF, sejam em decisões monocráticas, sejam em acórdãos do plenário que, ora aceitaram a teoria¹¹⁸ e ora a

aplicou a teoria para conceder a medida cautelar.

¹¹⁷ Art. 100, § 2º *As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito* (de acordo com a redação do artigo antes da EC 62/09).

¹¹⁸ RelóMC 2.986/SE, DJ 18/03/2005; Rel. 2.363/PA, DJ 23/10/2003 e Rel.-MC 3.880/SE, DJ 18/11/2005.

rejeitaram¹¹⁹, porquanto ainda não houvera manifestação definitiva da corte sobre o tema¹²⁰. Todavia, podemos observar que, com vistas a dar fim à divergência anterior, o tribunal chegou a um breve consenso entre 2009/2010: afirmava que o plenário ainda não havia se pronunciado sobre a aplicação da teoria. Vale salientar que o STF, através desse posicionamento, não rejeitou por inteiro a teoria, assim com não determinou sua aplicação sem que fossem determinados alguns parâmetros de aplicação.

Sem embargo de outras de igual teor¹²¹, decisão monocrática, da relatoria da Min. Ellen Gracie, condensa, sucintamente, as premissas da teoria, bem como resume o referido entendimento do STF em relação ao tema no ano de 2009:

Todavia, ainda que assim não fosse, cumpre-se assinalar que melhor sorte não teria o reclamante no presente caso. É que não é cabível a aplicação da denominada Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, como quer o reclamante. Nesse sentido destaco os trechos das seguintes decisões proferidas por eminentes Ministros desta Corte, verbis: o(...) 10. O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. 11. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade perfeita entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. (...)ö (Reclamação 6.495/SP, rel. Min. Eros Grau, DJE 04.12.2008, destaquei) o(...)ö, o(...) Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas). Quero dizer, com isso, que a transcendência dos motivos determinantes não autoriza o manejo de reclamação constitucional, mais ainda quando tal teoria não tem pacífico acolhimento neste Supremo Tribunal. (...)ö (Reclamação 7.336/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJE 03.02.2009). (STF, Rcl 5.241/AL, DJe 07/08/2009, Min. Ellen Gracie).

No entanto, nos autos da Rcl. 3014/SP, DJe 21/05/2010, o plenário, por apertada maioria, entendeu inaplicável a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Tratava-se de decisão reclamada do TRT da 15ª Região que afastou lei municipal para adotar o valor da Requisição de Pequeno Valor previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sustentava o município reclamante que na decisão da ADI 2868/PI o Tribunal teria firmado o entendimento de que os municípios poderiam dispor sobre os valores das requisições de acordo com suas possibilidades orçamentárias, sem vínculo com o valor

¹¹⁹ Rcl-MC 9.413/SP, DJe 01/12/2009; Rcl 9.125/BA, DJe 16/10/2009; Rcl-MC 4.614/RS, DJ 16/10/2006 e Rcl 2.990-AgR/RN, DJE 14/09/2007. Este último acórdão é interessante, pois, ainda que não tenha sido debatida nos autos, mas apenas suscitada de forma indireta, a ementa apresenta que o plenário havia rejeitado a aplicação da teoria, ainda que em decisões posteriores alguns ministros adotaram a mesma: *I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovisionamento. Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (grifos nossos) (RCL 2475-AgR, j. 2.8.07).*

¹²⁰ O posicionamento do plenário seria, inicialmente, sabido na Rcl. 4.219/SP, contudo, em razão do falecimento da parte interessada, o processo foi extinto sem julgamento do mérito.

¹²¹ Nesse sentido, ver: Rcl. 8.470/DF, DJe 26/06/09; Rcl 7.905/RN, 08/05/2009; Rcl 7.280-MC/SP, DJe 12/12/2008; Rcl 7.808/MT, DJe 12/03/09 e Rcl 7.956/RN, DJe 15/04/2009. Rcl. 8.108/RO, DJe 20/10/2009; Rcl. 8.471/RS, DJe 05/10/2009; Rcl. 8.178/RN, DJe 06/10/2009; Rcl 9.652/PB, DJe 18/12/2009; Rcl 5.783/CE, DJe 11/11/09.

mínimo previsto no ADCT. Considerou o relator, Min. Ayres Britto que, no julgamento do precedente paradigma, não foi objeto de deliberação a questão relacionada à distribuição dos RPV serem em forma, necessária, de salários mínimos, apenas a possibilidade de sua determinação pelas leis estaduais e municipais em patamar inferior ao da ADCT. Partindo dessa premissa, julgou que não existia identidade de objetos entre a decisão reclamada e a decisão dotada de efeitos vinculantes, porque os fundamentos determinantes não vinculam, pois a fundamentação da decisão reclamada afirmava que deveria haver vinculação legislativa ao salário mínimo, questão não decidida no acórdão paradigma. Ademais, reforçou que o reclamado afastou a lei municipal pela sua não vinculação ao fixar a RPV em salários mínimos, não por tal estar aquém do *quantum* constitucional¹²².

2.3 - A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: breve histórico e natureza jurídica.

Hodiernamente prevista na Constituição de 1988 no seu art.102, I, I, a reclamação Constitucional do direito brasileiro¹²³ vem, nos últimos anos, crescendo em importância no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, em especial por seu imprescindível papel como garantidor da supremacia das decisões do STF dotadas de efeito vinculante¹²⁴.

¹²² Após o julgamento da referida Reclamação, outras que atestaram a rejeição da teoria foram as que seguem: Decisão Monocrática na Rcl 10.501/RO, DJe 13/10/2010, Rel. Ayres Britto, que afirmou: *“a aplicação (da teoria da transcendência dos motivos determinantes) implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo”*. Na Decisão Monocrática na Rcl. 4.090/PI, DJe 14/10/2010, o relator, Min. Joaquim Barbosa, reiterando a rejeição da teoria pelo plenário da corte, ponderou: *“a reclamação constitucional possui rito abreviado, de instrução restrita e que dispensa a notificação de eventuais interessados. Portanto, para assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa, é inadequado elastecer o campo de questões controvertidas, admissível com o objetivo de exame original e inovador, para abarcar assuntos que não foram expressamente examinados pelo precedente tido por violado. Assim, a reclamação pressupõe estrita pertinência entre o que decidido no precedente cuja autoridade se entende violada e o ato-reclamado”*. Decisões Monocráticas nas Reclamações 10.496/CE, 10.538/CE, 10.547/CE, 10.611/GO, todas publicadas no DJe 01/10/2010 e Relatadas pela Min. Ellen Gracie; AgR na Rcl 4.875/SP; AgR na Rcl 6.319/SC; AgR na Rcl 4.911/SC, e AgR na Rcl 8.175/RN, todas publicadas no DJe 06/08/2010 e relatadas pelo Min. Eros Grau; decisão monocrática na Rcl 10.266/SP, DJe 28/09/2010, Rel. Marco Aurélio; decisão monocrática na Medida Cautelar na Rcl. 7.957/RN, DJe 08/09/2010, Rel. Celso de Mello.

¹²³ Gisele Góes (2009, p. 561), ao comparar este instituto com outras medidas processuais de mesmo nome, ou de características semelhantes, chega a conclusão de que não existe nenhum instituto similar nas legislações constitucionais ou infraconstitucionais estrangeiras. Anteriormente, Marcelo Dantas (2000, p. 385) havia chegado à mesma conclusão.

¹²⁴ Considerando como marco inicial a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 1993 (antes do efeito vinculante, portanto) foram protocoladas 17 Reclamações Constitucionais, distribuídas 105 e julgadas 114. De 1993 a 1999, data da promulgação da lei 9.868/99, que estendeu o efeito vinculante às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, foram protocoladas 193 Reclamações, distribuídas 280 e julgadas 430. De 2000 até 2006, período de consolidação do efeito vinculante pela jurisprudência do STF, que permitiu o manejo do mecanismo processual por qualquer interessado que tivesse direitos violados por decisões que afrontassem o paradigma

Esta medida processual constitucional teve sua origem, conforme informa Gilmar Mendes (2007, p.177), na construção jurisprudencial feita pelo STF para garantir a autoridade de suas decisões, construção consubstanciada na teoria dos poderes implícitos imanentes ao Tribunal.

O instituto foi previsto, institucionalmente, pela primeira vez, no regimento interno do STF em 02/10/1957, com proposta feita pelo Ministro Ribeiro da Costa, tendo sido justificado como a medida processual de caráter disciplinar e correcional, com finalidade de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados do STF (PACHU, 2004 p.156).

Esta emenda regimental, que nasceu sob o pálio da Constituição de 1946, teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que a referida Constituição não outorgava poderes legislativos ao STF para regulamentar os processos e feitos de sua competência originária. O que somente viria a acontecer com a Constituição de 1967 e suas subsequentes emendas (Emendas Constitucionais nº 1/69 e 7/77), que autorizavam ao Tribunal, através de seu Regimento Interno, a dispor sobre os processos e feitos de sua competência originária, espancando, desta forma, quaisquer dúvidas sobre a inconstitucionalidade da Reclamação¹²⁵.

A nova ordem constitucional consagrou a Reclamação pela primeira vez no texto de uma Constituição brasileira. O instituto reclamatório encontra sua atual regulamentação na lei 8.038/90, sem prejuízo do que dispõe o Regimento Interno do STF e a construção jurisprudencial feita em torno do instituto.

*Natureza Jurídica*¹²⁶.

vinculante (Rcl 1.880/SP), a regulamentação da ADPF, passando pelas reformas trazidas pela EC nº 45/04 até a lei que instituiu a súmula vinculante, foram protocoladas 301 Reclamações, distribuídas 2.888 e julgadas 4.161. De 2007 a 2011, temos a edição da lei sobre Súmulas Vinculantes, que permite a proposição da Reclamação Constitucional no caso de não aplicação da súmula ou equívoco na sua interpretação, bem como as alterações advindas pela Repercussão Geral, foram protocoladas 6.348 Reclamações, distribuídas 6.216 e julgadas 9.766. Como podemos observar dos números, dispostos nestes 04 períodos de 05 anos (em média), a quantidade de Reclamações Constitucionais aumentou exponencialmente. Os julgamentos englobam decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos) e os dados utilizados foram atualizados até 28 de fevereiro de 2011. Fonte: Portal de Informações Gerenciais do site STF (www.stf.jus.br).

¹²⁵ Sobre a arguição de inconstitucionalidade da Reclamação, é oportuno transcrever excerto do relatório do Min. Djaci Falcão, no julgamento da Rp 1.092/DF, DJ 31/10/1984: *“não é mais de discutir-se sobre a inconstitucionalidade do instituto, matéria que serviu de campo para dissertação polêmica, de alto interesse doutrinário e prático. O texto magno, no art. 115, Parágrafo Único, letra c, da Constituição de 1967, reproduzido pelo artigo 120, Parágrafo Único, letra c, da mesma Constituição, segundo a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, na inteligência que lhe deu este Tribunal, afasta de vez a questão.”*

¹²⁶ No intuito de evitar a transcrição do posicionamento de cada autor que discutiu a natureza jurídica da Reclamação, assim como sua justificativa, transcreve-se acórdão da lavra do Min. Celso de Mello que resume, de forma substancial, a questão: - **RECLAMAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - ALEGADO DESRESPEITO A AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF - INOCORRENCIA - IMPROCEDENCIA**. - *A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê - Ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-*

Discutir sobre a natureza jurídica de determinado instituto é, ao fim e ao cabo, perquirir em que parte da dogmática jurídica está inserto, no intuito de extrair seu regime jurídico, bem como as regras e princípios que o fundamentam. Nesse sentido, para buscar a natureza jurídica da reclamação, cumpre fazer um breve apanhado sobre o entendimento doutrinário sobre a matéria.

De pronto, conforme assevera Marcelo Dantas (2000, p. 438-439), afasta-se a natureza meramente administrativa da medida reclamationária, e ratifica-se sua posição como medida jurisdicional, uma vez que as decisões em sede de reclamação são passíveis de alterar decisões tomadas em processos jurisdicionais, importando na cassação da decisão exorbitante do julgado do STF ou a determinação de qualquer medida apta e eficaz para preservação de sua competência (art. 17 da lei 8.038/90).

Consequentemente, depois de afirmada a feição jurisdicional do instituto (o que acaba por distingui-lo, portanto, da correção parcial¹²⁷), cumpre perquirir se a reclamação seria recurso ou ação autônoma¹²⁸. Com contundentes argumentos, afasta-se a natureza recursal da reclamação, uma vez que os recursos visam impugnar decisão judicial pretendendo-lhe a reforma ou invalidação, diferentemente do instituto em apreço, que tem como escopo preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões, conforme expõe Nelson Nery (2004, p.116). Para confirmar seu posicionamento, o autor lança mão de exemplo categórico a respeito do tema: na hipótese de conflito de competência indevidamente suscitado no STJ, quando deveria ser processado no STF, caberá reclamação ao STF, independentemente de qualquer decisão judicial, prazo ou atenção a pressupostos recursais

548; Alcides de Mendonca Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), *remédio incomum (Orosimbo Nonato, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragao, "A Correção Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcao, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "l") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f"). (...)*

¹²⁷ De acordo com Didier (2007, p.374), esta medida administrativa, que visava apurar atitude tumultuária do juiz impassível de recurso, era bastante utilizada no processo civil sob o regime do CPC de 1939, uma vez que nem todas as decisões interlocutórias eram recorríveis. Complementando o exposto, Gisele Góes (2009, p. 556) ressalta que a correção parcial é uma medida de caráter administrativo, podendo ser instaurada de ofício, enquanto a reclamação, instituto de cunho judicial, é somente cabível pelos interessados na demanda.

¹²⁸ Gisele Góes (2009, p. 560), seguindo os passos de Dinamarco (2002), afirma que a reclamação é remédio processual sem natureza recursal, ou melhor, uma garantia constitucional processual, uma vez que se necessita de um remédio efetivo para o resguardo do direito. Com as devidas vênias aos eminentes autores, não podemos deixar de concordar com Marcelo Dantas (2000, p. 432), no ponto, uma vez que classificações da reclamação como remédio incomum ou garantia constitucional processual não passam de pseudodefinições que não especificam nada, com expressões vazias de sentido processual que não ajudam na melhor compreensão do instituto.

(NERY, 2004, p.117).

Afastada a natureza recursal da Reclamação, esta se afigura vinculada à jurisdição contenciosa¹²⁹ como uma ação autônoma, uma vez que nela estão presentes os elementos da ação¹³⁰, quais sejam: a) partes - reclamante e reclamado; b) pedido - que se consubstancia na restituição da competência do STF ou na manutenção da autoridade de seus julgados e c) causa de pedir - que nada mais é do que a decisão jurisdicional inferior hierarquicamente ao STF que descumpriu suas decisões ou usurpou de sua competência¹³¹.

A posição do STF quanto à natureza jurídica da Reclamação.

Não obstante os argumentos expendidos na defesa da natureza jurídica de ação para a reclamação, bem como o apoio da grande maioria da atual doutrina sobre o tema, o STF, no julgamento da ADI n 2.212-1, assentou posicionamento diverso quanto à natureza do instituto da reclamação, defendendo que a mesma se apresenta como simples feição do direito de petição previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal. O acórdão em referência está assim ementado:

(..). A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão

¹²⁹ Conforme o salientado por Leonardo Lins Morato (2000, p. 448), a reclamação está inserta na jurisdição contenciosa, porque envolve a resolução de uma lide.

¹³⁰ Os elementos de uma ação, como o próprio nome denuncia, tendem a individualizar uma demanda específica, diferenciando-a das demais. Tais elementos são importantes para fixar o objeto litigioso e propiciar a delimitação da cognição do juiz (GRECO, 2003, p. 47-50). Neste sentido, vale lembrar decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes na Rcl. 5.470/PA, DJe nº 42 de 07/03/2008, em que o Ministro indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, em função da inviabilidade do pedido, que, como visto no texto, é elemento da ação. De acordo com o Min.: *õA hipótese torna impraticável a instrução do processo por meio de múltiplas informações, prejudica a análise célere da controvérsia pelo Ministério Público e inviabiliza a cognição do pedido pelo órgão julgadorõ.*

¹³¹ Em complemento ao escrito acima sobre os elementos da ação, Leonardo Morato (2007, p. 115-129) acentua que, pelo caráter *erga omnes* da decisão em controle abstrato, todos são legitimados a propor a reclamação. A causa de pedir próxima, nesse caso, é a conduta afrontosa ou o desacato de uma decisão ou súmula vinculante; a remota, a necessidade de se ver resguardada a competência e a autoridade dos julgados. Quanto às condições da ação, afirma que a possibilidade da reclamatória não se abre para todos, com o intuito de assegurar a preservação da competência dos tribunais ou o cumprimento de suas decisões, a reclamação constitucional não pode ser manejada por qualquer pessoa, devendo o proponente, portanto, demonstrar o interesse em ver satisfeito o conteúdo de uma decisão judicial passada (para o MP, no caso de desacato, ele tem de ter participado da demanda ou atuado como fiscal da lei, do contrário, apenas opinará no processo).

definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. (grifei)

No julgamento desta ADI discutia-se a possibilidade de Constituição de Estado Membro conferir competência originária à Tribunal de Justiça, *in casu*, do Ceará, para julgar reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. A referida ação foi proposta pelo Governador do Estado do Ceará, sob os argumentos de que na Constituição não está prevista a possibilidade de criação do instituto no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, bem como usurpação da competência legislativa da União no que diz respeito a regulamentação de matérias processuais.

O Tribunal, capitaneado pelo voto da Min. Ellen Gracie, considerou que a reclamação advém do direito constitucional de petição, estendível a todos os cidadãos e que objetiva a defesa de direitos e o combate de ilegalidades. Considerou-se que, em razão do princípio da simetria, como a Constituição Federal prevê o julgamento da reclamação junto ao STF, seria plenamente possível Constituição Estadual, também, o fazer.

Este posicionamento, todavia, não se coaduna com as próprias decisões da corte, nem com a feição atribuída pela doutrina ao instituto, conforme se referenciou alhures.

É válido ressaltar, como o fez o Ministro Maurício Corrêa em seu voto, que tal posicionamento tenderia a vulnerar o primado do estado federal ao outorgar a determinado tribunal estadual a competência para julgar reclamação que vise garantir sua competência em face de um juiz federal ou de um TRF, já que a própria Constituição da República prevê mecanismos próprios para solucionar conflitos de competência.

Alguns anos após o julgamento da ADI 2.212, o pleno da Corte Suprema, na ADI 2480/PB¹³², seguindo o voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, afirmou que o precedente

¹³² O acórdão foi assim ementado: *Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, caput e § 1º e 22, I, da Constituição Federal. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento - firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) - do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, caput e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. 2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer*

referido teria revogado as considerações a respeito da jurisprudência do STF sobre a natureza jurídica de ação ostentada pela Reclamação Constitucional. Desse modo, sendo direito de petição, poderia ser prevista em qualquer Constituição estadual.

Importante frisar que o ministro afirmou que o precedente paradigma teve o condão de alterar o monopólio da reclamação por parte do STF e STJ. Lembrou, também, que a Reclamação no TSE foi adotada com base na teoria dos poderes implícitos¹³³, sendo disposto pelo regimento interno do referido tribunal superior. Antecipando críticas, pontuou que a justificativa para a Reclamação restrita ao STJ não poderia ser uma forte consideração, na medida em que, do mesmo modo que os Tribunais de Justiça, aquele tribunal está sujeito a competências recursais, ou seja, o argumento de que existem meios processuais cabíveis dentro da esfera de competências recursais¹³⁴ não poderia afastar a existência da Reclamação. Por fim, o caso seria constitucional, porque a própria Constituição estadual teria previsto cláusula que se assemelhava a disposições sobre a existência de um poder implícito por parte do Tribunal, bem como norma que dispunha sobre meio processual semelhante à Reclamação, ainda que com o nome de representação¹³⁵.

Pouco tempo depois, nos autos do RE 405.031/AL¹³⁶, o Tribunal, liderado pelo voto do Min. Marco Aurélio, julgou inconstitucional normas do Regimento Interno do TST que criavam e dispunham sobre o procedimento relativo à Reclamação, nos moldes da normativa prevista para o STF e STJ. Como fundamentos, o ministro salientou que tal instrumento processual não poderia ter sido criado por regimento interno, sob pena de ganhar contornos de recurso não previsto na lei federal. Salientou, inicialmente, que a justificativa para a reclamação ter sido prevista na Constituição apenas para o STJ e STF é porque os campos de

valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal - ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). 3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual - na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos - possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada improcedente. (STF, Pleno, ADI 2480/PB, Rel. Sepúlveda Pertence, DJe 15/06/07).

¹³³ Rcl. ao TSE nº 14.150/DF.

¹³⁴ Como, por exemplo, os agravos regimentais.

¹³⁵ Como reforço, o Min. Cezar Peluso aduziu que meios aptos a garantir a autoridade da decisão e manutenção da competência da corte seriam característicos da jurisdição, uma vez que, para valer uma decisão já tomada, o cidadão poderia ter de propor mandado de segurança para fazer valer seu direito, distorcendo a função do *mandamus*.

¹³⁶ Ementado como segue: *RECLAMAÇÃO - REGÊNCIA - REGIMENTO INTERNO - IMPROPRIEDADE. A criação de instrumento processual mediante regimento interno discrepa da Constituição Federal. Considerações sobre a matéria e do atropelo da dinâmica e organicidade próprias ao Direito. (STF, Pleno, RE 405.031/AL, Rel. Marco Aurélio, DJe 17/04/2009). O julgamento deste Recurso Extraordinário fez com que a ADI 3435/DF, proposta pelo PGR, perdesse o objeto, na medida em que visava impugnar os artigos declarados inconstitucionais pelo precedente citado.*

atuação dos referidos tribunais estão delimitadas pela constituição federal, portanto, como tal procedimento não está previsto na CLT, não poderia ter sido criado pelo próprio plenário do Tribunal Superior do Trabalho.

Com base nos referidos julgados, podemos constatar que, para o STF, a Reclamação Constitucional é um procedimento ligado ao direito de petição, que pode ser previsto pelos Tribunais de Justiça estaduais (não pode ser criado por regimento interno), desde que previsto na respectiva Constituição, com base na teoria dos poderes implícitos, princípio da simetria e na necessária efetividade das decisões judiciais. Quanto aos demais tribunais superiores, apenas lei em sentido formal poderia criá-la, da mesma forma que para os Tribunais Regionais Federais¹³⁷.

Algumas Considerações sobre a Natureza Jurídica da Reclamação.

Não é fácil discordar de Marcelo Dantas (2000, p. 492-495) quando afirma que é estranho compreender que a reclamação não tenha sido prevista para os tribunais inferiores, porquanto não podemos afirmar que as decisões dos tribunais superiores são mais importantes que as demais, nem mesmo que são mais fracas, pois necessitam de um meio específico como a reclamação para reforçá-las. Ademais, conclui o autor, qualquer decisão judicial está sujeita ao descumprimento, não apenas aquelas para as quais são previstas a reclamação.

Da mesma maneira que a introdução do efeito vinculante em nosso país teve como principal mote o descumprimento de decisões judiciais e a dificuldade em se harmonizar a jurisprudência constitucional do STF, a Reclamação surge da mesma problemática: criou-se um instrumento apto a dar concretude a uma decisão judicial anterior, uma decisão que manda cumprir um ato judicial, *per se*, já dotado de imperatividade. Não por outra razão, Marcelo Dantas afirma (p. 502-513) que tal medida espelha uma grande deficiência do aparelho jurisdicional nacional, sendo mais eficiente, pontua, uma mudança de mentalidade, do que legislativa¹³⁸ e a via reclamatória é por demais frágil como prática pedagógica nesse sentido,

¹³⁷ Marcelo Dantas (2000, p. 276-277) aponta que as Reclamações para os TRF's apenas podem ser criadas por lei constitucionalmente determinada, ou seja, apenas normas constitucionais que facultassem a criação por lei federal do instrumento. Daí porque ressaltar que, ainda que, hoje, se crie reclamação por lei federal, seria inconstitucional, porque a constituição nada salientou sobre a possibilidade de sua criação no âmbito das cortes regionais federais.

¹³⁸ Tal conclusão pode ser utilizada com relação aos precedentes vinculantes e à sanha legislativa em aumentar o poder dos Tribunais Superiores, uma vez que, caso tivéssemos a mentalidade de interpretar os precedentes de uma maneira adequada e nos resignarmos com as decisões reiteradas (não podemos deixar de citar a enxurrada de mecanismos processuais que protelam o julgamento de uma demanda), não teríamos a profusão de processos com causas repetitivas.

ainda que o autor considere medida importante e necessária em momento de descrédito e desrespeito para com o judiciário.

Partindo de tais considerações, compreendemos que, ainda que seja uma medida criticável do ponto de vista de suas funções, a quebra do monopólio da reclamação é uma medida acertada pelo STF. Do ponto de vista constitucional e institucional, não existem justificativas plausíveis para sustentar a existência da medida apenas para o STF e STJ.

Portanto, rejeitamos as justificativas de Leonardo Morato (2007) que sustentam a reclamação limitada aos tribunais superiores. Segundo Morato (2007, p. 18-33), a reclamação está inserida dentro do contexto do processo constitucional, pois seu escopo, em última análise, é o de salvaguardar as garantias constitucionais. Na qualidade de órgãos de cúpula do poder judiciário, desempenhando funções importantes, quais sejam, a uniformização da jurisprudência constitucional e federal, respectivamente, o STF e STJ dela necessitam para efetivar suas decisões, como meio apto a aumentar a autoridade de suas decisões. Complementa que não faria sentido atribuir tão importantes funções ao STF e STJ e não equipar-lhes com medidas eficientes para tanto, porquanto não poderiam permanecer violações à autoridade de tais tribunais sem comprometer o traçado fundamental do poder judiciário. Conclui, todavia, que tal processo não diminui a importância dos demais órgãos judiciais que não dispõem da reclamação, pois apenas configura um procedimento que enaltece as funções e a importância que exercem os tribunais superiores, ainda que considere, contraditoriamente, que a medida possa se estender a outros tribunais.

Portanto, afirma a possibilidade de se justificar a criação da reclamação mediante a teoria dos poderes implícitos, ainda que tal teoria se limite ao STF e STJ. Pelo fato, todavia, da reclamação não ter sido disposta de forma mais ampla pela Constituição, não podem os Estados se assentarem no argumento de que apenas estão legislando quanto a procedimento e não sobre processo. Dessa forma, considera inconstitucionais as reclamações dos Tribunais de Justiça, ainda que estejam previstas pelas constituições estaduais, na medida em que não são veiculadas em normas federais.

Mas afirma que pode, em regime de exceção, ser prevista reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça para o caso de procedimentos abstratos, por conta do caráter especial da competência, ou seja, em processo objetivo, porquanto existe restrição da teoria dos poderes implícitos para os Estados¹³⁹ (MORATO, 2007, p. 79-80).

¹³⁹ A não ser que o autor esteja considerando a existência de dois procedimentos distintos: a) reclamação constitucional para garantia das decisões e competência e b) reclamação para observância das decisões em

Como podemos observar, as proposições de Leonardo Morato são frágeis e contraditórias. Ora, como pode justificar que existam mecanismos para reforçar as decisões do STF e do STJ, mas não para os demais tribunais superiores? Caso a justificativa seja a importância das funções, como pode apontar como inconstitucional a Reclamação no âmbito do TST¹⁴⁰ se este é o Tribunal de última instância na hierarquia do direito laboral¹⁴¹? Nem mesmo o STJ concorre em competência com o TST no julgamento das leis federais sobre direito do trabalho, o que enfraquece seu argumento a respeito do papel diferenciado do STJ como importante curador do direito federal. Nesse sentido, o STJ é o tribunal que uniformiza a interpretação do direito infraconstitucional federal, excluídas as matérias de competência da justiça do trabalho, eleitoral e militar. Partindo dessa ótica, seu papel não parece tão exclusivo ou mais importante do que aquele desempenhado pelo TST, TSE e STM. Portanto, caso violadas as decisões do TST, de acordo com as premissas do autor, não seria tão acintoso quanto as violações das decisões ou usurpações de competências do STJ, considerando que ambos possuem esferas de competências particulares (nacionais, diga-se de passagem) que não se identificam e ambos possuem acesso limitado (apenas acessíveis por meios de recursos extraordinários *latu sensu*). Portanto, do ponto de vista funcional e institucional, não existem diferenças (nem mesmo hierárquicas) entre os referidos tribunais. Na esteira do exposto, a reclamação não se justifica como medida, apenas, apta a reforçar os poderes do STJ, mas não dos demais tribunais superiores¹⁴².

Uma das justificativas mais fortes para que a Reclamação seja prevista para o STJ e STF, para Leonardo Morato (2007), é a de que não poderia a Constituição ter afetado tão

processo objetivo, tal argumento não tem como prosperar como legitimador das reclamações nos Tribunais de Justiça no caso *b*, mas não no *a*, em face da necessidade de uma compreensão uniforme do instituto.

¹⁴⁰ MORATO (2007, p. 75-76).

¹⁴¹ Argumentar que o STJ não pertence a nenhuma das justiças, sendo, portanto, um tribunal nacional (MORATO, 2007, p. 266), não é um argumento forte para diferenciar sua importância dos demais, pois as regras de competências são apenas instrumentais, ou seja, a jurisdição do poder judiciário é una e as competências são divididas para melhor administração da justiça. Consequentemente, elevar tal divisão competencial como diferencial para ressaltar que a manutenção das decisões do STJ e de sua competência são fatores determinantes para que lhe seja conferida a reclamação, é, em outras palavras, afirmar que as justiças especializadas (Militar, Eleitoral e do Trabalho) são menos importantes ou que tratam de questões menos importantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito do que o STJ, porquanto suas competências, diga-se mais uma vez, não são abarcadas por aquele, ainda que sejam, igualmente, órgãos de competência nacional.

¹⁴² Não podemos deixar de salientar a contradição na exposição do autor ao falar que, por conta de suas diferenciadas funções e posições institucionais, o STF e STJ são os únicos a ter a Reclamação prevista na Constituição Federal, aceitando que os tribunais superiores possam dela dispor mediante lei federal. De acordo com tal premissa, o autor interpreta que a literalidade do artigo 105, *I* da CFRB/88 tem o condão de determinar a superioridade institucional do STJ, quando a melhor interpretação das relações político-funcionais dos tribunais superiores considera que todos estão no mesmo patamar de importância, mas tal superioridade se dissiparia, entretanto, por meio de uma lei infraconstitucional, uma vez que, de acordo com o autor, é a reclamação um indício importante para que um tribunal mantenha a credibilidade do judiciário e possa alcançar seu papel no Estado Democrático de Direito.

importantes funções (uniformização do direito federal e constitucional, respectivamente), sem que fornecesse meios processuais para cumpri-las, sob pena de enfraquecer o Poder Judiciário. Não podemos negar que ambos os tribunais cumprem funções de mais alta importância, mas não parece constitucionalmente adequado falar que o STJ, por exemplo, é mais importante, a ponto de ter um meio processual específico, do que o Tribunal de Justiça do Pará, por exemplo, dando a entender que seria menos ofensivo ao primado do Estado de Direito descumprir decisões do último, do que do primeiro. Caso apenas as decisões do STJ fossem importantes para a efetivação de direitos fundamentais ou para a manutenção do direito federal, melhor seria se o acesso ao STJ fosse mais amplo e direto, sem intermediários. Ora, nem todos os casos são julgados pelo STJ, que não possui o monopólio da interpretação da legislação federal (nem mesmo da sua constitucionalidade), pois a grande maioria deles é decidida no âmbito do Estado federativo do respectivo Tribunal de Justiça. Dessa forma, é tanto problemático para o Estado de direito, quanto para a credibilidade do Poder Judiciário, quando decisões dos Tribunais de Justiça são descumpridas, como as do Superior Tribunal de Justiça¹⁴³ (o exemplo se estende a todos os tribunais, inferiores e superiores, sem exceção)¹⁴⁴.

Por fim, resta tecer alguns comentários a respeito da relação entre a Reclamação Constitucional e a chamada teoria dos poderes implícitos. Tanto Marcelo Dantas (2000, p. 312-313), quanto Leonardo Morato (2007, p. 67) afirmam que a teoria dos poderes implícitos não pode ser utilizada de forma irrestrita pelos demais tribunais. Em outras palavras, os autores afirmam que apenas o STF e o STJ podem lançar mão da teoria para criar a Reclamação.

No entanto, nenhum dos autores se preocupou em determinar, substancialmente, qual o conteúdo da referida teoria e como ela se insere no ordenamento jurídico pátrio pós-1988. Imperioso para uma afirmação tão convicta e categórica como a de que nenhum outro tribunal pode aplicar a teoria dos poderes implícitos, apenas o STF e, em última medida, o STJ, é justificar sua existência em nosso país e, mais importante, do que falamos quando afirmamos que acolhemos a teoria dos poderes implícitos. Portanto, afirmar que os demais tribunais não podem criar reclamações com base na teoria dos poderes implícitos, sem explicar o como e o

¹⁴³ Não fosse assim, não caberia intervenção federal nos Estados membros, no caso de descumprimento de decisões judiciais (CRFB/88 art. 34, VI).

¹⁴⁴ Nem mesmo se poderia argumentar que a função do STJ é superior a do Tribunal de Justiça, pois o referido tribunal não analisa, a fundo, matérias fáticas na sua competência recursal extraordinária. Portanto, para a efetivação e defesa dos direitos fundamentais, mais importantes são, em verdade, os juízes de primeiro grau e os Tribunais de 2º grau, que podem analisar a causa mais profundamente do ponto de vista de suas consequências fáticas. Todos os órgãos do poder judiciário são, nesse sentido, igualmente, importantes para a manutenção do estado democrático de direito.

porquê não ajuda nas considerações sobre a sua possível extensão para outros tribunais¹⁴⁵.

Ademais, se o STF reconheceu a possibilidade de Reclamações para os Tribunais de Justiça, seria problemático não reconhecer, igualmente, para os Tribunais Regionais Federais a mesma medida. Nem mesmo poderíamos argumentar com base, por exemplo, na ausência de disposições explícitas no texto constitucional quanto ao cabimento nos Tribunais Regionais Federais, porque nada consta, igualmente, quanto ao cabimento da Reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça ou demais tribunais superiores e, quanto à regulamentação processual, nada obstaria que a lei 8.038/90 fosse aplicada na regulamentação da reclamação nesses casos.

Feitas tais considerações, podemos concluir que a melhor interpretação do papel da Reclamação Constitucional é aquela que a compreende como meio de proteção das decisões judiciais e das competências constitucionais dos tribunais, portanto, um mecanismo inerente a todo judiciário (quando não for o caso de conflitos de competência), não sendo uma exclusividade dos tribunais superiores, como o STF reconheceu, conforme o apontado linhas atrás.

Na esteira do exposto, quanto ao STF desconsiderar que a reclamação seja uma ação, cumpre lembrar que o direito de petição previsto constitucionalmente, nos dizeres de Celso Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p.165), consubstancia-se no direito de qualquer cidadão apresentar pleito de interesse individual ou coletivo, visando, com isto, obter uma medida que considera condizente com o interesse público. Considerando que tal direito se classifica como

¹⁴⁵ Mesmo que Marcelo Dantas (2000, p. 144-169) tenha se ocupado por muitas páginas sobre o tema, sua preocupação era mais em expor o modo como a teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte norte americana e como o STF, por ser o intérprete da Constituição, deveria interpretar suas normas com o condão de lhe atribuir competências não previstas textualmente, mas não se debruçou como, atualmente, poderíamos interpretar tal teoria ou, mesmo, se ela foi recepcionada pela nova carta constitucional. Ademais, é importante ressaltar que tal teoria não foi prevista para explicitar os poderes implícitos da Suprema Corte, mas sim do governo federal. Em suma, no caso norte-americano paradigma, ficou decidido que o Governo da União, embora limitado em seus poderes, era soberano dentro da sua esfera de ação, e as suas leis, quando feitas nos termos da Constituição, deveriam ser observadas como válidas. A corte considerou que não havia nada na Constituição que excluísse poderes implícitos, portanto, se a finalidade fosse legítima e estivesse no âmbito da Constituição, todos os meios que fossem adequados e plenamente adaptados para esse fim, e que não fossem proibidos, poderiam ser empregados para levá-lo em vigor. No caso em questão, o Banco dos Estados Unidos (federal) poderia estabelecer suas filiais ou escritórios de desconto e depósito em qualquer Estado, sendo que, dentro do Estado que essa sucursal fosse estabelecida não poderia, sem violar a Constituição, tributá-la, uma vez que os governos estaduais não tinham direito de tributar qualquer dos meios constitucionais utilizados pelo Governo da União para executar os seus poderes constitucionais (McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 1819, ver, especialmente, p. 318). Portanto, a questão constitucional pouco tinha de ver com a Suprema Corte, do que se pode concluir que, ainda que se considere o precedente aplicável em nosso país, nada faz crer que estaria limitado apenas ao Supremo Tribunal Federal, quando, em sua origem, nem mesmo o judiciário estava envolvido na questão jurídica. Não bastasse essa limitação doutrinária sem respaldo teórico, o STF reconhece poderes implícitos a órgãos alheios ao judiciário, como, por exemplo, ao Ministério Público nas investigações criminais (HC 94.172/BA) e no caso de fixação de vencimentos e regime de reajustes de servidores públicos estaduais à respectiva entidade federativa, caso não prevista, expressamente pela Constituição estadual (RE 128.881/RO). Não existem justificativas plausíveis para limitar a referida teoria ao STF ou ao STJ.

medida política de defesa do interesse público, o mesmo poderá ser exercitado independentemente de lesão à interesse particular, portanto, pode ser exercitado individual ou coletivamente, sendo direito alheio ou interesse público difuso¹⁴⁶.

Portanto, de acordo com a feição constitucional que este direito apresenta, não se pode dizer que a reclamação prevista na Constituição Federal e regulamentada pela lei 8.038/90 não configura uma ação, conseqüentemente, inapta a formar um processo¹⁴⁷. E, de acordo com construção jurisprudencial pretoriana, o mesmo direito de petição se diferencia do direito de estar em juízo e postular uma demanda, conforme se pode extrair dos acórdãos do STF trazidos à colação:

DIREITO DE PETIÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5., XXXIV, LETRA "A". O direito de petição não implica, por si só, a garantia de estar em juízo, litigando em nome próprio ou como representante de terceiro, se, para isso, não estiver devidamente habilitado, na forma da lei. Constituem exceções as hipóteses em que o cidadão, embora não advogado inscrito na OAB, pode requerer, perante juízos e tribunais. Constituição, arts. 133 e 5., xiii. DISTINTOS O DIREITO DE PETIÇÃO E O DIREITO DE POSTULAR EM JUÍZO. Não é possível, com base no direito de petição, garantir a bacharel em direito, não inscrito na OAB, postular em juízo, sem qualquer restrição. Agravo regimental desprovido. (STF, pet-AgR 607/CE, Pleno, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ 02/04/1993).

MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO. a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Código de processo civil, art. 36. Ser-lhe-á lícito, entretanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver. Não é invocável o art. 5., xxxiv, letra "a", da constituição, quanto ao direito de petição, quando se cuida de postulação, de natureza jurisdicional. lei n.º. 4215/1963, art. 70. Sem deter a condição de advogado, regularmente inscrito na ordem dos advogados do Brasil, não é possível requerer mandado de segurança, em nome próprio ou de terceiros. Mandado de segurança a que se nega seguimento. Agravo regimental não conhecido. (STF, MS-AgR 21.651/BA, pleno, Rel. Néri da Silveira, DJ 19/08/2004)

Portanto, não há de se confundir o direito de petição com o direito de propor ações e de estar em juízo para pleitear uma decisão judicial, eis que necessário, para a última, a assistência de advogado regularmente inscrito na OAB. E, conforme salientado linhas atrás, é inegável o caráter decisório do pronunciamento feito em uma reclamação, pois o Tribunal analisa o pedido feito na reclamação com o julgamento, ou não, do mérito¹⁴⁸. Ora, se há

¹⁴⁶ José Afonso da Silva (2006, p.443) aponta para a natureza não jurisdicional do pedido veiculado no direito de petição, configurando-o como uma medida não contenciosa.

¹⁴⁷ No entanto, pode-se argumentar, caso não se concorde com o acima exposto, que o direito de ação, direito de demandar pode ser encarado como parte ou expressão mais restrita do direito de petição (DANTAS, 2000, p. 432).

¹⁴⁸ Apenas a título de exemplo, transcreve-se trecho da parte dispositiva do acórdão prolatado na Rcl. 2.662/ES, pleno, REL. Sepúlveda pertence, DJ 14/10/2005: *Decisão: Por maioria, o Tribunal rejeitou a preliminar de extinção do processo sem julgamento do mérito, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. No mérito, o*

mérito a ser julgado, impossível dissociar este elemento da existência de uma demanda que se postula através da reclamação¹⁴⁹. Por fim, pode-se salientar, conforme exposto no texto do inciso XXXIV, que o exercício do direito de petição será isento do pagamento de qualquer quantia, ou seja, será gratuito. Contudo, não é este, contraditoriamente, o posicionamento do STF, uma vez que são cobradas custas para o ajuizamento de reclamações, conforme se pode observar do art. 1º, Tabela 6B6, inciso VI da Resolução nº 453, de 10 de Janeiro de 2011, que dispõe sobre as tabelas de custas e de porte de remessa e retorno dos autos¹⁵⁰ no referido tribunal. Dessa feita, pouco importa como Tribunal julga a natureza de tal instituto, não se trata de simples petição, mas de uma ação constitucional que deve ser prevista para todos os tribunais do país.

A reclamação como meio para assegurar a decisão do STF dotada de Efeito Vinculante e os legitimados a sua proposição.

A reclamação se propõe a preservar a garantia da competência e da autoridade das decisões do STF, conforme o exposto no Art. 102, I, I da CF/88. Neste diapasão, é importante fazer a interseção do efeito vinculante com a reclamação constitucional, uma vez que esta ação constitucional é imprescindível para a compreensão e conformação daquele instituto na jurisdição constitucional brasileira.

Conforme o acentuado alhures, a eficácia *erga omnes* não se confunde com o efeito vinculante. Com efeito, são institutos diversos que, mesmo a própria Constituição trata como conceitos díspares. Somado aos argumentos lançados ao norte, pode-se acrescentar que o aspecto mais importante que singulariza o efeito vinculante, no Brasil, sem dúvida, é a possibilidade do manejo da Reclamação Constitucional.

Esta assertiva se confirma se observamos as explicações feitas pelo Ministro Moreira Alves, quando do julgamento da Questão de Ordem na ADC nº 01. Além de deixar consignado que o efeito vinculante restringe-se à parte dispositiva da decisão, assentou o Ministro que poderiam ser propostas reclamações, a fim de se estabelecer a autoridade dos

Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a reclamação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.08.2005.(grifei).

¹⁴⁹De acordo com Dinamarco: *õDemanda é o ato que se pede uma providência jurisdicional ao juiz; é o primeiro ato do processo, sem o qual ele inexistee (DINAMARCO, 2005, p.45).*

¹⁵⁰Vale ressaltar que o art. 1º, Tabela 6B6, inciso VI da Resolução nº 352, de 17 de Janeiro de 2008, que dispunha sobre as tabelas de custas e de porte de remessa e retorno dos autos no ano de 2008, ou seja, três anos após a decisão que redefiniu a natureza jurídica da Reclamação, foi promulgado quando quem presidia o STF era a Min. Ellen Gracie, o voto condutor na ADin. 2.122/CE.

julgados dotados de efeito vinculante, prerrogativa não atribuída às decisões desprovidas deste efeito. Por oportuno, transcrevemos pequeno excerto do voto do Ministro, *in verbis*:

õa) Se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e b) Essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo ó como sucede na Alemanha ó os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os editados pelo Poder Legislativo¹⁵¹

Este entendimento foi igualmente esposado pelo então presidente do STF, Min. Sepúlveda Pertence, em audiência pública realizada em 02 de abril de 1997, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, a fim de discutir a viabilidade da Proposta de Emenda Constitucional nº 54/95, que visava estender o efeito vinculante às decisões de mérito em ADI. Assim se pronunciou o Ministro:

õHoje, declarada inconstitucional uma lei à falta de efeito vinculante, o que sucede se o juiz continua a aplicá-la? O juiz apenas cometeu uma ilegalidade. Era como se aplicasse uma lei não vigente. E para isso- diz a doutrina assente do Supremo Tribunal ó não cabe a reclamação, que visa assegurar autoridade das decisões do Tribunal. O efeito vinculante visa exatamente enquadrar a hipótese naquelas que pelo processo absolutamente sumário da reclamação possam ser coibidas imediatamente. Na esperança, é claro, de que o tempo, a prática, a convivência com o Estado de Direito vá tomando excepcionais essas recalcitrâncias a uma força vinculante emprestada pela própria Constituiçãoõ (LIMA, 1999, p. 171).

Desta forma, a reclamação será proposta quando houver desrespeito por parte dos entes sujeitos ao efeito vinculante, da decisão de mérito prolatada pelo STF em ADI, ADC e ADPF, além, vale ressaltar, das decisões cautelares providas de efeito vinculante, caso descumpridas, caberá reclamação¹⁵².

Uma vez delineado o cabimento da reclamação no caso de decisões dotadas de efeito vinculante, cumpre indagarmos quem são os legitimados a propor a ação nestes casos. Nesse sentido, a lei que regulamenta o processamento da reclamação constitucional (8.038/90), em seu art. 13, dispõe que a parte interessada e o Ministério Público são legitimados a propor a ação. Quem seria a õparte interessadaõ apontada pela lei?

¹⁵¹ ADC nº 01 ó QO, DJ 16/06/95, Rel. Moreira Alves.

¹⁵² Nesse sentido, conf. Rcl. nº 1.507/RJ e Rcl. 1.652/RJ, DJ 21/09/2000, Rel. Néri da Silveira.

Neste sentido, a todos é assegurado o direito constitucional de estar em juízo (Art. 5, XXXV da CF/88) e pleitear sua demanda, contudo, para exercer o direito de ação, é necessário que se observe uma de suas condições, qual seja: a legitimidade para agir. Esta, na dicção de Fredie Didier (2007, p.165), é a pertinência subjetiva entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica pleiteada na petição inicial. No caso específico da reclamação constitucional, em função do efeito vinculante e de suas consequências, esta legitimidade é ampliada para qualquer pessoa que se enquadre na locução *õparte prejudicadaõ*.

Contudo, em um primeiro momento (antes da adoção do efeito vinculante na Constituição de 1988), o Pretório Excelso, vedava o uso da Reclamação para tutelar interesses de terceiros que alegassem prejuízo em razão de descumprimento de decisão do STF tomada em controle abstrato de constitucionalidade, como podemos observar do julgado abaixo transcrito:

Reclamação. Decisão, em representação, declaratória de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo. Reclamação para garantir a autoridade da decisão do STF (RISTF, art. 156). Natureza do julgamento em representação. Admissibilidade da reclamação, para garantir a autoridade da decisão, tão-só, quando se cuidar de atos de índole política a serem praticados pelo representado, necessários a imediata eficácia do acórdão, ou em ordem a afastar eventuais obstáculos opostos pelo representado contra a produção dos efeitos do "decisum". Deve o reclamado deter, ao mesmo tempo, a posição processual de representado, reservando-se, outrossim, legitimidade ativa, para a reclamação, ao autor da representação. No que concerne, porém, as situações resultantes da irradiação dos efeitos do julgado do STF, em representação, no plano de direitos ou interesses jurídicos, de particulares ou de pessoas jurídicas de direito público, cabe delas tratar-se, nas vias adequadas de defesa desses direitos ou interesses. Hipótese em que a reclamação não é cabível, porque o Estado reclamante não é autor da representação e o Tribunal reclamado não é o representado, no feito de inconstitucionalidade. Se o Tribunal concedeu mandado de segurança a particulares, aplicando lei estadual, cujos efeitos estavam suspensos, em medida cautelar, em representação aforada pelo Procurador-Geral da República, o Estado deve adotar as medidas judiciais próprias para tentar suspender os feitos do "writ" ou para cassá-lo. Reclamação não conhecida. (Rcl no. 235, Rel. Néri da Silveira, DJ 29/11/91)

Posteriormente, ante a recalcitrância de alguns Tribunais em desrespeitar a autoridade de seus julgados proferidos em ADI, o Pretório Excelso temperou seu entendimento para conhecer da reclamação interposta por aqueles que participaram da ADI, desde que o objeto da reclamação fosse o mesmo¹⁵³, neste sentido:

¹⁵³ A respeito desta particular mudança no entendimento jurisprudencial, Marcelo Dantas (2000, p. 336) considera que fora impulsionada por conta do descumprimento das decisões dotadas de efeito *erga omnes* proferidas em ADI, o que levou o STF a considerar a Reclamação um meio capaz de dar maior eficácia, ou efetividade, a seus julgados proferidos no controle concentrado.

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. RECLAMAÇÃO. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E GARANTIA DA AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES. ARTIGO 102, I, "I", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 156 DO REGIMENTO INTERNO DO S.T.F. (...) 3. A decisão proferida pela Corte, no julgamento de mérito de ação direta de inconstitucionalidade, esta, sim, tem eficácia "erga omnes", por envolver o controle concentrado ("in abstracto") de constitucionalidade, mas não comporta execução. E para preservação de sua autoridade, nessa espécie de ação, o S.T.F. só excepcionalmente tem admitido Reclamações, e apenas a quem tenha atuado no respectivo processo, não sendo esse o caso da Reclamante. 4. Reclamação conhecida, apenas em parte, e, nessa parte, julgada improcedente (Rcl 447, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 31-3-95)

Contudo, a questão sobre a legitimidade ativa para propor a Reclamação Constitucional restou superada no julgamento da QO na Rcl. 1.880/SP. No caso da referida reclamação, ficou decidido que qualquer interessado que comprovar prejuízo advindo de decisões contrárias ao julgado pelo Tribunal em ações dotadas de efeito vinculante será parte legítima para reclamar diretamente ao STF. Assim ficou ementado o acórdão:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA (...) 4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido (STF, Plenário, Rcl (QO) 1.880/SP, DJ 19/03/2004, Rel. Maurício Corrêa.).

Ante todo o exposto, podemos afirmar que qualquer pessoa, mesmo que não tenha feito parte do processo de controle concentrado originário, e desde que, fundamentadamente, explicita na exordial os prejuízos ocasionados pelo destinatário do efeito vinculante que desrespeitou a parte dispositiva da decisão em ADI, ADC ou ADPF (ou de decisões cautelares dotadas de vinculação), será parte legítima para propor reclamação constitucional, a fim de que seja observado o decidido anteriormente pelo STF.

As considerações do STF acerca da natureza subjetiva ou objetiva da Reclamação.

Ainda existem dúvidas quanto à natureza jurídica da Reclamação, bem como a ausência de posições mais claras sobre seus contornos subjetivos. Alguns ministros do STF, por exemplo, tendem a aplicar algumas características dos processos objetivos nos

julgamentos de algumas reclamações constitucionais, sob o fundamento de que a referida ação seria um instituto voltado à proteção da ordem constitucional. Como podemos observar da manifestação do Min. Gilmar Mendes na Reclamação 4987/PE:

“A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder insito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos”¹⁵⁴.

Em outras oportunidades, os ministros consideram a possibilidade de se atribuir uma causa de pedir aberta nas reclamações, o que determina a possibilidade de se suprir as fundamentações deficientes dos reclamantes, aduzindo novas, a fim de alterar o objeto da reclamação constitucional¹⁵⁵. Conforme iterativa jurisprudência do STF, tal característica é típica dos processos objetivos¹⁵⁶.

Todavia, entendemos que a questão foi decidida, por conta dos debates que ocorreram no bojo no Agravo Regimental na Medida Cautelar na Rcl 3.177/MG. No caso, foi proposta reclamação que fora indeferida liminarmente pelo relator. Contra esta decisão foi interposto agravo regimental que, já posto em mesa para julgamento, foi requerida sua desistência, bem como da reclamação. O relator do agravo, Min. Carlos Velloso, homologou o pedido de desistência.

Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence afirmou que, no caso de alguma desistência de reclamação cujo julgamento fosse de grande relevância, que tenha desrespeitado decisão do STF, sempre restará como legitimado o Procurador Geral da República. No caso em questão, quem propusera a reclamação foi o autor da ADI cuja liminar fora deferida a seu favor e quem não concordou com a desistência da reclamação foi a parte requerida.

O Min. Joaquim Barbosa, de forma coerente com seus posicionamentos anteriores, afirmou que, para as hipóteses mais clássicas da reclamação, não se pode alargar ao ponto de

¹⁵⁴ Outra manifestação do Min., no mesmo sentido, pode ser colhida na decisão monocrática na Rcl nº 5.470/PA, DJe 07/03/2008.

¹⁵⁵ Nesse sentido, ver as decisões monocráticas nas Rcl. 7048/PI, Joaquim Barbosa, DJe 01/04/2009. Em sentido contrário: Rcl. 6.207/AM, Carmen Lucia, DJe 28/02/2009.

¹⁵⁶ *Na ação direta de inconstitucionalidade cujo processo é objetivo, não inter-partes a causa petendi pode ser desconsiderada e suprida, por outra, pelo STF, segundo sua pacífica jurisprudência.* (ADI - MC 1.358-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26.04.96).

desvirtuar seus efeitos processuais; todavia, em outras questões, em que estiverem em causa direitos fundamentais, a reclamação seria uma espécie de *õwritö* ou um recurso *õper saltumö* capaz de resguardar o respeito à constituição. Nesse sentido, o interesse da desistência como ato potestativo da parte, está relacionado ao direito envolvido na questão. No caso da reclamação, ainda que se possa considerá-la como ação, os interesses de sua propositura são aqueles relacionados à defesa objetiva da Constituição, ainda que tais interesses decorram, inicialmente, de índole subjetiva, o que se configura como um direito público irrenunciável. A impossibilidade de desistência¹⁵⁷, portanto, estaria intimamente relacionada com a afirmação do efeito vinculante das decisões em controle concentrado. O impedimento da desistência visaria assegurar que não houvesse interposições desnecessárias e irresponsáveis, protegendo os hipossuficientes. No entanto, o ministro ressalta que tais considerações seriam apenas impostas nos casos em que a reclamação fosse proposta contra decisão dotada de efeito vinculante, não se estendendo às demais.

A questão da propositura subsidiária do PGR seria bastante complexa, pois, ao contrário das Ações Civis Públicas, o PGR não é intimado para prosseguir numa reclamação em que tenha havido desistência, bem como caberia sempre se identificar quando houvesse conluio ou fraude na desistência.

Em sentido oposto, o Min. Marco Aurélio afirma, categoricamente, que a reclamação é processo subjetivo, sendo perfeitamente cabível sua desistência. De forma coerente, afirma que, caso o entendimento do ministro Joaquim Barbosa prevalecesse, deveria ser estendido para todos os casos de reclamação, não somente àquelas decisões dotadas de efeito vinculante. O Min. Ayres Britto, na mesma linha do pensamento anterior, considera que a reclamação não seria como as ações do controle concentrado, voltadas para a guarda da Constituição, mas da própria força institucional do STF, pois visaria proteger suas decisões e seu cumprimento, não, necessariamente, os valores normativos da Constituição, em função de sua índole, preponderantemente, subjetiva. Este foi o entendimento vencedor no caso, sendo homologada a desistência¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Como é característico dos processos objetivos, é impossível a desistência após a propositura da ação, conforme os arts. 5.º e 16 da Lei 9.868/99. No caso de medidas cautelares: ADI MC 892/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07.11.97.

¹⁵⁸ Em face de sua natureza subjetiva, a Reclamação não emana efeitos vinculantes de suas decisões, ver AgR na Rcl 3233, DJe 20/03/08, Rel. Ayres Britto. Ninguém poderá discordar da importância do Mandado de Segurança para a defesa de direitos individuais e coletivos, no entanto, mesmo levando em conta seu papel primordial na defesa daqueles, o STF homologa pedidos de desistência, ainda que o mérito da questão tenha sido julgado, demonstrando o interesse subjetivo da demanda (AgR no AgR no RE 231.509/SP, 1ª Turma, DJe 13/11/09, Cármen Lúcia). O mesmo raciocínio pode ser estendido à Reclamação: a possibilidade de sua desistência demonstra seu caráter subjetivo, que desempenha, diga-se de passagem, uma função menos importante que o Mandado de Segurança. Não obstante tais argumentos, a suposta defesa objetiva dos valores constitucionais não

Nesse sentido, ainda que algumas considerações centrais dos processos objetivos (interesse, o não julgamento de matérias fáticas, processo sem partes etc.) sofram alguma mitigação no Brasil, tais características não podem ser transportadas, sob pena de desvirtuar sua função principal, para a reclamação constitucional, que ainda se mantém como uma ação que deve ser proposta com fundamento em um desrespeito à decisão do STF, ou seja, sua função precípua não seria a de controlar a constitucionalidade das leis, mas sim de se comportar como mecanismo de garantia institucional que tende a resguardar a superioridade normativa dos precedentes do STF, em decorrência do efeito vinculante, em face de uma violação a um interesse subjetivo¹⁵⁹.

2.4 - HIPÓTESES DE (DES) CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, após a análise do entendimento doutrinário da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes e do relevante papel exercido pela Reclamação Constitucional na interpretação dos precedentes vinculantes, serão abordadas as hipóteses de cabimento da teoria que foram observadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Não obstante a rejeição quanto à aplicação da teoria, foi possível observar, em julgamentos esparsos, que alguns ministros lançaram mão da teoria para julgar determinadas reclamações. Desta forma, a fim de delinear alguns parâmetros utilizados pelos Ministros em suas decisões, bem como para tentar compreender o que os ministros consideram como fundamento determinante para conhecer da reclamação (que será importante para a compreensão do efeito vinculante), será feita a análise de julgamentos importantes que serviram para determinar o conteúdo da teoria no Brasil, em face das consequências da posição do plenário a respeito da inaplicabilidade da mesma.

poderia justificar a existência da reclamação nos outros tribunais, especialmente, os superiores. No mesmo sentido, a importante função do Mandado de Segurança para a concretização dos direitos fundamentais não o torna um processo objetivo.

¹⁵⁹ Marcelo Dantas (2000, p. 448-460) concorda que, por vezes, a reclamação poderá assumir um matiz objetivo (o autor cita o caso de uma reclamação proposta pelo PGR para preservar decisão proferida em processo objetivo anterior), no entanto, reitera que sempre existirá o debate, o contraditório, bem como a existência de uma lide, o que torna o processo subjetivo, porquanto um direito subjetivo do reclamante foi violado no caso. Ademais, conforme lembra Leonardo Morato (2007, p. 91-92) o reclamante deve demonstrar a titularidade do seu direito de fazer valer uma decisão judicial, anteriormente proferida em seu favor, ou de ter seu direito de ter seu processo julgado pelo tribunal competente, portanto, a reclamação não poderia ser proposta, por exemplo, pelos entes legitimados pela lei da ADI que não tivessem interesse na demanda, bem como a inércia do autor determina a extinção da reclamação, diferentemente do que ocorre no processo subjetivo (cf., nesse sentido, ADI 164/DF, Rel. Moreira Alves e art. 5º da lei 9.868/99).

1) *Leis ou atos normativos que reproduzem o mesmo conteúdo material daqueles declarados anteriormente inconstitucionais ou constitucionais:*

Em determinados casos, o Tribunal julgou procedente reclamações para cassar decisões judiciais baseadas em leis ou atos normativos que continham identidade material com àqueles anteriormente julgados inconstitucionais, ainda que os atos tivessem emanado de diferentes Estados da Federação, no caso de leis estaduais julgadas inconstitucionais.

a) Como exemplo desta hipótese, cita-se o caso da decisão monocrática na Medida Cautelar na Reclamação nº 4.387/PI, DJ 22/09/2006¹⁶⁰, da relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discutia, dentre outras questões, ato judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, com base em lei estadual, concedeu segurança para equiparar vencimentos de Defensor Público com aqueles percebidos pelos membros do Ministério Público piauiense.

Considerou o Ministro, para a concessão da liminar, que o ato judicial reclamado havia desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 171/MG e 304/MA, precisamente porque, em tais oportunidades, o Plenário reconheceu a impossibilidade de equiparação dos vencimentos de Defensores Públicos com aqueles percebidos pelos membros do Ministério Público e demais carreiras jurídicas.

b) As Reclamações nº 4.906/PA e 4.939/PA, DJ 10/04/2008, Rel. Min. Joaquim Barbosa, tinham por objeto decisões proferidas pela Justiça do Estado do Pará e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que determinaram a reserva de vagas a candidatos aprovados em concurso público para o provimento de cargo de promotor de justiça no referido Estado, mas que foram excluídos do certame por não comprovarem o requisito de 03 (três) anos de atividade jurídica contido no edital.

Ressaltou o Relator que a decisão utilizada como paradigma para as reclamações, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica contados a partir da conclusão do curso e comprovados na data de inscrição. Desta forma, ponderou o Min. Joaquim Barbosa, que, como a norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas

¹⁶⁰ No mesmo sentido, conf. Rcl-MC 4.416/PI, DJ 25/09/2006, Rel. Celso de Mello. Rcl. 5.141/DF, DJ 26/09/2007, Rel. Ricardo Lewandowski.

que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará possuía idêntico conteúdo material ao daquela declarada constitucional na decisão paradigma, conheceu e julgou procedente a reclamação.

2) *Atos jurisdicionais que aplicam interpretação diversa daquela definida no controle concentrado*¹⁶¹.

O STF, em alguns casos, julgou procedentes reclamações em que houve discordância entre a interpretação do julgamento das ações dotadas de efeito vinculante e decisões judiciais que deixaram de aplicar o motivo determinante emanado da decisão paradigma.

a) Casos emblemáticos que envolvem a aplicação desta hipótese de cabimento da reclamação, reiteradamente, deferidos pelo STF, dizem respeito às suas decisões proferidas em questões relacionadas aos precatórios. Cita-se, como exemplo, as reclamações propostas em face de decisões da Justiça do Trabalho que, desconsiderando a possibilidade de lei estadual estabelecer o que se considera ôpequeno valorô ao ente federativo (mesmo aquêm do valor fixado na Constituição), a fim de dispensar a expedição de precatórios, determina a expedição de RPV no montante trazido pela Constituição no art. 87, I do ADCT, em desrespeito ao entendimento fixado pelo tribunal no julgamento da ADI n° 2.868/PI¹⁶².

Neste sentido, citamos a decisão na Rcl-MC 4.987/PE¹⁶³, DJ 13/03/2007, Rel. Gilmar Mendes, *in verbis*:

ôÉ dizer: não poderá o Estado ou o Município estabelecer um valor demasiado além, ou aquêm, do que seria o valor razoável de ôpequeno valorô conforme as suas disponibilidades financeiras. Cada caso é um caso, cujo juízo de proporcionalidade pressupôe a análise dos orçamentos de cada ente federativo. A Lei do Município de Petrolina-PE fixou um valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), que me parece bastante razoável, mesmo se comparado com os parâmetros do art. 87 do ADCT. Recordo, neste ponto,

¹⁶¹ Outros casos da hipótese 2 sãs as reclamações propostas contra atos judiciais que aplicam entendimento diverso daquele assentado pelo STF na ADI 6 MC 3.395/DF, em que foram suspensas quaisquer interpretações que considerassem como competência da Justiça do Trabalho as causas que envolvessem servidores públicos (a qualquer título) e a administração. Nesse sentido, ver Rcl. 8.234/PI, DJe 11/02/10, Rel. Joaquim Barbosa; Rcl 9.465/RN, DJe 01/02/10, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl 9.397/RN, DJe 01/02/10, Rel. Ricardo Lewandowski; 9.333/SE, DJe 16/12/2009, Rel. Ricardo Lewandowski

¹⁶² *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente. (STF, Plenário, ADI 2.868/PI, DJ 12/11/2004, Rel. Joaquim Barbosa)*

¹⁶³ De idêntico conteúdo, conf. Rcl 2.991/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 3.114/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 3.919/RN, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 4.999/RN, Rel. Celso de Mello e Rcl- MC 2.986/SE, DJ 18/03/2005, Rel. Celso de Mello.

que, no julgamento da ADI nº 2.868/PI, o Tribunal considerou razoável valor no montante de 5 (cinco) salários mínimos. Ademais, ainda que o Tribunal não tenha se pronunciado expressamente sobre este tópico, a autonomia conferida aos entes federativos pelo art. 100, § 5o, da Constituição e pelo art. 87 do ADCT, abrange, inclusive, a possibilidade de que o referencial de pequeno valor não seja necessariamente fixado em quantidade de salários mínimos. O art. 87 do ADCT deixa claro que os valores nele estabelecidos têm vigência até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação. A lei de cada ente da federação poderá fixar outros valores não vinculados ao salário mínimo. Portanto, o referencial de pequeno valor - R\$ 900,00 (novecentos reais) - fixado pela Lei Municipal nº 1.899/2006, para fins de aplicação do art. 100, § 3o, da Constituição Federal, deve ser respeitado pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho da Comarca de Petrolina/PE. Com essas considerações, defiro o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão do Juiz da 1ª Vara do Trabalho da Comarca de Petrolina/PE, proferida nos autos da Reclamação Trabalhista no 01233-2005-411-06-00-6. Comuniquem-se, com urgência. Publique-se. Requistem-se informações ao Juízo da 1ª Vara do Trabalho da Comarca de Petrolina/PE. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República

b) Outros casos envolvendo precatórios e que envolveram a aplicação da teoria, conforme já exposto acima, diziam respeito à decisão proferida na ADI nº 1.662/SP que, ao declarar inconstitucional instrução normativa do TST, fixou o entendimento de que as hipóteses de sequestro de verbas no caso de precatórios advindos de verbas alimentares são apenas aqueles fixados na Constituição, sendo impossível, portanto, sua compreensão extensiva a outras modalidades, além da violação do direito de precedência do credor.

Citamos o caso da Rcl 1.987/DF, DJ 01/10/2003, Rel. Maurício Correa, em que decisão de magistrado do trabalho determinou sequestro de verbas alimentares no caso de vencimento do prazo de pagamento do ofício precatório. Em seu voto, assentou o relator que, inobstante atos diversos, a circunstância fática foi a mesma, uma vez que a decisão era desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADI nº 1.662/SP¹⁶⁴.

3) Descabimento da Reclamação em casos que não guardam similitude fática com a decisão paradigma.

Na esteira do debatido *supra*, para se afigurar, necessariamente, se determinada interpretação poderá ser aplicada em outro caso que aparenta ser semelhante, será necessário

¹⁶⁴ No mesmo sentido: RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente. (STF, Plenário, Rcl 2.363/PA, DJ 01/04/2005, Rel. Gilmar Mendes).

realizar um cotejo entre as situações fáticas do caso concreto para determinar a aplicabilidade ou não da teoria. A partir dessas considerações, alguns ministros entenderam que a referida teoria seria aplicada, apenas, em casos que guardassem similitude fática com a decisão tida como desrespeitada. Nesse sentido, acerca da similitude fática atestou o Min. Cezar Peluso:

“Só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da ratio decidendi de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto pronunciado, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade.”¹⁶⁵

Desta forma, ainda que fosse alegada pelo reclamante a aplicação da teoria a determinado caso, os ministros analisaram se houve o desrespeito de sua decisão analisando o contexto fático em que foi proferido o ato divergente. Neste sentido, encontram-se inúmeras decisões do tribunal. Cite-se, por exemplo, o caso da Reclamação 5.828/SP, DJ 04/03/2008, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que fora proposta reclamação contra ato judicial que julgou improcedente o pedido do reclamante em ação que visava anular norma regimental de instituição de ensino superior, com a qual celebrou contrato de prestação de serviços educacionais, uma vez que, por ter ficado impossibilitado de comparecer a algumas disciplinas do curso, fora reprovado. Asseverou que havia solicitado autorização para concluir o curso, o que lhe foi negado por decisão da Administração da instituição com base em seu regulamento interno. Alegou que a decisão reclamada teria descumprido os fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF na ADI nº. 3.098/SP, que julgou inconstitucional lei paulista que usurpara competência da União para editar normas sobre diretrizes e bases da educação, uma vez que disciplinara matéria já tratada na Lei de Diretrizes e bases da Educação.

A relatora sustentou que a simples existência de precedentes não era o bastante para que se configurasse hipótese sujeita ao questionamento pela via da reclamação. Concluiu a ministra que haveria de se comprovar a existência de julgado específico afrontado pelo ato judicial e demonstrar a pertinência com a espécie posta em discussão¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Rcl 3.636/PE, DJ 16/12/2005.

¹⁶⁶ No mesmo sentido, de indeferimento ante a ausência de similitude fática entre as decisões questionadas, conf. Rcl. 4.463/RS, DJ 12/03/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl. 5.131/CE, DJ 22/07/2007, Rel. Eros Grau; Rcl.

4) *Descabimento da reclamação nos casos em que a decisão tida como paradigma não é dotada de efeito vinculante.*

Como exposto, apenas as decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante, portanto, apenas a estas estariam os destinatários do efeito vinculante sujeitos a sua observância, sob pena de desafiar a reclamação constitucional. Portanto, como salientado alhures, apenas as decisões a que se atribua eficácia vinculante podem ser reclamadas, não aquelas desprovidas de tal efeito.

Nesse sentido, o tribunal não conhece das reclamações que utilizam decisões do tribunal desprovidas de efeito vinculante. Exemplo desta hipótese de descabimento, pode ser colhida no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.051/RS, DJ 02/08/2006, Rel. Carlos Ayres Britto, em que a agravante sustentava que sua reclamação deveria ser conhecida, uma vez que os atos reclamados (no caso, resoluções do Tribunal Superior Eleitoral) teriam desrespeitado o entendimento do STF fixado no julgamento do RE 197.917/SP, porquanto as resoluções não levaram em consideração a relação proporcional do número de vereadores com o de habitantes da cidade de Pelotas/RS. Aduzia a reclamada, a aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes para suspender o efeito das resoluções do TSE.

O ministro relator desproveu o agravo, ao argumento de que a decisão proferida no Recurso Extraordinário não é dotada de efeito vinculante *erga omnes*, apenas *inter partes*, motivo pelo qual seria incabível a reclamação, na medida em que o Município não participou de nenhum dos pólos do mencionado recurso. Salientou, outrossim, que as resoluções reclamadas foram fiéis ao julgamento proferido pelo STF, sendo, portanto, insubsistente a irrisignação do agravante¹⁶⁷.

5) *Outras hipóteses de Descabimento da Reclamação.*

5.279/SE, DJ 14/04/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl-MC. 5.448/RS, DJ 12/09/2007, Rel. Cezar Peluso; Rcl.-MC 5.355/CE, DJ 02/08/2007, Min. Ellen Gracie; Rcl-MC. 4.527/CE, DJ 28/08/2006, Rel. Joaquim Barbosa; Rcl ó MC 4.587/BA, DJ 31/08/2006, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.300/SP, DJ 01/12/2006, Rel. Cezar Peluso; Rcl 3.291/SP, DJ 31/05/2005, Rel. Cezar Peluso e Rcl-Agr nº 3.293/SP, DJ 13/04/2007, Rel. Marco Aurélio; AgRg na Rcl. 3.456/PI, DJe 11/12/09, Rel. Carmen Lucia; AgRg na Rcl 6.019/SP, DJe 16/10/09, Rel Eros Grau; Rcl 5.661/MG, DJe 23/03/10, Rel. Carmen Lucia.

¹⁶⁷ Neste sentido, conf. Rcl 3.352/PB, DJ 08/06/2007, Rel. Carlos Britto; Rcl-AgR 5.389/PA, DJ 19/12/2007, Rel. Cármen Lúcia, Rcl 6.088/PE, DJ 04/06/2006, Rel. Eros Grau e Rcl-AgR 5.393/PA, DJ 25/04/2008, Rel. Cezar Peluso e Rcl-ED/MG nº 5.335/MG, DJ 09/05/2008, Rel. Cezar Peluso; AgR na Rcl. 5.703/SP, DJe 16/10/2009, Rel. Cármen Lúcia e AgR na Rcl 9.545/SP, DJe 14/05/10, Rel. Dias Toffôli.

Em determinados casos, alguns Ministros (aqueles que não consideravam a aplicação da teoria) deixaram de julgar a reclamação, em razão da impossibilidade de seu manejo, pois o tribunal ainda não haviam se manifestado quanto à aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

a) Vale trazer à colação, a título de exemplo, o caso da Medida Cautelar na Reclamação nº 4.814/PI, DJ 11/12/2006, Min. Ayres Britto, em que Município piauiense impugnou decisão proferida por Juiz de Direito, que determinou a expedição de mandado de requisição de pequeno valor acima da quantia estabelecida por lei municipal, para o cumprimento de obrigação de natureza alimentar. Alegando afronta à decisão tomada pelo STF na ADI 2.868/PI, o município sustentou a possibilidade de aplicação da teoria da transcendência, uma vez que o art. 87 do ADCT teria facultado à fazenda municipal a possibilidade de fixar o *quantum* adotado como pequeno valor, desde que dentro do limite constitucional.

Considerou o Ministro que o julgamento do ADI levantada como paradigma, tomou por base lei estadual do Piauí, desta forma, para prover a liminar na referida reclamação, teria, necessariamente, que aplicar a teoria da transcendência. Contudo, salientou, que, uma vez que o pleno do tribunal ainda não havia assentado posicionamento quanto ao tema da aplicação da teoria, negou o pedido liminar^{168 169}.

b) Nesta linha de raciocínio, também não caberia, igualmente, reclamação no caso de decisões tomadas em contrariedade a súmulas desprovidas de efeito vinculante, pois, ainda que estas consubstanciem o entendimento do tribunal acerca de determinada matéria, as decisões que foram tomadas por base para a feitura do enunciado, bem como o próprio enunciado, não possuem o caráter vinculante (STF, Plenário, Rcl- AgR 5.082/DF, DJ 04/05/2007, Rel. Ellen Gracie).

c) Não caberia reclamação, ainda que se sustentasse a aplicação da teoria da transcendência, quando o ato reclamado tivesse sido editado ou proferido anteriormente à decisão do STF no controle concentrado. Tomando por base este entendimento, cite-se o caso da Rcl-MC nº 4.638/RJ, DJ 09/05/2007, Rel. Celso de Mello, em que se questionou resolução

¹⁶⁸ Este exemplo ilustrava a problemática da aplicação da teoria no tribunal, uma vez que o caso, como pôde observar-se, é o mesmo (mesmo suas circunstâncias fáticas) daqueles expostos na alínea *a*, item 2 desta seção, contudo, como o Ministro Carlos Britto se opunha à aplicação da teoria, indeferia as liminares nas reclamações que relatava. Conferir, neste sentido, do referido ministro: Rcl-Mc nº 4.614/RS, DJ 16/10/2006; Rcl-MC nº 4.739/MG, DJ 31/10/2006, Rcl-MC nº 5.087/SE nº 18/05/2007; Rcl-MC nº 5.365/SC, DJ 15/08/2007

¹⁶⁹ Neste mesmo sentido da negativa de aplicação da teoria, conferir: Rcl-MC nº 5.120/RO, DJ 30/04/2007, Rel. Ricardo Lewandowski e Rcl-Agr nº 2.990/RN, DJ 14/09/2007, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl MC 9.413/SP, DJe 01/12/09, Rel. Ayres Britto.

da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro que estendeu, administrativamente, a todos os servidores ativos, inativos e pensionistas a incorporação, aos vencimentos, proventos ou pensões, do percentual correspondente a 26,05% da diferença da URP do mês de fevereiro de 1989, o que teria desrespeitado o julgamento proferido na mencionada ADI 2.951/PE, invocando-se, para esse efeito, a transcendência dos motivos determinantes subjacentes a tal decisão, que não reconheceu direito líquido dos servidores públicos ao referido reajuste de vencimentos.

Salientou o ministro que, inobstante a possibilidade de proposição de reclamação para garantir a eficácia das decisões dotadas de efeito vinculante, esta é incabível, porém, quando o ato editado é anterior à decisão do tribunal (como no caso em questão), porquanto ausente qualquer parâmetro decisório fixado pelo STF, cuja inobservância, por órgãos judiciários e/ou administrativos, pudesse legitimar a utilização da via reclamationária¹⁷⁰.

170 No mesmo sentido, ver AGR/Rcl/QO 1.723/CE, DJ de 08/08/01, Rel. Celso de Mello; AGR/Rcl/QO nº 1.480/CE, Rel. Néri da Silveira, DJ de 08/06/01; Rcl nº 1.114/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12/03/02; Rcl nº 2.834/RN, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/09/04; Rcl nº 2.716/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 29/11/04, e Rcl nº 6.438/MG, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 15/09/08 e Rcl 8.995/MG, Cezar Peluso, DJe 20/11/09.

CAPÍTULO 3 - OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: Delineamentos de sua teorização constitucional.

3.1 - DO IMPÉRIO (1824) À SÚMULA VINCULANTE (2004): o precedente e sua aplicabilidade.

Não se trata de nenhuma novidade afirmar que a utilização de precedentes judiciais sempre foi uma constante no desenvolvimento da história do direito (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 23). Nem mesmo a ideia dos chamados precedentes vinculantes foi alheia aos países que se filiaram, tradicionalmente, à chamada família da *Civil Law*. Por esse motivo, é importante que esboçemos uma breve trajetória dos precedentes na experiência brasileira, comumente associada à tradição romano-germânica codicista da *Civil Law*.

Antes de ser uma exaustiva análise de como tais precedentes eram compreendidos nas diferentes épocas históricas (o que extrapolaria em demasia os objetivos do trabalho), tal resumo intenciona demonstrar que a cultura da aplicação de precedentes sempre foi uma das principais preocupações do ordenamento jurídico pátrio. O fato é que, atualmente, seja em face da recepção do efeito vinculante; do aumento exorbitante das demandas judiciais; das delongas na resolução de tais lides e da necessidade política de apresentar o Poder Judiciário como capaz de dar vazão aos clamores sociais, o que exige conformidade dos juízos ordinários aos entendimentos dos Tribunais Superiores, a interpretação dos precedentes passa a ocupar a pauta do dia nos meios jurídicos do país inteiro.

No entanto, em razão da falta de uma teoria mais estabelecida acerca da temática (ainda engatinhamos nessa seara), os sinais deletérios de uma interpretação/aplicação açodada dos precedentes começam a se revelar quando Direitos Fundamentais são violados. Portanto, saber de onde viemos e em que lugar estamos se faz imperativo na compreensão do fenômeno dos precedentes judiciais brasileiros.

Em um primeiro momento, pouco tempo depois da independência do país, vigoraram no Brasil as Ordenações Filipinas, incorporadas ao direito pátrio por meio de decreto datado de 20/10/1823. Para assegurar a uniformização da jurisprudência, as ordenações mantinham os recursos de revista previstos na legislação Lusa, cabíveis em caso de nulidade e injustiça manifesta. No entanto, não existia, no período imperial, Tribunal que fosse competente para dirimir conflitos jurisprudenciais, pois a lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça não lhe conferiu a prerrogativa de formular assentos e unificar a jurisprudência, tal qual era feito pela Casa de Suplicação nas velhas ordenações do Reino (CORTÊS, 2008, p.161-163).

O temor de decisões de conteúdos divergentes entre os Tribunais foi um receio constante no Brasil Republicano¹⁷¹. A primeira constituição republicana previa, no § 2º, art. 59¹⁷², que a Justiça Federal deveria analisar a maneira com que o direito estadual estivesse sendo decidido pelos Tribunais Estaduais, sendo o inverso verdadeiro. Vale ressaltar que tal consulta não resultava, contudo, na aplicação obrigatória da interpretação realizada pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

A preocupação em evitar decisões judiciais conflitantes e de se aplicar precedentes dos tribunais superiores se fortifica na época da República Velha, com a recepção, parte de alguns Estados da federação, da prática dos *prejulgados* da antiga colônia até que, finalmente, fosse determinada sua extensão a todo país, por meio da lei 319 de 23/11/1936. No entanto, este *prejulgado* possuía eficácia vinculante apenas horizontal, porquanto das decisões inferiores cabia recurso de revista, servindo, portanto, apenas como mecanismo de uniformização de jurisprudência entre as câmaras dos tribunais (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 232-233).

Outro exemplo de aplicações de precedentes oriundos de tribunais superiores era o *prejulgado* da Consolidação das Leis do Trabalho, instituído em 1943, revestido de eficácia vinculante¹⁷³. O instituto consistia na fixação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, abstratamente, de regra que os órgãos jurisdicionais laborais inferiores deveriam seguir no julgamento de casos posteriores. No entanto, após inúmeras arguições de sua inconstitucionalidade, o *prejulgado* trabalhista foi, formalmente, revogado pela lei 7.033 de 05/10/1982¹⁷⁴. O instituto do *prejulgado* foi previsto, igualmente, no CPC de 1939, ainda que

¹⁷¹ Após a independência, o Regulamento 737, de 1850, dispunha que o Brasil poderia legislar sobre a regulamentação dos procedimentos cíveis, assim como de organização judiciária. Todavia, não fazia nenhuma menção expressa acerca da resolução de conflitos entre jurisprudências que pudessem ser divergentes ou disposições que fossem referentes ao poder dos precedentes.

¹⁷² § 2º - *Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.* Sob os auspícios do Decreto 19.398/30, que substituiu a Constituição de 1891, foi editado o decreto 23.055/33, que tinha por escopo determinar que os tribunais estaduais observassem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação do direito federal (Art. 1º *As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*)

¹⁷³ Utilizamos a expressão *eficácia vinculante* apenas para facilitar a compreensão do instituto, uma vez que não podemos igualar a ideia de vinculação aos *prejulgados* da CLT com a súmula vinculante atual, por exemplo.

¹⁷⁴ Ainda que não tivesse sido um precedente dotado de força vinculante (até porque não existia este instituto nas decisões do Supremo Tribunal Federal), é forçoso considerar que a revogação do *prejulgado* trabalhista foi influenciada pela decisão na Rp. 946/DF, DJ 01/07/77, Rel. Xavier de Albuquerque, que não conheceu da ação por conta do artigo da CLT referido não ter sido recepcionado pela Carta Constitucional de 1946, porquanto a produção normativa por parte do Judiciário violaria a separação de poderes. Importante lembrar, conforme Sérgio Servulo da Cunha (1999, p. 35), também, o precedente vinculante na forma de *prejulgado* do Código Eleitoral de 1965 (art. 263 do CE - *No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.*). Este artigo foi considerado como inconstitucional desde sua edição, por força da Constituição Federal de 1946 (TSE, Recurso Especial Eleitoral 9936/RJ, DJ 11/03/93, Rel. Sepúlveda Pertence).

despido de eficácia vinculante, uma vez que da decisão da turma que o contrariasse não era previsto nenhum recurso, como afirma Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 234-237).

O Código de Processo Civil de 1973, com a abolição do recurso de revista, previu o instituto da uniformização da jurisprudência¹⁷⁵, com algumas reminiscências dos assentos do código anterior, que visavam uniformizar o entendimento do Tribunal acerca da interpretação do direito, conforme o exposto por Sidney Sanches (1975, p. 16-20). As similaridades com os antigos assentos podem ser constatadas caso consideremos que existe uma vinculação interna com o precedente da câmara ou órgão à tese fixada pelo plenário ou corte especial (SOUZA, 2008, p. 242).

Atualmente, após a Constituição de 1988, podemos observar o recrudescimento da ideia de precedente em nosso ordenamento jurídico. Como exemplos da importância dos precedentes no ordenamento brasileiro, citam-se as seguintes leis: 9.756/98, que aumentou os poderes dos relatores dos tribunais ao negar seguimento a recursos em confronto com decisões dos tribunais superiores e criou a desnecessidade de se provocar incidente de arguição de inconstitucionalidade ao plenário dos tribunais, no caso de decisão anterior do STF sobre o tema; 10.352/01, que dispensa o reexame necessário em decisões que estejam em consonância com jurisprudência do plenário do STF; 11.232/05, que determina a possibilidade de desconstituição de título executivo baseado em lei declarada inconstitucional pelo STF; 11.418/06, determinando a repercussão geral do recurso extraordinário, em que a parte deve arguir a relevância e a transcendência da matéria constitucional de seu recurso e cuja decisão servirá de base para o julgamento de casos semelhantes e, finalmente, a lei 11.672/08, que prevê o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de a decisão servir como paradigma para questões futuras.

E, por fim, mas não menos importante, a criação das súmulas vinculantes (regulamentadas pela lei 11.417/06) pavimenta o caminho para que possamos buscar subsídios teóricos para formular uma teoria para a aplicação dos precedentes jurídicos em

¹⁷⁵ Seguindo as mesmas premissas deste instituto, podemos citar o pedido de uniformização de interpretação da lei federal no âmbito dos juizados especiais federais, previsto no art. 14 da lei 10.259/02. Por conta de um vazio normativo quanto aos mecanismos aptos a dirimir as divergências jurisprudenciais referentes à legislação federal no âmbito dos juizados especiais estaduais, o STF, em face do possível risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, capazes de gerar insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, uma vez que inexistente outro meio eficaz para resolvê-la, decidiu que será cabível, em caráter excepcional, a reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional federal (STF, ED RE 571.572/BA, DJe 27/11/2009, Rel. Ellen Gracie). O Superior Tribunal de Justiça, ainda que em um primeiro momento tenha decidido que a Reclamação não era a via adequada para controlar a competência dos Juizados Especiais Estaduais (AgRg na Rcl. 2.704/SP), em momento posterior, em julgamento de sua corte especial, acolhe o entendimento do Supremo Tribunal Federal na QO na Rcl. 3.752/GO.

nosso país, uma vez que estende o efeito vinculante aos enunciados de súmula editados pelo Supremo Tribunal Federal, oriundos de decisões reiteradas sobre matérias constitucionais, mediante quorum qualificado de 2/3 de seus membros.

3.2 - REPENSANDO O LUGAR DOS PRECEDENTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

Como visto anteriormente, não é de hoje que nosso ordenamento jurídico lida com precedentes judiciais, tendo, inclusive, experimentado a existência de precedentes de caráter obrigatório nos períodos anteriores à CRFB/88.

Ademais, o manejo de precedentes jurídicos sempre foi uma constante nos países que, rotineiramente, são enquadrados como de tradição romano-germânica ou, simplesmente, países de *Civil Law*. Nestes países, e o Brasil é um deles, os precedentes sempre exerceram um papel central na formação do ordenamento jurídico, ainda que tenham perdido muito de sua importância com as teses das escolas positivistas exegéticas de auto-suficiência da lei e dos códigos¹⁷⁶.

Sartor (1996) combate as teses de que os ordenamentos da *Civil Law* e *Common Law* mais importantes foram historicamente contrapostos com relação ao trato do precedente, uma vez que aquelas teses negligenciam que a teoria da vinculação do precedente foi apenas desenvolvida no século XIX e que ambas as famílias possuíam experiências nesse sentido. Ademais, o direito legislativo, predominante na tradição romanística, alcança sua plena operatividade e aplicação após sua interpretação jurisprudencial, o que evidencia uma dependência aos precedentes e às jurisprudências dos Tribunais (SARTOR, 1996, p. 235).

Portanto, os precedentes judiciais são um fenômeno comum em ambas as famílias jurídicas, o que se alteram são as respostas que cada ordenamento apresentará para as questões suscitadas por aqueles. E as melhores respostas que podem ser apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde há muito tempo, foram negligenciadas pela doutrina nacional.

¹⁷⁶ De acordo José Cruz e Tucci (2003, p. 185-195), após o renascimento cultural, assim como do direito romano, no século XVIII, a desconfiança para com os tribunais era crescente e temia-se que pudessem ser despóticos, o que levou a um maior reforço do Poder Legislativo. Nesse sentido, a jurisprudência era cada vez mais desacreditada como fonte do direito por sua incerteza. No começo do século XIX, a separação dos poderes e a soberania popular ganharam destaque, elevando a democrática produção legislativa como a principal ou única fonte do direito, surgindo o positivismo jurídico, que negava a existência de qualquer direito, senão aquele provindo da lei. O intérprete, ao seu turno, apenas subsume a lei ao fato concreto (escola exegética). Com a consequente diminuição da importância dos juízes, da mesma sorte segue a jurisprudência.

Muitas das respostas oferecidas para explicar a vinculação aos precedentes são condicionadas pela concepção de direito (além, claro, das peculiaridades de cada ordenamento) que se utiliza para compreender o fenômeno jurídico.

Não por outra razão, por exemplo, as compreensões acerca do precedente nos séculos XVII e XVIII nos Estados Unidos foram influenciadas pelas doutrinas de juristas britânicos, especialmente, de William Blackstone. Este autor considerava o precedente através da teoria declaratória do direito. De acordo com tal teoria, o direito teria uma existência platônica ou idealizada, sendo que a decisão que contrariasse esse ideal não precisava ser revogada (*overruled*), apenas sendo suprimida por uma nova, como uma declaração de reconsideração do direito desde o começo. Ainda de acordo com essa teoria, as decisões judiciais não eram direito, mas apenas sua evidência, por isso poderiam ser desconsideradas pela corte seguinte. Tais considerações levam as cortes e estudiosos a pensar em uma teoria de reforço aos precedentes, sempre tendo em mente a possibilidade de revogá-los, quando absurdos ou contrários à razão e ao costume. Com efeito, as considerações modernas de justificação da revogação não se estabilizaram até o final do século XIX, quando se reforçam as teorias acerca do *stare decisis* e de uma maior vinculação dos precedentes (GERHARDT, 2008, p.

47)¹⁷⁷.

O direito brasileiro e sua dogmática pobre instrumentalizante estão assentados em um paradigma liberal-individualista que não assimilou a filtragem hermenêutica, permanecendo o paradigma da produção do direito de cunho individualista, forjado para resolver disputas inter-individuais. Em face desse caráter instrumental do ensino e da produção do conhecimento jurídico, os teóricos jurídicos colocam à disposição do operador um *prêt-à-porter* significativo contendo uma resposta pronta e rápida de fácil assimilação, no entanto,

¹⁷⁷ Os exemplos poderiam continuar e poderíamos citar, ainda que de maneira breve, as principais ideias de determinada teoria do direito e sua consequente resposta para os problemas postos pelos precedentes judiciais. Entretanto, o principal objetivo do trabalho é tratar das teorias que são as mais utilizadas pelos doutrinadores nacionais e tomar uma posição quanto à teoria do direito que melhor explica o manejo dos precedentes em nosso ordenamento jurídico. No entanto, podemos explicitar uma teoria que dispensa um determinado tratamento aos precedentes com base em seus pressupostos básicos, mas que se apresenta como modelo já superado pela comunidade jurídica: o Direito Natural. A ideia de Direito Natural gira em torno de um método racionalista que tende a considerar seus objetos como componentes de uma ciência demonstrativa. Seus intentos visavam construir uma ética racional (em oposição à teológica) que pudesse determinar a universalidade dos princípios da conduta humana. Tal método via na racionalidade do método cartesiano a saída para o fim do relativismo moral e ético como meio de se alcançar a certeza nas questões morais. Para os juristas cabia o estudo das regulamentações universais que pudessem descrever a natureza do homem, tendo como fonte do direito a natureza das coisas. Em contraposição ao pensamento aristotélico do consenso, os jusnaturalistas apelavam para a razão e não ao consenso de todos para definir o conteúdo das leis naturais. Segundo Bobbio (1996), o erro dos jusnaturalistas foi, através da razão, negligenciar o elemento histórico e da autoridade do direito e impedir que se fizesse uma teoria do direito universal para todos os povos. Nesse sentido, os mais importantes autores jusnaturalistas (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) apelam a um modelo racional de fundamentação e justificação do estado: a consensualidade incorporada em um contrato social.

quando ocorrem eventos na sociedade de maior relevo social, tal dogmática não tem o condão de resolver ou estabelecer uma suficiente justificativa de atuação, algo bem nítido em nossa própria legislação (STRECK, 2004, p. 33-35)¹⁷⁸.

O ensino jurídico mecanizado e instrumental, calcado em manuais de duvidosa valia (quando não, em sinopses de conteúdo raso e superficial), ainda povoam as faculdades de direito, simplificando o direito, partindo da construção de *standards* e lugares comuns, reproduzidos em salas de aula e, posteriormente, nos fóruns. O ideário teórico principal é o positivista, que entende o direito como mera racionalidade instrumental, contribuindo para a metafísica expositiva dos problemas jurídicos, que, carentes de realidade, alienam o próprio educador, que trata a questão como se estivesse fora dela e o desonera de contextualizar os debates travados nas salas de aula. A doutrina, por sua vez, resume-se a um conjunto de comentários resumidos sobre teses e ementários jurisprudenciais, desacompanhados do respectivo e importante contexto, por meio de um casuísmo didático, como se a realidade pudesse ser aprisionada em conceitos do pragmatismo positivista dominante (STRECK, 2004, p. 82-83)¹⁷⁹. E, como sentencia Streck (2002, p. 48) o modelo de ensino jurídico está umbilicalmente ligado com o futuro de nossa Constituição.

¹⁷⁸ Os exemplos poderiam ser muitos, mas nos limitaremos em apresentar apenas duas decisões de juízes singulares que causaram espanto na comunidade jurídica no ano de 2007 e que expõem a fragilidade de uma pobre formação jurídica, que se reflete, consecutivamente, na baixa qualidade das provas dos concursos para importantes carreiras jurídicas. A primeira delas, da lavra do Dr. Manoel Maximiano Junqueira Filho, juiz da 9ª Vara Criminal Comarca de São Paulo, capital, decidiu que não havia nenhuma conduta criminosa no ato de chamar um jogador de futebol de homossexual. Não satisfeito, o juiz fundamentou sua decisão no sentido de que *o (...) o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual (...)* *Quem se recorda da Copa do Mundo de 1970, quem viu o escrete de outro jogando (Félix, Carlos Alberto, Brito, Everaldo e Piazza; Clodoaldo e Gérson; Jairzinho, Pelé, Tostão e Rivelino), jamais conceberia um ídolo seu homossexual (...)*. Para o juiz, *o que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o idealô*. Outro exemplo pode ser colhida da decisão do Dr. Edílson Rumbelsperger Rodrigues, da Comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, em que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha (11.340/06), fundamentando que a *Lei Maria da Penha é como posta ou editada é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher é todos nós sabemos é mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.* Concluiu que *Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole é no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões é dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.*

¹⁷⁹ O discurso da dogmática jurídica estabelece os limites do sentido e sentido dos limites do processo hermenêutico. Consequentemente, constrói um hiato que separa os problemas sociais do conteúdo dos textos jurídicos que asseguram os direitos fundamentais, relegando à inefetividade inúmeros dispositivos constitucionais. Por essa razão, as interpretações errôneas feitas pelos tribunais têm uma direta relação com o modelo da hermenêutica jurídica que informa a atividade interpretativa da comunidade jurídica. A lei é vista, pela fetichização do discurso jurídico, como uma lei em si, abstraída das condições de sua produção que a engendraram, como se a sua condição de lei fosse uma propriedade natural e suficiente em si mesma (STRECK, 2004, p. 93-95).

O principal desiderato do precedente judicial vinculante dissuasivo no Brasil seria o de uniformizar o entendimento sobre as questões jurídicas e de atribuir uma maior celeridade nas prestações judiciais (SOUZA, 2008, p. 177), no entanto, no afã de dar operatividade a esses objetivos, a doutrina e a jurisprudência pátrias pouco avançaram na interpretação dos precedentes, especialmente, por conta do quadro do ensino jurídico a pouco descrito. E o pior: passaram a interpretar os precedentes judiciais como se fossem leis.

Maurício Ramires (2010, p. 30-45) aponta que a atual facilidade em se alcançar respostas, aparentemente, fáceis aos complexos problemas jurídicos e a desobrigação dos magistrados de realizar convicções acerca de temas jurídicos importantes, levam a decisões de mera e simples repetição dos julgados superiores, como discursos prévios de fundamentação que são utilizados por acoplamento de sentido nos casos a serem julgados futuramente. Nesse contexto, ementas¹⁸⁰ e verbetes extraídos de julgamentos pretéritos são tidos como universais autônomos, bastando, para aplicar o precedente, amarrá-los a um determinado caso. Da mesma forma que mencionar isoladamente uma lei é uma fundamentação insuficiente, o mesmo acontece com o fato de se mencionar precedentes nas decisões judiciais como se fossem categorias autônomas dos casos que lhes deram origem.

Não é difícil se observar, portanto, que, no Brasil, a aplicação de um precedente acontece, primeiramente, com a escolha livre e arbitrária de uma das interpretações trazidas pelas partes e, posteriormente, a escolha se confirma com uma rápida e simples busca em algum repositório de jurisprudência por julgados (selecionados pelo intérprete) que convêm à tese, ignorando-se os que lhe são contrários. Tal raciocínio é denominado por Maurício Ramires (2010, p. 46) de *Confirmation Bias*¹⁸¹.

Estas formas de interpretação/aplicação dos precedentes no Brasil tendem a demonstrar que os mesmos são considerados como se fossem um texto de lei. No entanto, da mesma forma que o texto de um preceito normativo não se esgota com o sentido que lhe deu o

¹⁸⁰ Sérgio Sérulo da Cunha (1999, p. 19) explica que as decisões tomadas pelos tribunais, com base na interpretação das leis, são condensadas em ementas que, como as leis, são dispostas em forma de preceitos, mas com um nível de generalidade inferior àquelas, como um subconjunto do conjunto abrangido de forma hipotética pela lei. O autor salienta que, mais do que um simples resumo do caso, os relatores da ementa tendem a redigi-la, ao modo do legislador, como enunciados abstratos capazes de orientar a decisão de casos semelhantes. Acerca dessa preocupante constatação, Maurício Ramires (2010, p. 49) argumenta que a utilização das ementas leva ao esquecimento do mundo concreto, pois são apenas verbetes de poucas linhas que ganham independência do contexto dentro do qual foram criados, e as ementas são redigidas, por razão mesmo de sua existência, de acordo com os termos mais gerais possíveis, ou seja, se busca um ideal de depuração dos conceitos, até se chegar à absoluta abstração e pureza dos mesmos. Por essas razões, a ementa deve ser vista, e não mais que isso, como um instrumento que proporciona a catalogação da decisão nos repertórios, facilitando o acesso à informação nela contida, não como método de aplicação automática de precedentes.

¹⁸¹ O autor toma emprestado o conceito, tal qual aplicado no campo jurídico, formulado por Michele Taruffo (2007, p. 339-340), segundo o qual os julgadores tendem a buscar meios e justificativas (provas ou julgados) para fundamentar seu julgamento de primeira impressão, negligenciando tudo aquilo que possa lhe contraditar.

legislador, um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu quem o formulou. Portanto, ainda que o texto do precedente seja preexistente, podemos afirmar que o seu sentido o intérprete dará quando lhe atribuir outra carga normativa em um caso posterior (RAMIRES, 2010, p.73). Dessa forma, podemos observar que no Brasil as doutrinas positivistas, especialmente as variantes do positivismo normativista de raízes Kelsenianas são ainda muito comuns na compreensão do direito, o que se reflete na interpretação dos precedentes¹⁸².

Neste ponto, objetiva-se tecer algumas críticas ao modelo positivista, de modo a demonstrar sua insuficiência analítica e metodológica enquanto teoria do direito, possivelmente, apta a responder, a contento, as inúmeras questões que surgem no trato do precedente judicial no Brasil.

Para que fique claro o que pretendemos dizer com a expressão *positivismo*, utilizaremos a conceituação de Ronald Dworkin (2002, p. 27-28), que sumariza seus principais aspectos, elencando-os da seguinte maneira: a) as regras de uma comunidade que determinam comportamentos são definidas como jurídicas não pelo seu conteúdo, mas por sua forma de produção; b) a produção normativa, por seu turno, se baseia em um teste de *pedigree*, que individualiza regras válidas das inválidas, morais das jurídicas. O direito não oferece todas as respostas, daí porque, nos casos em que tais regras não puderem ser invocadas, os juízes estarão autorizados a lançar mão do poder discricionário para julgar o caso ou complementar uma regra falha, ou seja, podem ir além do direito para buscar outro padrão qualquer e c) a obrigação jurídica apenas existe quando estiver prescrita em uma norma escrita explícita.

De acordo com esta concepção do direito, na forma construída por Herbert Hart (1986), os tribunais possuem uma função criadora do direito, na mesma medida em que os funcionários da administração o têm com sua competência de editar atos administrativos para dar concreção a uma determinada lei. Todavia, os juízes devem manter os padrões

¹⁸² Como referenciado linhas acima, a noção de que o efeito vinculante produz decisões que se apresentam como claras o suficiente para sua aplicação automática, assim como capazes de diminuir a discricionariedade na interpretação da lei, aponta para uma compreensão de hermenêutica e do direito positivistas. Nesse ponto, podemos afirmar que muitos autores brasileiros tratam do problema jurídico com bases kelsenianas. Podemos citar como exemplos, juristas consagrados, tais como: Maria Helena Diniz (2003), que compreende a ciência jurídica através das teorias de Kelsen e Carlos Cossio; Michel Temer, por exemplo, compreende que as considerações de Kelsen sobre a Constituição são as que melhor explicam sua natureza, aceitando as dicotomias típicas do positivismo, especialmente, reconhecendo a separação entre direito e moral (1999, p. 18-20); as considerações referentes ao direito tributário de Roque Carrazza (2009, p. 27) são, confessadamente, de matriz Kelseniana; Celso Bandeira de Mello (2005, p.360-365), como teoria do direito apta a responder os problemas a serem resolvidos pelo Direito Administrativo, em inúmeras ocasiões, lembra Kelsen e, por fim, são inescandíveis as bases kelsenianas da teoria tridimensional de Miguel Reale (1987, p. 497-621).

estabelecidos pelas regras de reconhecimento¹⁸³, sendo impossível a criação de diretrizes padronizadas pelo próprio judiciário, como quer o realismo jurídico. Os limites de sua interpretação discricionária estariam, portanto, nas leis. Estas limitam a discricionariedade, mas não a excluem, afirma Hart (1986, p. 155-161).

De uma maneira semelhante às considerações de Hart, para Kelsen (2006, p. 387-393), interpretar é fixar o sentido das normas que devem ser aplicadas, em uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir. As leis oferecem várias possibilidades de aplicação do direito, pois formam uma moldura dentro da qual existem várias interpretações possíveis, sendo conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro, em qualquer sentido possível. Portanto, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dela existem. Sendo assim, a interpretação não pode levar a uma única resposta correta, apenas a várias soluções que tem igual valor, ainda que somente uma venha a se tornar direito positivo. Por fim, a determinação de uma resposta correta na interpretação não é direito, mas política do direito. O juiz constitucional não deixa de criar direito e é livre nessa função, portanto, o ato de preenchimento da moldura é livre, mesmo que atenda a incidência de outras normas no ato de escolha, como: normas de moral, justiça, bem comum, progresso etc., todavia, do ponto de vista do direito positivo, nada pode ser afirmado sobre sua validade ou verificabilidade.

Estas características principais do positivismo normativista não são suficientes para explicar alguns fenômenos que decorrem do trato com os precedentes judiciais, especialmente, aqueles dotados de efeito vinculante dissuasivo constitucional. Seja porque suas considerações acerca da interpretação judicial estão embasadas nos limites semânticos das leis e dos precedentes, o que aponta para uma interpretação dos precedentes que os identifica com atos legislativos e de que sua força vinculativa se limitaria a sua promulgação, ou seja, a força de um precedente em influenciar decisões posteriores se encontraria, simplesmente, no fato de ter sido julgado ou decidido anteriormente, acarretando sua aplicação automática, sob a justificativa de sua simples existência, enquanto decisão anterior (DWORKIN, 2002, p. 176).

Além da limitação semântica à força do precedente, por conta das considerações voluntaristas da interpretação jurídica sufragadas pelos autores positivistas, o positivismo se

¹⁸³ As regras de reconhecimento são o teste de *pedigree* a que Dworkin referiu no item *b* acima exposto. De acordo com Hart (1986), a regra de reconhecimento é aceita por toda a sociedade e surge para dar cabo à crise de incerteza jurídica, pois determina se uma regra é pertencente a um grupo social e se esta pode ser reconhecida como jurídica e outorga, conseqüentemente, validade a outras regras (HART, 1986, p. 104).

escora em uma justificativa política de cunho, supostamente, democrático: a igualdade formal em relação à lei, como se sua propalada generalização fosse suficiente para satisfazer e esgotar aspectos relacionados à igualdade jurídica¹⁸⁴. Se considerarmos, tal como o positivismo, que a lei encerra o debate político democrático, teremos de excluir qualquer desigualdade que possa vir a ser acrescentada por qualquer alteração jurídica subsequente. No entanto, o problema aumenta quando surgem dúvidas fundadas se o debate político se esgota ou não na lei, especialmente, quando se tratam de questões relacionadas ao princípio constitucional da igualdade, que exige a interpretação de um conteúdo substancial que seria alheio à aplicação do precedente sob a ótica positivista. A justiça, por essa razão, não se dá por esgotada em um método, puramente, tecnicista (OLLERO, 2005, p. 200)¹⁸⁵. No entanto, a correlação entre o princípio da igualdade e a aplicação dos precedentes será melhor desenvolvida no item abaixo.

Neil MacCormick e Robert Summers (1997, p. 544) arrematam que o problema das teorias positivistas, que afirmam um grau fixo de validade do direito e compreendem a interpretação como ato voluntário, pouco tem a oferecer quanto à racionalidade do precedente, uma vez que, das leis, não decorrem os únicos direitos válidos e os precedentes não operam na circunstância da lógica das regras, na forma do tudo-ou-nada, característica dos atos editados sob requerimentos procedimentais formais.

Como exemplo de todas as considerações feitas acima, especialmente do problema em utilizar-se uma proposta positivista de interpretação dos precedentes e a falta de uma forte teoria sobre o tema, podemos citar o caso do MS 21.797/RJ, onde o STF, ainda que tenha aventado que os conselhos regionais tenham natureza autárquica¹⁸⁶, não se posicionou quanto à aplicação do regime da lei 8.112/90 ao referido órgão, uma vez que não conheceu da segurança no ponto. Não obstante, a redação da ementa foi muito confusa, pois repartiu os votos vencidos e vencedores em dois tópicos, dificultando a sua interpretação¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Norberto Bobbio (ainda que com peculiaridades em relação ao pensamento de Kelsen e Hart, pode se enquadrar nas características mais gerais do positivismo, tal como expostas acima), esclarece que normas dotadas de generalidade são aquelas em que o preceito normativo alcança uma determinada classe de indivíduos, atribuindo, por consequência, igualdade na aplicação da lei (BOBBIO, 2005, p. 180).

¹⁸⁵ Ainda de acordo com Andrés Ollero Tassara (2005, p. 47-48), a pirâmide normativa de Kelsen possibilita que a Constituição abra uma janela de discricionariedade ampla ao legislador, o mesmo acontecendo ao juiz perante a lei. O único conflito, portanto, que poderá existir, partindo de uma perspectiva Kelseniana, será o de uma lei ditada fora do marco constitucional, anulada mediante a legislação negativa. Tais considerações do normativismo positivista impedem que haja uma correlação direta entre sentença/Constituição, caso se descarte a inconstitucionalidade formal da lei.

¹⁸⁶ Entendimento sedimentado na ADI 1.717/DF, DJ 25/02/00.

¹⁸⁷ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza

Interpretando o precedente em sua literalidade e deixando de ler seu inteiro teor (o suficiente para espancar as dúvidas quanto ao não posicionamento do tribunal sobre a questão), o TST, interpretou o precedente do STF com base na leitura da ementa, para aplicar a lei 8.112/90 aos conselhos regionais¹⁸⁸. Como se pode observar dos seguintes trechos do inteiro teor do acórdão do tribunal laboral¹⁸⁹:

Acerca do regime de pessoal desses conselhos de fiscalização do exercício profissional, **o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.797-9-RJ, reconheceu a natureza autárquica do Conselho Federal de Odontologia e consignou que os servidores dessas entidades se submetem ao regime jurídico instituído pela Lei nº 8.112/90, conforme os seguintes fundamentos registrados na ementa, *verbis*: (...)** Verifica-se, portanto, que os servidores das entidades fiscalizadoras do exercício profissional, à semelhança dos servidores do Conselho Federal de Odontologia, objeto da decisão anteriormente transcrita, deverão estar submetidos ao regime jurídico da Lei nº 8.112/90, em razão da natureza autárquica dessas entidades (grifos nossos).

Como não poderia deixar de ser, o processo chega ao STF, por meio de agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário na origem, em que a Min. Carmen Lúcia reiterou que o tema em debate no presente recurso ó submissão dos servidores desses órgãos ao regime jurídico da Lei n. 8.112/1990 - não foi objeto de uma análise definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. No Mandado de Segurança 21.797/RJ, utilizado pelo Tribunal de origem para fundamentar sua decisão, o Supremo Tribunal não debateu a questão, pois a maioria do Plenário não conheceu da impetração nesse ponto (Decisão Monocrática no AI 734.628/RS, DJe 10/12/09).

autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - *Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.* III. - *Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.* IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida (grifos nossos). Como podemos observar, o relator do caso, Min. Carlos Veloso, separou os entendimentos da corte, em: vencedores, que votaram pelo não conhecimento no caso da aplicação da lei 8.112/90 (ponto II) e os vencidos (ponto III).

¹⁸⁸ CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. AUTARQUIA. DISSÍDIO COLETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Os Conselhos de fiscalização profissional possuem personalidade jurídica de autarquias, nessa qualidade seus servidores, são regidos pelo estatuto dos servidores públicos (Lei 8.112/1990), portanto impedidos de celebrar acordos e convenções coletivas de trabalho, via de consequência, seu sindicato não possui legitimidade para suscitar dissídio coletivo, gerando a impossibilidade jurídica do pedido (RODC - 235200-15.2004.5.04.0000, Rel.: João Batista Brito Pereira, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DJ 26/10/2007)

¹⁸⁹ No mesmo sentido, cf. Rcl 2.886/DF, DJ 13/09/05.

Após estas considerações, que apenas confirmam a inevitável conclusão de que nosso ordenamento jurídico dedica importante função aos precedentes judiciais, se faz imperioso que passemos a considerar as justificativas que impõem a observância de um precedente ou da jurisprudência dos Tribunais, sejam eles superiores ou não, na resolução de um caso. Dito com outras palavras: necessitamos de justificações, constitucionalmente adequadas, para a aplicação de entendimentos jurisprudenciais ou de precedentes de Tribunais Superiores, mesmo aqueles dotados de eficácia vinculante dissuasiva constitucional.

3.3 - JUSTIFICATIVAS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL: respeito ao princípio da igualdade na aplicação do direito.

A aplicação de precedentes judiciais, sejam eles obrigatórios ou não, sempre foi uma constante nas famílias do direito ocidental. Ainda que, em um dado momento, ambas tenham partido para considerações distintas acerca da maneira com que compreendem os precedentes, não podemos negligenciar a importância decisiva dos mesmos para a formulação de suas tradições.

Partindo dessa premissa, cada ordenamento jurídico racionaliza o fato de decisões passadas serem utilizadas no julgamento de casos posteriores. Cada ordenamento jurídico, por consequência (tomando por base a principiologia constitucional e a formulação institucional do Poder Judiciário), tende a justificar o motivo pelo qual, para resolver uma determinada e pontual lide, o intérprete deva lançar mão de motivos determinantes de um caso paradigma formulado anteriormente, enquanto fator de justiça.

Vale ressaltar, de antemão, que, apesar de muito importantes para que possamos compreender a aplicação posterior de um precedente judicial, o argumento que remete a valores instrumentais nos parece insuficiente como padrão de justiça apto a justificar a aplicação daqueles.

Como exemplo de tais valores instrumentais, podemos citar: 1) eficiência na economia do esforço judicial, pois uma questão já decidida não precisa ser sempre revisitada; 2) eficiência em relação aos interesses particulares, por conta da certeza dos julgamentos e a inibição de demandas temerárias se as questões já estiverem claramente decididas pelos tribunais¹⁹⁰; 3) em estreita consonância com o item anterior, temos a redução de processos com demandas repetitivas já assentadas na jurisprudência; 4) redução no tempo de julgamento

¹⁹⁰ Nesse sentido, cf. Bankowski et. al. (1997, p. 490)

das demandas, uma vez que a certeza de um precedente já influiria, decisivamente, no julgamento da questão.

Com efeito, não estamos a afirmar que os referidos valores devam ser desconsiderados em relação ao respeito ao precedente, mas apenas que não são eles que fundamentam, a partir de uma perspectiva constitucional, a interpretação e aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico. Os valores instrumentais, é bem verdade, oferecem reforços à ideia de respeito aos precedentes judiciais, mas não são capazes de demonstrar o aspecto da justiça em se aplicar, para um caso determinado, a decisão de outro.

Devemos partir, como critério de justiça que melhor justifica a utilização dos precedentes, para uma análise do princípio constitucional da igualdade¹⁹¹.

A interpretação das leis é um exercício realizado constantemente pelos intérpretes. Ainda que o texto legal se mantenha intacto, sua interpretação não pode ficar atrelada ao passado. O direito, enquanto fenômeno social, muda diariamente e a alteração normativa da historicidade social determina uma desigualdade no tratamento previsto para condutas similares situadas cronologicamente antes e depois de sua produção. Nesse sentido, Andrés Ollero Tassara conclui que a sucessão de leis pode revelar algum tratamento diferente em face de mudanças sociais, capaz de produzir conflitos normativos que devem ser resolvidos pelo juiz, interpretando leis do passado com vistas a buscar uma interpretação consentânea com o direito à igualdade (OLLERO TASSARA, 2005, p. 33-35).

A interpretação de uma lei pode resultar em inúmeros sentidos normativos, o que afasta a univocidade sobre qual seria, de antemão, o sentido mais adequado à resolução de um caso. No entanto, tal adequação não pode ocorrer de acordo com ela mesma, por conta da múltipla possibilidade de sentidos. Caso afirmemos que a adequação decorre do caso concreto, devemos aceitar que este contém, em si mesmo, exigências jurídicas que serão melhor ou pior coletadas pelas normas extraídas pelo intérprete na interpretação da lei. Ou seja, a norma não tem sentido se interpretada de forma diferente das exigências do caso concreto, uma vez que apenas alguns aspectos relevantes do caso serão considerados capazes de atrair o adequado sentido da norma proposta pelo intérprete. O caso, portanto, está sendo contrastado não com o sentido do mesmo texto legal, mas com o direito e com a teoria de justiça que lhe serve de melhor fundamento (OLLERO TASSARA, 2005, p. 43-44).

¹⁹¹ Neste tópico específico, o princípio da igualdade não será exposto por completo, uma vez que seria complexa tarefa, a exigir digressão que o objeto do trabalho não suportaria. O referido princípio, entretanto, será encarado através de uma de suas várias facetas: o da igualdade na aplicação da lei, ou, como quer Antonio Maués (2008), igualdade na aplicação judicial do direito. O princípio da igualdade, via de regra, é sempre lembrado pelos autores que tratam da problemática do precedente. Nesse sentido, conferir: Bankowski et. al. (1997, p. 488); Ollero Tassara (2005); Cruz e Tucci (2003, p. 290-291); Marinoni (2010) e Maués (2008).

A igualdade na aplicação da lei não quer dizer que a lei não possa ser interpretada ou que sua interpretação mude em direção diversa daquela, rotineiramente, aplicada; mas insiste que não sejam criadas discriminações, por meio de pronunciamentos arbitrários, injustificadas (OLLERO TASSARA, 2005, p. 50). Com efeito, a mudança temporal de um critério hermenêutico não está previsto ou embutido no texto da lei e tal câmbio se perfaz em um aspecto necessário para que se alcance um padrão de justiça coerente com o ordenamento jurídico. Portanto, e pelo fato de existir uma legitimidade preferente inerente aos atos legislativos dotados de generalidade editados pelo Poder Legislativo, que impõe sua manutenção (quando não evitados de inconstitucionalidade formal ou material), a vinculação do Judiciário aos próprios precedentes se baseia em um critério principiológico fora do texto legal que determina que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igualitária quanto a seus direitos, bem como impede que o judiciário possa se afastar do precedente sem que justifique, de forma substancial e suficiente, a alteração no parâmetro interpretativo. Em suma, tanto a alteração dos critérios utilizados na interpretação do direito, como a utilização de precedentes judiciais na prática forense, são justificados por padrões de justiça exigidos pela igualdade na aplicação do direito (OLLERO TASSARA, 2005, p. 73-77).

Com efeito, e com base em Juan Pages (1990, p. 232), o valor instrumental do precedente não corresponde a ele mesmo, mas este se justifica na motivação da sentença que lhe originou. Portanto, a realização do princípio da igualdade na aplicação judicial das normas não se assegura mediante a atribuição de um valor vinculante formal e dissuasivo ao precedente¹⁹², mas sim através da obrigatoriedade de motivação de cada sentença, porquanto deve ser justificada toda diferença de trato, e isso apenas pode ser confirmado e constatado analisando sua fundamentação, ou, mais especificamente, o princípio que serviu de base à decisão¹⁹³.

¹⁹² É importante ressaltar que tal assertiva não está, necessariamente, a discutir a inconstitucionalidade do efeito vinculante (ademais, tal questão já fora exaustivamente debatida no âmbito do STF na ADC nº 01/93 e Rcl 1.880/SP e seu status constitucional atribuído pela EC nº 45/04 esvazia boa parte da discussão). O que se quer afirmar é que, diferentemente do que entende Gilmar Mendes (2009, p. 604), o efeito vinculante das decisões no controle de constitucionalidade não é decorrência lógica do sistema de jurisdição constitucional realizado pela via direta e abstrata, uma vez que se trata de instituto complementar que não se encontra em vários sistemas que adotam o sistema de controle de constitucionalidade (LEAL, 2006b, p. 114). Consequentemente, não é necessário o efeito vinculante formal dissuasivo constitucional para que se alcance o direito à igualdade na aplicação do direito, pois sua ausência não retiraria a importância de se aplicar precedentes, na medida, conforme será visto, que tais decisões judiciais passadas baseadas em princípios são aplicadas em função do direito constitucional à igualdade; pelo contrário, devemos interpretar o efeito vinculante como complemento processual da sentença que reforça as exigências do direito a igual tratamento e a ser tratado como igual. Em miúdos, a razão pela qual os precedentes devem ser seguidos, além dos aspectos hierárquicos, está na necessidade de se harmonizar a jurisprudência (MAUÉS, 2008) e aplicar o direito a todos, indistintamente.

¹⁹³ Não por outra razão, Maués (2008, p. 94-95) reforça a noção de que o direito à igualdade na aplicação judicial do direito renova a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, porquanto se trata do lugar

Antonio Maués (2008, p. 94) atesta que o direito à igualdade na aplicação judicial do direito exige do intérprete um duplo papel, quais sejam: a) não discriminar as situações que sejam iguais e aplicar os precedentes judiciais pertinentes e b) discriminar as situações desiguais ao deixar de aplicar os precedentes. Quando o juiz descumprir o primeiro de seus papéis, o autor argumenta que o direito a um tratamento igual é violado, porquanto não deveriam ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; quando descumprir o segundo, viola o direito a um tratamento desigual, quando as diferenças devem ser, necessariamente, levadas em consideração.

Após assentadas as balizas que justificam a aplicação dos precedentes judiciais a casos futuros com base no princípio da igualdade na aplicação do direito, convém, ainda que de forma breve, tecer alguns comentários acerca das exigências da igualdade para compreender o porquê de o princípio ser importante para uma teoria dos precedentes em nosso ordenando.

Um dos mais basilares postulados a serem garantidos pelas democracias constitucionais é o respeito à igualdade entre os cidadãos. Tais considerações de justiça igualitária não se esgotam nos ideários ultrapassados de uma igualdade formal, ou seja, aquela que resguarda o igual tratamento de todos perante a lei. Trata-se de um ideário que não é condizente com o grau de complexidade das sociedades contemporâneas e de seus problemas sociais. Dessa forma, como estamos todos sob o pálio de uma Constituição que nos garante isonomia perante a lei (art. 5º, *caput*), devemos compreender que todos têm o igual direito de controle das decisões políticas do governo e do legislativo e que tais poderes constituídos têm a obrigação de respeitar as particularidades e peculiaridades de cada pessoa ou grupo de pessoas¹⁹⁴, com o intuito de tornar eficazes os objetivos de nossa República (art. 3º, da CFRB/88).

De acordo com Dworkin (1999, p. 228-230), a igual consideração e respeito que devemos receber por parte dos poderes republicanos não devem ser calcados em julgamentos morais particulares (ex.: julgamentos de como devemos viver nossa vida, acerca de nossa orientação sexual, as crenças que devemos professar etc.), mas sim através de uma moralidade política potencialmente generalizável de forma suficiente para poder ser considerada como

do *decisum* onde serão expostas as razões pelas quais o intérprete irá decidir por aplicar ou não um precedente, expondo os fundamentos de sua decisão. A fundamentação tem de ser válida, não uma mera simulação, pois fundamentar não é explicar a decisão. Segundo Maurício Ramires (2010, p. 41-42), o juiz explica quando decide o caso de acordo com determinada norma legal, repetindo o texto normativo que julga adequado, sem justificar a escolha, como uma escolha livre que negligencia o fato de inexistir um sentido unívoco e pressuposto anteriormente pela lei, sem que ofereça as razões porque acolhe os argumentos da parte vencedora e porque rejeita os argumentos contrários.

¹⁹⁴ Como afirma Dworkin (1999, p. 216).

emanada da sociedade, como as leis e as decisões políticas coerentes com os ideários da comunidade e dos princípios constitucionais (DWORKIN, 2005, p. 317)¹⁹⁵.

Nesse sentido, há de se considerar a própria comunidade como um agente moral distinto e a busca dessa justificação política reside no ideal da fraternidade¹⁹⁶ (DWORKIN, 1999, p. 228). De acordo com a união de nossa vontade coletiva, somos autores e responsáveis pelas decisões políticas de nossa sociedade, portanto, de uma mesma fonte política, não poderiam surgir leis incoerentes em relação aos princípios que a comunidade adota como um todo¹⁹⁷. A integridade (enquanto ideal político importante na interpretação/aplicação dos precedentes judiciais) faz com que os concidadãos ampliem e compartilhem a dimensão moral de quaisquer decisões políticas passadas, provendo a união da vida moral com a política. O indivíduo, portanto, deve identificar o conjunto de princípios da comunidade a que pertence e deve pautar sua conduta de acordo com ele (DWORKIN, 1999, p. 229)¹⁹⁸.

Compreendemos que o modelo de sociedade de princípios é a que melhor se adéqua às práticas políticas brasileira e à nossa constituição. De acordo com tal modelo, somos governados por princípios comuns, não apenas por regras estipuladas por um acordo político prévio, ainda que esta seja uma compreensão compartilhada por muitos. As decisões políticas

¹⁹⁵ Em miúdos, deve ser demonstrada a criação de uma prática social a partir de uma unidade de agência, formando as unidades coletivas da agência através dos atos considerados como coletivos. Dessa forma, existem limites determinados pelo caráter da vida comunitária, pois as implicações morais de um dos membros não afeta o concerto que é a comunidade moral como um todo. Para melhor explicar tais ideias sobre a comunidade, Dworkin (1990; 2005) propõe a metáfora da orquestra: ela é sempre bem sucedida se cada parte desempenha bem aquilo que lhe cabe, da mesma forma que existem limites determinados pelo caráter da vida comunitária, como aqueles que se referem aos aspectos morais de um dos membros da orquestra. Para que os cidadãos entendam que uma decisão fora tomada de forma coletiva, deve haver uma filiação moral a ela. Mesmo que o indivíduo não concorde com a decisão, a aceita porque a decisão respeita os demais e a si mesmo enquanto indivíduos.

¹⁹⁶ As responsabilidades do grupo são consideradas como obrigações fraternais quando algumas atitudes são observadas: 1) devem ser especiais e possuir caráter distintivo de determinado grupo, não sendo iguais aos que não pertencem ao grupo; 2) vão diretamente de um membro do grupo a outro, ao invés de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo; 3) devem decorrer de um interesse mais geral, qual seja: o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros e as diferentes obrigações são concretizações da responsabilidade manifestada de diferentes maneiras pela associação e 4) as práticas devem demonstrar um igual interesse por todos os membros e que a vida de uma pessoa não seja mais importante que a de outra (DWORKIN, 1999, p. 242-243).

¹⁹⁷ Dworkin (1999) salienta o importante papel da integridade como princípio político apto a se adequar às exigências de uma comunidade fraternal baseada em princípios coerentes, todavia, tal princípio será estudado com mais vagar nas seções posteriores.

¹⁹⁸ Estes pensamentos, que esboçam a ideia de uma ação coletiva comunal (DWORKIN, 1990, p. 329-330), apontam para uma democracia que compreende as formas complexas de governo como importantes para unidades de ação cujo autor seja um grupo e não um único indivíduo, ou a simples soma aritmética deles. Na acepção comunal, as ações são consideradas do grupo não em uma função estatística, mas em relação como uma ação separada, pois em uma perspectiva estatística, os indivíduos tomam suas decisões um a um, a fim de que os resultados sejam considerados de forma majoritária. Na comunal, ação é grupal, não no sentido de um grupo de indivíduos considerados um a um, mas de uma filiação moral às decisões tomadas pelo poder público.

revolvem em torno dos princípios que as regem e esses direitos e obrigações não se esgotam nas decisões políticas passadas, mas dependem das decisões que esses princípios pressupõem e endossam. Nesse passo, a política é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar, a partir de suas concepções de justiça e equidade, não sobre aquilo que as pessoas tentam fazer valer de suas próprias convicções no mais vasto território de poder ou regras possível. Por essa razão, seus direitos e deveres não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, ou seja, cada pessoa está submetida às responsabilidades advindas desses princípios, ainda que não tenham sido formalmente declarados ou identificados. A integridade, enquanto ideal político, considera que as pessoas são iguais em dignidade e que o outro deve ser tratado com o mesmo interesse que nós mesmos (DWORKIN, 1999, 254-258)

Se as pessoas crêem que não são apenas reguladas por regras explícitas estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas, também, por quaisquer outras regras que decorram dos princípios que tais decisões pressupõem, as normas públicas tenderão a expandir e contrair-se organicamente, na medida em que as pessoas se tornam mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que tais princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento legislativo ou jurisprudencial de cada ponto de conflito.

Portanto, interpretando que cada cidadão seja responsável pelas decisões políticas, a ação de cada um significa o desenvolvimento de padrões públicos da comunidade. Dessa forma, a responsabilidade de uma comunidade tratar seus membros de maneira igualitária e a existência de obrigações decorrentes das decisões coletivas da própria se funda na fraternidade. Dessa forma, tendo em vista a concepção de igualdade no tratamento dos sujeitos da comunidade, o direito seria um meio legítimo de impor a força da coerção estatal em casos posteriores com base em precedentes, uma vez que estes representam uma das formas de desenvolvimento das obrigações por meio dos princípios políticos e morais da comunidade.

A igualdade na aplicação do direito se consubstancia em um direito político fundamental que implica em estender a todos os direitos (assim como as interpretações) assentados em um julgamento anterior, como forma de assegurar que a comunidade como um todo, por cancelar o precedente em seus princípios constitucionais (importante que este, portanto, carregue uma resposta correta), se mantenha íntegra nos princípios que fundamentam as obrigações impostas a todos. Em decorrência de tais pressupostos, os precedentes judiciais têm o condão de garantir que as obrigações jurídicas (com seus ônus e

bônus inerentes) sejam suportadas por todos os cidadãos que compõem a comunidade fraternal, por ser seu objetivo que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito pelos poderes da República, o que inclui, por certo, o judiciário.

Visto que os precedentes são indispensáveis para que uma comunidade de princípios trate os seus cidadãos como iguais, com todas as particulares implicações descritas acima, devemos nos voltar para o fato de que tais precedentes possuem graus de eficácia que variam de acordo com inúmeros fatores¹⁹⁹ (ex.: hierarquia, função do órgão de onde emana o precedente, por imposições legislativas etc.). Tal gradação do poder dos precedentes exige que sejam propostas classificações que nos permitam analisar a função que desempenham e as consequências que acarretam sua aplicação ou não.

3.4 - REFLEXÕES QUANTO AO GRAU DE EFICÁCIA DO PRECEDENTE: propostas classificatórias.

O grau de eficácia de um precedente judicial varia de acordo com os contornos que lhe são atribuídos pelo ordenamento jurídico que o regulamenta. Por essa razão, podemos perceber que, ainda que todas as decisões judiciais sejam aptas a formar precedentes, nem todos possuem o mesmo grau de eficácia em determinar o resultado de uma decisão futura. A eficácia de um precedente, portanto, está relacionada com a busca da compreensão da sua influência na resolução de casos análogos (MELLO, 2008, p. 62). Esta problemática ganha maior relevo em nosso país porque não vigora entre nós a regra do *stare decisis*. Isto quer dizer que nosso sistema de precedentes vinculantes dissuasivos constitucionais não permite

¹⁹⁹ Ainda como forma de reiterar que as vinculações formais dissuasivas não são imposições obrigatórias à promoção da igualdade na aplicação do direito em qualquer ordenamento, os diferentes graus de eficácia que podem ser atribuídos aos precedentes demonstra que o mais importante a se buscar é a integridade na aplicação judicial do direito com base em princípios que sejam coerentes com a moralidade política da comunidade, pouco importando quem os tenha produzido. Como breve exemplo, o Superior Tribunal de Justiça pode lançar mão de precedente do Tribunal Superior do Trabalho para fundamentar sua interpretação, mesmo que não exista nenhuma espécie de hierarquia entre os referidos tribunais (pelo contrário, estão situados no mesmo nível hierárquico), considerando que o precedente do TST encerre a melhor interpretação sobre determinado tema, atendendo, dessa forma, aos ditames da igualdade na aplicação da lei. Com efeito, por ter como competência julgar matérias que envolvem a interpretação de leis federais previdenciárias, é comum que as matérias a serem julgadas por ambos os tribunais se relacionem nesse âmbito. Por exemplo, o entendimento do STJ sobre a possibilidade da inclusão, na base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelo empregador incidente sobre a folha de salários, quanto aos adicionais incidentes sobre os salários pagos aos empregados quando estes se submetem a riscos decorrentes da atividade laboral (insalubre ou perigoso), é baseado em iterativa jurisprudência do TST acerca da natureza salarial e não indenizatória dos referidos adicionais (REsp n.º 486.697/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 17/12/2004). Nesse passo, de muito mais valia será a vinculação intelectual, ou seja, a que apresenta as justificativas acerca da interpretação do direito que se apresentam como as mais corretas do que aquelas que impõem efeitos outros para o juiz que não aplicar determinado precedente. Em face desta aparente tensão, igualmente se faz importante a compatibilização da vinculação dissuasiva com a igualdade na aplicação do direito, conforme se explicará no próximo capítulo.

que o órgão julgador, caso encontre o princípio que embasou a decisão dotada de força vinculante, possa se afastar daquela, sob pena de ter sua decisão cassada pela via reclamatória²⁰⁰.

A última afirmação, que será desenvolvida posteriormente, aponta para uma categoria de precedentes que se diferencia dos demais e que se distancia do precedente obrigatório vinculante da *Common Law*, mais especificamente, da experiência norte americana.

Diante dessa perspectiva, colhemos duas classificações propostas por autores nacionais quanto ao grau de eficácia do precedente, para, depois de analisá-las, oferecer uma proposta classificatória dos precedentes judiciais brasileiros.

Patrícia Mello (2008, p. 62-66), por exemplo, divide os precedentes em três categorias:

1) *Precedentes com eficácia normativa*: são aqueles que apresentam um entendimento que deve ser, obrigatoriamente, seguido em casos análogos. Fixam uma orientação a ser seguida em todas as hipóteses semelhantes, projetando efeitos além das partes de um caso concreto. Como exemplo, a autora cita as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça em controle concentrado de normas municipais e estaduais em face da constituição do respectivo estado membro (MELLO, 2008, p. 105).

2) *Precedentes com eficácia impositiva intermediária*²⁰¹: ainda que seu cumprimento não seja a regra, quando alguns precedentes não são aplicados, existe uma grande probabilidade da decisão ser revista e reformulada. Nesse ponto, ainda que não sejam normativos, apresentam alguns efeitos impositivos mais brandos fora do processo, como facilidades recursais e fundamentações mais rarefeitas com a simples citação dos precedentes. Tais precedentes são aqueles formados pelas decisões do pleno do STF e dos Tribunais acerca da inconstitucionalidade de uma norma, já que tornará dispensável aos órgãos fracionários a remessa ao plenário dos respectivos Tribunais, por força do art. 468, parágrafo único, do CPC; os entendimentos sobre questões constitucionais veiculadas em ações coletivas, em razão de seu alcance subjetivo mais amplo e a jurisprudência dominante ou sumular não vinculante do STF, que atribuem poderes aos relatores de negar seguimento ou julgar precedente, monocraticamente, os recursos que lhes contradigam (MELLO, 2008, p. 107)²⁰².

²⁰⁰ Tal constatação não significa que o juiz não possa adotar solução diversa do precedente vinculante quando observar que o fundamento da decisão não se adequar ao caso que tiver de julgar. São, pois, coisas distintas.

²⁰¹ Mesmo sem citar em seu trabalho (MELLO, 2008), podemos incluir neste último exemplo, a jurisprudência dominante e sumulada de todos os Tribunais brasileiros, sejam eles ordinários ou superiores, na medida em que, mesmo aqueles de jurisdição especial, podem aplicar o CPC nesse ponto.

²⁰² A autora pondera que, em razão das recentes discussões a respeito dos precedentes emanados pelo plenário do STF em controle difuso (cf. debates na Rcl. 4335/AC), bem como as alterações legislativas que tendem a atribuir

3) *Precedente com eficácia meramente persuasiva*: serve como meio de persuasão do julgador, não como meio de jungi-lo a sua aplicação. São elementos que fornecem argumentos para convencimento do magistrado. De acordo com a autora, são a regra no direito brasileiro, quando a matéria não seja constitucional e, como exemplo, cita as decisões de magistrados de primeiro grau e decisões tomadas por órgãos fracionários dos Tribunais (MELLO, 2008, p. 108-109).

Marcelo Souza (2008), por seu turno, se preocupou em propor classificações dos precedentes judiciais baseado nas experiências dos países oriundos da *Common Law*, notadamente, os Estados Unidos e a Inglaterra. Quanto ao grau de influência do precedente, o autor os divide em três categorias:

1) *Precedentes persuasivos*: persuasivos são aqueles precedentes que, para determinado caso, o juiz não se encontra obrigado a seguir. No entanto, se os adota, é por estar convicto de sua correção. Sem que aponte exemplos, afirma que se trata da regra no direito brasileiro (SOUZA, 2008, p. 53-54).

2) *Precedentes relativamente obrigatórios*: tais precedentes se caracterizam pela possibilidade de serem afastados, desde que existam razões suficientes para tanto. No mais das vezes, são casos em que o precedente está fundamentado de maneira errada, o que impede que seja aplicado. Complementa o autor que tais precedentes podem se caracterizar quando mudanças no direito o tornam inaplicável, como uma mudança na lei, por exemplo, que lhe servia de suporte (SOUZA, 2008, p. 54-55).

3) *Precedentes absolutamente obrigatórios*: devem ser seguidos mesmo que o juiz ou tribunal os considere incorretos ou irracionais, o que se determina como algo que não pode ser alterado (SOUZA, 2008, p. 55)²⁰³.

Considerações críticas às propostas apresentadas

Não desconhecemos que a questão meramente semântica da divisão dos precedentes pouco acrescenta ao debate em torno da questão. Ou seja, se considerarmos que se classifica como *vinculante* ou *obrigatório* um precedente emanado do controle concentrado de constitucionalidade, de pouca ou nenhuma valia será a constatação dessa nomenclatura para seu grau de eficácia e persuasão.

uma eficácia mais generalizante aos precedentes dos tribunais (Lei 11.418/06), tais precedentes estariam no rumo de uma eficácia normativa.

²⁰³ Ainda que lance mão da classificação exposta, o autor afirma que concorda com aqueles que distinguem os precedentes em apenas duas categorias: obrigatório e persuasivo (SOUZA, 2008, p. 56)

Entretanto, consideramos que algumas categorias elencadas pelos autores acima são problemáticas quanto ao seu aspecto analítico, uma vez que podem não ser claras o suficiente para descrever e servir de base de análise dos precedentes que se produzem no Brasil.

Uma das primeiras críticas se dirige à categoria de Patrícia Mello (2008) dos *precedentes com eficácia normativa*. De acordo com a autora, seriam aqueles que fixam orientações obrigatórias da mesma forma que uma lei, pois dotados de generalidade, de forma permanente e sujeitos à sanção, no caso de seu descumprimento (MELLO, 2008, p. 63).

Três problemas podem ser levantados a respeito da categoria acima: a) a primeira é a de igualar o precedente dotado de eficácia vinculante com a lei. Conforme visto anteriormente, os precedentes são interpretados de acordo com os casos que lhe serviram de base para sua formulação; b) em seguida, negar valor normativo aos demais precedentes é um erro, pois parte da premissa de que o aspecto normativo não diz respeito ao fato dos precedentes gerarem justificativas a serem consideradas em um caso posterior. Isto porque, mesmo que o precedente não seja dotado de efeito vinculante constitucional, pode ser seguido por um magistrado, ou seja, tal precedente, por conta de sua fundamentação, passou a exercer força normativa para o caso. Se os juízes seguem os precedentes por conta de um fator racional, então os precedentes exercem força normativa e tais justificativas podem ser: a exatidão do precedente, a prática do tribunal, expectativa dos litigantes, a opinião comum dos doutrinadores e a necessidade de se aplicar o direito de acordo com decisões passadas que analisaram o caso²⁰⁴ (PECZENIZ, 1997, p. 465-466) e c) a noção de que o direito e a lei, por consequência, são observados quando haja uma determinada sanção a ser imposta, se relaciona às ultrapassadas noções Kelsenianas sobre o direito, que, conforme explorado acima, não são suficientes para explicar a prática dos precedentes²⁰⁵.

²⁰⁴ Não bastassem tais considerações, a possibilidade de se anular uma sentença pelo fato de seu fundamento ser contrário a uma orientação jurisprudencial, já é um forte indício para considerá-la como fonte normativa (PAGES, 1990, p. 236).

²⁰⁵ De mais a mais, desde Hart (1986) a existência de uma sanção não confirma a existência do direito. De acordo com Hart (1986), uma lei criminal ou que imponha a responsabilidade civil a determinado indivíduo se contrapõe às leis que determinam a feitura e a realização de um contrato, porquanto as últimas não impõem deveres e obrigações semelhantes aquelas às partes contratantes. Dessa feita, é curial que se considere o caráter relativo à função social da lei para que lhe se diferencie das demais, como uma lei penal e uma civil, por exemplo. Nesse sentido, por exemplo, as leis processuais exercem um papel informativo e limitador, que, não indicando a abstenção ou realização de algum comportamento por parte do juiz, apenas apontam balizas para sua decisão e que não impõem sanções punitivas ao juiz que as descumprir. Em função da diferença de conteúdo das regras, existe, igualmente, uma distinção entre os atos nulos praticados por particulares e as decisões de Tribunais que violam leis processuais concernentes a sua competência jurisdicional. O primeiro ato não produz efeitos jurídicos, já o outro ato, não sendo impugnado devidamente, será juridicamente válido e passível de posterior execução. Ou seja, a nulidade se apresenta como o não preenchimento de uma condição essencial para o exercício de poder outorgado pelas leis, retirando eficácia jurídica ao ato. Impertinente, portanto, sua identificação com uma sanção criminal. Por fim, as leis criminais determinam um comportamento indesejado pela sociedade, por isso que são impostas graves sanções punitivas ao infrator. No caso das leis civis que

Antes de ser uma questão de simples nomenclatura, a noção de *precedentes com eficácia impositiva intermediária* demonstra uma dificuldade natural em distinguir os diferentes graus de vinculação que um precedente pode apresentar em um dado ordenamento jurídico. Talvez tenha sido, inclusive, esta a razão da autora não ter considerado a primeira categoria de precedentes como, simplesmente, de eficácia vinculante²⁰⁶, uma vez que aqueles caracterizados com a eficácia impositiva intermediária vinculam determinados sujeitos, ainda que de uma maneira distinta dos efeitos vinculantes das decisões do STF emanadas de sua competência concentrada.

Por exemplo, a vinculação dos órgãos fracionários aos precedentes do plenário ou do órgão especial do Tribunal respectivo, apenas representa a regra da divisão dos trabalhos da Corte, uma vez que os órgãos fracionários são dela apenas uma parte (SOUZA, 2008, p. 251). O que não impede que o plenário ou órgão especial do Tribunal altere um precedente, ou dele divirja quando entender necessário. Noutro ponto, não deixa de ser vinculação aquela referente à jurisprudência dominante e/ou sumulada dos Tribunais Ordinários e dos Tribunais Superiores que irradia efeitos quanto ao conhecimento/provimento (ou não) de recursos e o conseqüente aumento dos poderes dos relatores, fruto da força vinculatória desses precedentes.

A proposta de Marcelo Souza (2008) unifica a ideia de diferentes graus de vinculação do precedente na sua obrigatoriedade de aplicação, daí, portanto, afirmar que existem precedentes que são de observância obrigatória, mas, em seguida, qualifica determinados precedentes em razão da sua absoluta aplicação, sem que se possa divergir do entendimento encerrado na decisão.

Atualmente, não podemos deixar de observar que os precedentes do STF dotados de efeito vinculante se diferenciam daqueles emanados dos Tribunais superiores, que versam sobre sua respectiva competência. Partindo de um pressuposto mais geral acerca dos precedentes e afirmando que são sempre aplicáveis a partir de sua fundamentação principiológica, os precedentes dotados de eficácia vinculante se diferenciam em razão de sua vinculação formal²⁰⁷ (a constituição e leis ordinárias assim o determinam), que enseja a propositura da reclamação, caso descumpridos. As características das conseqüências que

regulam determinadas condutas, ainda que seja possível a nulidade do ato que exterioriza a conduta, esta é encorajada e prevista pela lei. Sendo impossível sua simplória identificação (HART, 1986, p. 40-89).

²⁰⁶ Sobre a vagueza da nomenclatura vinculação, ver Giovanni Sartor (1996, p. 246).

²⁰⁷ Algumas classificações apontam a vinculação do precedente como conseqüência de um aspecto formal (como, por exemplo, o efeito vinculante constitucional ou legal e o *stare decisis*) e outros precedentes que possuam uma maior força vinculatória que os demais, como não formalmente vinculantes, mas que possuem força. Exemplo dessa classificação, podemos ver em PECZENIZ (1997, p. 463).

decorrem de sua aplicação (o uso da reclamação e a inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos atos normativos ou leis de igual conteúdo material) lhes atribuem um nível de vinculação formal que não se iguala aos precedentes do restante dos Tribunais Superiores, ainda que esta esteja presente, na medida em que sua força diferenciada advém da legislação processual e de fatores hierárquicos/funcionais²⁰⁸.

Em face de tais considerações e dos variados graus que os precedentes possuem, muito pouco acrescenta à sua classificação dividir os precedentes em *absolutamente obrigatórios* e *relativamente obrigatórios*, porquanto os precedentes que são dotados de uma eficácia vinculante distinta dos precedentes do STF, não deixam de ser de observação obrigatória para os que se encontram sujeitos a eles. Em outras palavras, um precedente, uma jurisprudência sedimentada ou uma súmula do STJ se afiguram como absolutamente obrigatórias aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, pois tais não dispõem da faculdade de revogá-los

²⁰⁹.

Desta forma, não podemos fugir da constatação de que evitamos mais problemas nas classificações se dividirmos os precedentes, quanto a sua força, em dois grupos²¹⁰: *precedentes de vinculação intelectual*²¹¹, que são aqueles baseados na força persuasiva das decisões de uma instância superior, sem que sejam impostas por mecanismos formais de exigibilidade impostos pela lei ou pela posição hierárquica da corte, e *precedentes de vinculação dissuasiva*, cujo desrespeito à jurisprudência acarreta a necessária cassação das sentenças.

²⁰⁸ Michele Taruffo (1997, p. 437-438) sustenta que, para a compreensão da utilização de um precedente é importante que se considere a posição hierárquica das cortes, uma vez que as cortes inferiores se caracterizam por estarem em um nível hierárquico que importa certo grau de subordinação, que tende a aumentar em um sistema jurídico que esteja estruturado em várias instâncias. Ademais, um elemento da força dos precedentes das cortes superiores, em uma vinculação de autoridade do tipo vertical, está caracterizado pelo fato de estarem no ápice do sistema judicial ou, também, por serem cortes de última instância. Portanto, a vinculação ao precedente existiria e seria necessária como uma consequência imediata da posição hierárquica das cortes, sem que se recorresse a outros mecanismos formais de vinculação.

²⁰⁹ Já fora ressaltado outrora, mas é sempre válido rememorar: não se está afirmando que os Tribunais de Justiça e Regionais Federais não possam se afastar do precedente quando não for o caso de sua aplicação, realizando distinções. O que não podemos deixar de asseverar é que apenas o próprio STJ pode revogar seus precedentes e retirar-lhes a eficácia vinculante formal trazida pelas leis infraconstitucionais procedimentais. Ademais, estamos falando de revogação e não de superação.

²¹⁰ Tal classificação se baseia em Luiz Guerra (2000). Entre nós, tal classificação foi, primeiramente, desenvolvida por Maués e Scaff (2005, p. 42).

²¹¹ Da mesma forma que o predicado ôvinculante se aponta como polissêmico e vago, sem que se limite seu alcance, preferimos *precedentes de vinculação intelectual* ao invés de *precedentes persuasivos*, pois tal nomenclatura (ôpersuasivosö) padece daquele mesmo problema. Isto porque todos os precedentes vinculantes são persuasivos, da mesma forma que todos aqueles que persuadiram o intérprete posterior. Da mesma forma, poderíamos nos perguntar: persuasivos seriam apenas aqueles precedentes que persuadem pelo acerto de suas razões substanciais, ou, independentemente de suas razões, aqueles que atendem a formalidades institucionais? (SARTOR, 1996, p. 246).

As categorias apresentadas têm a vantagem de reduzir as confusões que podem ser trazidas pelas outras categorias, porquanto não se preocupa em dividir os precedentes do STF daqueles advindos dos demais Tribunais Superiores, focando sua atenção, menos nas questões de hierarquia institucional, e mais nas consequências dessa vinculação dissuasiva, ou seja, a reforma da sentença mediante o recurso ou a cassação da decisão por meio da reclamação constitucional.

3.5 - PERSPECTIVAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE NAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E CASS SUNSTEIN.

Em face do afirmado linha atrás, a concepção de direito adotada é determinante no modo com que o precedente será aplicado e interpretado. Como pudemos observar, o paradigma positivista ainda é bastante presente em nossa dogmática e prática jurídicas, o que tende a gerar graves violações a Direitos Fundamentais.

A compreensão que se tem acerca do fenômeno jurídico nos ajuda a encontrar respostas às questões relacionadas ao manejo com precedentes. Por exemplo, dependendo da maneira com que determinada teoria entende a vinculação dos precedentes, a resposta acerca dos graus de vinculação serão variáveis, para uma vinculação mais forte ou mais fraca da regra do precedente²¹² e ainda, a compreensão da interpretação constitucional implicará na formulação dos precedentes, bem como na sua posterior interpretação/aplicação por parte dos demais órgãos do judiciário.

Portanto, é necessário que tomemos partido de uma teoria do direito que possa oferecer as respostas a que procuramos e que esta seja a que melhor se enquadre em nosso ordenamento, seja do ponto de vista descritivo, mas, principalmente, normativo.

Para tanto, escolhemos discutir as teorias de Ronald Dworkin e Cass Sunstein, dois autores norte-americanos que se debruçaram sobre o tema dos precedentes como consequência de suas teorias acerca do direito. A escolha dos autores se justifica pela tradicional cultura dos precedentes nos Estados Unidos da América, que pode servir de grande auxílio para a formulação de uma teoria dos precedentes que seja coerente com o direito brasileiro.

²¹² Sobre a estreita relação entre teorias acerca do direito e sua influência na aplicação do precedente, cf. Michael Gehardt (2008, p. 47- 77).

As teorias apresentadas são bastante distintas e, até certo ponto, inconciliáveis, pois partem de pressupostos políticos, jurídicos e filosóficos distintos e chegam a conclusões diversas. Serão apresentadas e estudadas por essa razão e, caso o leitor não se convença pelos argumentos da teoria adotada, poderá ter acesso a outra que lhe contraponha com justificativas fortes e contundentes²¹³.

3.5.1 - **A integridade no direito e os precedentes:** interpretação construtiva, coerência dos julgados e princípio da igualdade.

Ronald Dworkin desenvolveu umas das mais importantes teorias do direito da atualidade, apresentando respostas, filosoficamente fundamentadas, para problemas que sempre estiveram presentes na prática jurídica, tais como: a natureza da divergência entre os intérpretes; o papel da interpretação jurídica e sua importância; a natureza mesma do direito; a relação entre jurisdição constitucional e democracia; o papel dos princípios no raciocínio jurídico etc.

Em função de sua amplitude, profundidade e difusão, ainda que para discordar de suas ideias, é pouco provável que quaisquer incursões jurídicas (ou mesmo político-filosóficas) nos temas arrolados acima não citem Dworkin²¹⁴.

Como referido acima, a teoria de Dworkin é muito vasta e está em constante construção, o que inviabilizaria uma descrição sistemática e exaustiva acerca de todos os problemas que enfrenta. Entretanto, descreveremos e adotaremos como referencial teórico as partes que julgamos mais importantes para a abordagem do tema objeto de estudo, a interpretação jurídica, o conceito de direito e aplicação dos precedentes.

A interpretação do direito: interpretação construtiva.

A interpretação jurídica ocupa uma posição central em toda obra de Dworkin. Sua conceituação de interpretação construtiva é indispensável para uma melhor compreensão acerca do raciocínio jurídico e para elucidar questionamentos sempre presentes no trato do

²¹³ Vale a pena ressaltar que essas não são as únicas teorias do direito que apresentam formulações específicas aos precedentes, mas foram escolhidas por conta do diálogo direto entre os autores e em razão da possibilidade de serem tomadas como teorias aptas a descrever e prescrever noções e respostas ao problema dos precedentes no Brasil.

²¹⁴ De acordo com Casalmiglia (1992), as teorias de Dworkin são mais contestadas que seguidas. Stephen Guest (1991, p. 01), em estudo específico dedicado às teses de Dworkin, afirma que seus críticos consideram que suas teorias são fortes e importantes o suficiente para serem sempre consideradas.

tema, como a objetividade da interpretação, a existência de uma resposta certa e como se desenvolve uma interpretação jurídica.

Sobre o tema, o autor inicia com a afirmação de que o Direito é um produto cultural, ou seja, criado a partir de concepções de determinada comunidade. Portanto, quando há divergência de interpretação entre tradições, estas são genuínas, na medida em que se voltam ao mesmo e único objeto que visam compreender. Por essa razão, só se afiguram possíveis divergências que versem sobre o mesmo objeto a ser interpretado, ainda que se utilize diferentes critérios para dar forma a diferentes interpretações acerca das práticas e tradições e sobre o que realmente significam (DWORKIN, 1999, p. 57).

Nesse sentido, o ponto de vista da interpretação tem de ser o interno, do intérprete e uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos. Portanto, muito importante para a prática interpretativa é desenvolver o próprio conceito de interpretação, ou seja, desenvolver uma abordagem teórica particularmente destinada a explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais como a do direito, enquanto conceito interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 60).

Desta forma, há de se perquirir de que forma interpretamos determinado objeto, no caso, uma prática social, que é algo criado pelas pessoas, mas distinto delas. Para responder a esta pergunta, o autor lança mão do conceito de interpretação criativa e explica o lugar da intenção naquela.

A interpretação criativa é intencional no sentido de que, em sua essência, se preocupa com aquilo que o objeto tem a dizer, não suas causas. Neste contexto, portanto, a interpretação criativa é construtiva, uma vez que se preocupa com o propósito (este é do intérprete, não do autor²¹⁵) e não com a causa do objeto interpretado. Este propósito, por sua vez, existe a fim de tornar o objeto o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertença. Portanto ó esta assertiva é importante - não se pode atribuir qualquer sentido à obra ou à prática. A história ou a forma da prática exercem uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos. A interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. Desta forma, conclui o autor que a opção do intérprete deve ser pela interpretação que atribua o máximo de valor àquela prática e que seja possível mostrá-la com mais nitidez ó toda interpretação tenta tornar algo o melhor objeto possível (DWORKIN, 1999, p.61-65).

²¹⁵ Caso não consideremos que a interpretação jurídica parte de pressupostos que tomam por fundamento a intenção do intérprete, voltaríamos ao positivismo de seguir decisões tomadas por pessoas no passado, sem que as pudéssemos interpretar (DWORKIN, 2000, p. 220).

A interpretação criativa e a construção criativa da interpretação são mais do que a interpretação conversacional, ou seja, aquela dirigida a um autor, pois não podemos fugir da tentação de tentar fazer o objeto interpretado o melhor que, em nossa opinião, ele possa ser. Portanto, se acharmos que o objeto da interpretação artística é a intenção do autor, isso deve ser uma consequência da aplicação, à arte, da interpretação construtiva, ou seja, tal resultado já é uma interpretação do papel que a intenção do autor desempenha na consideração de um objeto como uma obra de arte²¹⁶. Nesta assentada, o autor expõe alguns cuidados que devem ser observados ao se interpretar uma prática social como o direito. Salienta o filósofo que a compreensão deve ser da prática e não a de seus adeptos ó a interpretação da prática deve ser diferente da compreensão desta pelos que a praticam. O que implica a necessidade daquele que interpreta, participar da prática social a ser interpretada (DWORKIN, 1999, p. 66-67).

A interpretação é um relato de um propósito, que propõe uma forma de ver o objeto interpretado como se fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas em uma direção, ao invés de outra, ainda quando se trate de uma prática social em que não existe um autor real que possa ter a mente investigada (DWORKIN, 1999, p. 71-75).

Desta forma, uma vez que se pode buscar o objetivo de uma prática ainda que não haja um autor físico, deve-se pensar como buscar a intenção nas práticas sociais. No intuito de responder essas perguntas, Dworkin (1999, p. 77-80) conclui que, para que haja interpretação da prática, é necessário que haja o compartilhamento de determinadas circunstâncias, tais como: o vocabulário e uma compreensão de mundo semelhante ó para interpretar a prática o cientista deve aderir a ela para melhor compreendê-la, deve compartilhar uma vida concreta com o outro, compreender o que diz e faz. Ademais, os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa da qual não podem escapar totalmente.

Para que encontre um refinamento da interpretação construtiva, o autor (DWORKIN, 1999, p. 81) elenca as etapas a serem seguidas no ato de interpretar: 1) *Pré-interpretativa* : exige uma necessidade de consenso entre os intérpretes, é a etapa em que se expõe as regras e padrões que se considera fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo nessa etapa existe uma interpretação anterior; 2) *Interpretativa*: concentração numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificados na etapa pré-interpretativa, o intérprete raciocina como autor da interpretação, não da prática. O intérprete é alguém que interpreta a prática, não alguém que inventa uma nova e 3) *Pós-interpretativa* : ajustamento da sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que o intérprete aceita

²¹⁶ Não importa o que consideremos como intenção do autor, esta sempre dependerá dos valores do intérprete e de sua compreensão do que tomaria a obra melhor (DWORKIN, 1999, p. 69-70).

na prática interpretativa. A interpretação de uma prática social exige, portanto, o equilíbrio entre a justificativa da prática e suas exigências pós-interpretativas²¹⁷.

Direito como conceito interpretativo

Feitas as considerações acima, o Direito é encarado como um conceito interpretativo, uma vez que é uma prática social que possui sentido e objetivos²¹⁸.

Os juízes possuem a responsabilidade específica de julgar. Esta é sua função e para melhor desempenhá-la, cada juiz desenvolve um conjunto de interpretações que acredita que dará conta da prática do direito; de acordo com suas próprias convicções e tendências, desenvolvem teorias. Suas divergências são teóricas sobre a melhor interpretação do direito. As teorias interpretativas se baseiam nas convicções do intérprete sobre o sentido, propósito ou sobre os princípios justificativos da prática do direito como um todo e tais serão diferentes, nos detalhes, daquelas formuladas por outros juízes. Esta divergência reflete o direito no âmbito da sociedade, não fora dela e inúmeros meios sociais exercem coerção sobre a interpretação realizada pelos juízes. Sob pena de serem consideradas absurdas, tudo leva à convergência entre as diferentes interpretações, que, diga-se de passagem, podem carregar ideologias e visões políticas distintas e, em função de uma prática reiterada, passam a ser tradicionais, formando paradigmas. O direito está permeado pelas ideologias e isso é bom, pois mostra o quanto está sensível às fricções e tensões intelectuais existentes no seio da sociedade. Tal perspectiva nos permite ter uma noção de nossa cultura jurídica e como seu caráter muda com o passar do tempo, uma vez que, através dos paradigmas, algumas interpretações são muito populares em algumas épocas e em outras são contestadas e, conseqüentemente, abandonadas (DWORKIN, 1999, p. 109-112).

Enquanto empreendimento interpretativo, o direito não pode florescer em qualquer comunidade, para que a empreitada interpretativa seja bem sucedida, é necessário que haja

²¹⁷ O autor aponta para existência dos paradigmas em uma prática interpretativa; estes seriam as práticas reiteradas em determinada época que se afiguram como exemplos concretos de interpretações plausíveis de determinada prática e nenhuma interpretação posterior poderá negligenciá-los e sua interpretação sempre deve ser capaz de incluir ou excluir o paradigma, quando não responder às exigências pós-interpretativas. Aponta o autor que a superação de paradigmas é perfeitamente possível, uma vez que estes funcionam somente como parâmetros de interpretação, até que uma explicação demonstre seu equívoco (DWORKIN, 1999, p. 88-89).

²¹⁸ Guest (1991, p. 24) complementa que os conceitos interpretativos não são satisfeitos apenas com considerações descritivas sobre o que são (por exemplo, afirmar que uma proposição jurídica *oëö*, significa dizer que todos devem concordar com aquilo que nos referimos quando falamos sobre ela). No entanto, para fazer quaisquer considerações acerca das mesmas, o critério semântico é insuficiente. Por essa razão, para compreender tais conceitos, devemos entender que eles possuem significado e o mesmo é passível de interpretação acerca do que sejam.

consenso sobre aquilo que os advogados discutem acerca dos assuntos jurídicos, ou seja, sobre aquilo que seja considerado como prática jurídica. Isso não quer dizer que tenham de ter a mesma compreensão sobre todas as matérias que devem considerar como jurídicas, mas que devem compartilhar o mesmo entendimento sobre aquilo que consideram como direito, ainda que divirjam quanto ao seu conteúdo. Trata-se, portanto, de um necessário consenso na etapa pré-interpretativa. Seria um erro acreditar que extraímos nossas considerações sobre aquilo que é jurídico por meio de uma definição comum e satisfatória intelectualmente, daquilo que configura um sistema jurídico e de quais estruturas o compõe²¹⁹. A cultura jurídica demonstra que nossa prática forma um sistema, as características próprias e a combinação que o formam partem do problema interpretativo, não são um dado da estrutura pré-interpretativa, mas parte do processo de atribuir sentido ao que encontramos e praticamos (DWORKIN, 1999, p. 113-114).

Para delimitar o conceito de direito, devemos começar por uma identificação pré-interpretativa, quase consensual, dos domínios do direito e com os paradigmas que dão sustentação ao argumento. A formação do conceito central da instituição deve permitir identificar seus argumentos como capazes de se estruturar como argumentos sobre uma concepção rival de um mesmo conceito, ou seja, compreenderemos melhor o direito se encontrarmos uma descrição abstrata semelhante do escopo do direito que a maioria dos teóricos reconhece (DWORKIN, 1999, p.115).

Partindo desses pressupostos, o autor visa estruturar um argumento central que possa servir de análise de várias concepções, assim como guia de uma determinada estrutura de argumentos. Para Dworkin (1999, p. 116), tal argumento seria o de que o Direito serve como mecanismo de imposição da coerção estatal, todavia, tal imposição deve ser sempre justificada. O governo tem objetivos, inúmeros, e utiliza sua força coercitiva que monopoliza para este e outros fins, sendo o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito o de guiar e restringir o poder do governo da maneira a seguir: o direito insiste que a força não deve ser usada ou refreada (não importa quão sutil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins) a menos que seja permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, ao momento que se justifica o uso da força pública. Dessa forma, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a

²¹⁹ Ou que pudessem ser aferidos por um teste de *pedigree*, por exemplo, reconduzidos a uma regra de reconhecimento ou a uma norma hipotética fundamental.

coerção estatal porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado, são as obrigações jurídicas.

Por fim, as concepções do direito aprimoram a interpretação inicial e consensual do conceito do direito e tendem a responder três perguntas postas por ele. Nesse passo, dependendo de qual concepção de direito for adotada, diferentes respostas serão formuladas para os seguintes questionamentos: 1) justifica-se o elo entre direito e coerção? 2) faz sentido que o aparato coercitivo estatal seja utilizado somente quando conforme a direitos e responsabilidades decorrentes de decisões políticas anteriores? 3) Se tal sentido existe, qual seria? Que noção de decorrência (coerência com decisões anteriores) é a mais apropriada? (DWORKIN, 1999, p. 117-118).

Uma concepção do direito: o direito como integridade.

O direito é um conceito interpretativo, o que quer dizer que a verdade das proposições jurídicas depende das concepções interpretativas que se têm do direito, o que permite encará-las como objeto de interpretação e não como uma realidade dada situada no plano do dever-ser, apartada das características essências da realidade. Vimos, igualmente, que a interpretação do direito é construtiva, ou seja, se preocupa com a reconstrução argumentativa das justificativas consideradas pelo intérprete, e, como tais considerações dependem das compreensões do mesmo acerca do que considera direito, os questionamentos sobre a ampla divergência e insegurança jurídica sempre surgem pela pena dos detratores da teoria de Dworkin. No entanto, a exposição acerca da interpretação acima se complementa com outra tese do autor, qual seja: a integridade no direito²²⁰.

²²⁰ Para falar da melhor concepção, Dworkin (1999) rejeita outras concepções de direito. Dessa forma, a primeira destas concepções é a convencionalista (que seria o positivismo considerado sobre a ótica hermenêutica). Segundo esta doutrina, o direito está ligado às convenções sociais, de modo que todo direito está assentado nas decisões políticas anteriores e os juízes devem, portanto, obrigatoriamente segui-las. Contudo, não quer dizer que o juiz não possa superar os paradigmas quando não haja precedente anterior quando for julgar determinado caso. Nessas situações, simplesmente, não existe o direito, que será criado e aplicado de forma retroativa de acordo com uma decisão discricionária do juiz, lançando mão de argumentos extrajurídicos. Como o juiz deve se eximir de decidir de acordo com suas convicções morais e políticas, deverá buscar a regra que teria pensado o legislador, legitimado pelas convenções sociais. Todavia, esta concepção apresenta falhas irremediáveis e deve ser descartada, pois os juízes adeptos do convencionalismo não tomariam uma decisão que pudesse alterar convenções postas, porque daí surgiria uma regra diferente, o que limita sua atividade jurisdicional e de interpretação do direito em face das sempre cambiantes estruturas sociais. Uma segunda concepção trazida à baila por Dworkin é a pragmática (que seria o realismo jurídico). Trata-se, em sua essência, de uma concepção cética, porque nega que as decisões políticas do passado ofereçam justificativas suficientes e plausíveis ao uso da força coercitiva do Estado em determinado momento. Sua fundamentação, portanto, está na justiça ou em outros valores importantes que serão utilizáveis para o progresso da sociedade. Os juízes, por sua vez, são livres para escolher a regra que vão utilizar no caso em questão, podendo o juiz atender a argumentos políticos e decidir

Antes de descrever o direito como integridade, cumpre, ainda que brevemente, tecer alguns comentários sobre a integridade.

Dworkin (1999, p. 213-215), inicialmente, reconhece que a integridade não seria necessária em uma comunidade política ideal. Por sua vez, a integridade deve ser entendida como um ideal político distinto, para ser mais bem compreendida, da justiça e da equidade. A justiça e a equidade para a maioria das pessoas são ideais políticos parcialmente independentes, dessa forma, às vezes, deve-se optar por um dos dois em matérias políticas controversas. Partindo desse pressuposto, ambos podem entrar em conflito e devem, conforme salienta, em alguns casos, ser sacrificados em função da integridade. Isto ocorre porque, por vezes, alcançamos decisões justas por meios não equitativos e o contrário também é verdadeiro. Com base nessas constatações, o autor conclui que, na política, portanto, devemos, em algumas situações, escolher algum dos dois princípios e se a integridade é independente, é porque devemos escolhê-la, em detrimento da justiça e equidade, quando o caso assim o requerer.

A equidade política pressupõe que todos tenham o igual direito de controle das decisões políticas do governo e do legislativo, portanto, a equidade não deveria se restringir às decisões de uma maioria em questões morais controversas, mas deveria ser resultado de uma questão proporcional. Nesses casos, haverá, necessariamente, divergência em relação a questões morais, e seria problemático relegar apenas a uma maioria a decisão dessas questões, melhor seria, para assegurar a equidade das decisões políticas, partirmos para conciliações (leis que são incoerentes em princípio, apenas justificadas por questões de equidade nas convicções morais) e/ou debates para que haja participação da minoria. Uma conciliação salomônica destes interesses imiscíveis pode criar perplexidade, caso se tentasse colocá-los todos em uma mesma regulamentação. As leis conciliatórias são, portanto, aquelas que são incoerentes em princípio, no caso das diferentes concepções acerca da moralidade política. Todavia, rejeitamos tal possibilidade quando se trata de questões de princípio, ainda que todas as vozes devam ser ouvidas, a decisão coletiva deve tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda a todos. Nas deliberações, há de se chegar a uma decisão coerente e que represente os limites naturais da autoridade que a emanou (DWORKIN, 1999, p. 216-217).

A justiça, ao seu turno, é uma questão de resultados; uma política pode ser injusta, ainda que equânime, mas por que temos de dar atenção à integridade de princípios em

prospectivamente. Da mesma forma que o convencionalismo, o pragmatismo falha em trazer o direito a sua melhor luz.

questões de justiça? Não podemos negar que a justiça pode fomentar as soluções conciliatórias, que, certamente, produzirão exemplos de justiça e injustiça, ainda que possamos divergir sobre quais seriam as mais justas. O problema da injustiça na estratégia conciliatória é que trata os diferentes de maneira diferente sem que haja um *discrimen* suficiente para tanto. A estratégia da conciliação não acaba com as injustiças, mas cria novas e as pode perpetuar, e não questionamos, no entanto, que a justiça não nos condiciona a manter soluções injustas a menos que possamos eliminar todas. Ainda que possam parecer sedutoras por razões de equidade e justiça, as soluções conciliatórias nos causam repulsa e rejeitamos seu uso de antemão, pois novas injustiças serão criadas por elas. Rejeitamos o argumento conciliatório não por ser impraticável, mas por ser errado. Com efeito, nossos institutos sobre a conciliação interna sugerem outro tipo de ideal político ao lado da justiça e da equidade²²¹ tal ideal é o da integridade (DWORKIN, 1999, p. 218-223).

O ideal da integridade se enfraquece se os direitos aplicados não poderem ser sindicados de maneira mais abrangente e geral (defendidos em conjunto) como uma série coerente de princípios de justiça equidade ou devido processo legal. A integridade, portanto, está dentro da comunidade política, não entre ela e, enquanto uma virtude política distinta, as obrigações comunitárias poderão ser atribuídas moralmente, de forma objetiva, a uma comunidade de princípios de índole fraternal (DWORKIN, 1999, p. 224-253)²²².

O aspecto jurídico da integridade determina que os juízes devam se manifestar sobre direitos e deveres legais, criados, pressupostamente, por um só autor: a comunidade personificada, expressando justiça e equidade. *Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade ou devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade* (DWORKIN, 1999, p.272). A integridade impõe que o material jurídico seja constantemente interpretado, ainda que se considere que tenha sido feito com sucesso anteriores interpretações (DWORKIN, 1999, p. 273).

A história é importante ao direito como integridade em um certo sentido: a integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade. Não exige coerência como continuidade de leis em desuso de séculos atrás; exige, entretanto, uma coerência mais horizontal da legislação do que vertical, aplicada por uma comunidade contemporaneamente. Os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas políticas do

²²¹ Dworkin (1999, p. 223) consigna que a integridade na legislação não rejeita a conciliação em alguns casos, como a vedação de aborto para estupro, por exemplo, mas sim a incoerência entre princípios de maneira injustificada.

²²² Sobre o tema, ver o item 3.3 supra.

passado que permitem a coerção contêm os princípios necessários a sua justificativa. O enfoque com o passado, de acordo com o direito como integridade, será determinado pelo alcance a ser atribuído à questão no presente, pois pretende justificar aquilo que fizeram (e por vezes, disseram) através de princípios justos que podem ser honrados e ressaltados no tempo de sua aplicação (DWORKIN, 1999, p. 274).

Dessa forma, conforme o visto acima, a interpretação criativa não busca descobrir a vontade do autor, mas sim impor um propósito ao objeto interpretado, aos dados ou tradições. Nesse passo, a interpretação judicial se assemelha às demais, em especial à literária, em razão do seu aspecto normativo. O juiz, portanto, é autor e crítico, uma vez que oferece alguns acréscimos à tradição que interpreta (DWORKIN, 1999, p. 275)²²³.

Dworkin imagina, partindo da conclusão anterior, o projeto de um romance em cadeia, no qual um grupo de romancistas escreve um romance em série, cada um interpretando os capítulos que recebeu para escrever um novo, e assim por diante. No direito, cada juiz tem a incumbência de escrever seu capítulo, a fim de desenvolver, da melhor maneira possível, o romance em elaboração²²⁴. A unificação do romance é muito importante e a complexidade da tarefa reproduz a tarefa de decidir um caso difícil: os juízes devem ter responsabilidades com a continuidade e devem buscar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor. Devem adotar um ponto de vista que lhes permitirá formular uma teoria que lhes fará trabalhar vários elementos da trama. Nessa perspectiva, o autor do romance em cadeia, levando a sério sua tarefa de responsabilidade perante a comunidade, assume sua tarefa com a missão de realizar a história como se fosse feita por um só autor, e não como algo feito por várias mãos. Muitas avaliações são necessárias no empreendimento. O intérprete deve ter em mira, portanto, duas provas a que deverá submeter seu trabalho: *da adequação*²²⁵, que dispõe

²²³ Trata-se, conforme conceituado por Dworkin (2000, p. 221-222), da hipótese estética, que não requer teorias que se limitem à semântica dos conceitos, mas sim descrições da obra considerada como um todo, ou seja, se ocupa das questões relacionadas ao sentido, ao objetivo ou significado da obra como um todo, não de uma expressão particular. A hipótese afirma que a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler o texto a revela como a melhor obra de arte. Raúl Bonorino (2003, p. 87) observa que a principal premissa da hipótese estética é a de que, ainda que qualquer aproximação da interpretação tenha de ser, ela mesma, interpretativa, forçando o intérprete a defender uma aproximação particular sobre a interpretação, o mesmo se veria obrigado a relacioná-la com os aspectos mais gerais de uma teoria estética ou política, ainda que não se aperceba de tal fato.

²²⁴ Os sucessivos escritores da cadeia terão a responsabilidade de descobrir as profundezas da história, das características dos personagens, aquilo que deve ser ressaltado, revisto ou extirpado; sempre dentro das direções dadas, para que o romance seja o melhor possível, não uma história que siga uma direção randômica. Adverte Dworkin (1982, p. 167) que a interpretação feita é dos capítulos, não daquilo que o autor anterior acreditava ser melhor para o enredo.

²²⁵ Dworkin afirma que nenhum juízo será definitivo acerca da adequação, uma vez que nenhum juiz deve articular suas considerações de uma maneira tão detalhada e concreta, a ponto de tornar desnecessárias novas reflexões, devendo poder abandonar as convicções passadas, quando a questão assim o determinar. No entanto,

que o juiz não pode adotar uma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum outro juiz pudesse escrever de maneira substancial a história desse ponto de partida. Não significa concordância cega, o autor pode distinguir alguns pontos como argumentos secundários e deve manter coerência de toda narrativa textual; deve fluir por todo o texto, pois tem de ser uma interpretação compreensiva, na medida do possível, de todo o texto (DWORKIN, 1999, p.276-277)²²⁶.

Quando mais de uma interpretação se adéqua ao conjunto do texto, o passo seguinte é escolher a espécie de interpretação que melhor se ajusta à prática, após uma análise geral do conjunto, ou seja, deve passar no teste *da justificativa*. Qual das leituras se ajusta melhor ao texto? Ao analisar o ajuste e a justificação, entram em cena juízos estéticos sobre o que torna melhor uma obra de arte. O intérprete perceberá que uma interpretação pode se ajustar tão mal, que se torna desnecessário levar em conta seu apelo essencial, pois sabe que isso não poderá superar seus problemas de adequação ao decidir se ela torna o romance melhor do que fariam as outras interpretações, considerando todas as questões envolvidas no caso.

ainda que tais ideias exijam uma reflexão complexa sobre juízos políticos, nem sempre o juiz terá em suas mãos todas as considerações sobre moral política no momento da decisão (DWORKIN, 1999, p. 307-308).

²²⁶ A metáfora do romance em cadeia gerou inúmeras críticas. Consideramos, no entanto, que muitas delas partem de uma compreensão equivocada de seu significado. Por exemplo, Cross e Lindquist (2005), a fim de testar a tese do romance em cadeia de Dworkin, pretenderam observar de que maneira os precedentes poderiam agir no constrangimento das ideologias dos juízes, ou seja, de suas preferências ideológicas (CROSS; LINDQUIST, 2005, p. 1158). Como premissas, consideram que a grande estabilidade proporcionada pelos precedentes possibilita aos particulares poderem prever a estabilidade e planejar suas ações, sendo importante para a noção de Estado de Direito. Como resultado, após vultoso e minucioso estudo de vários precedentes das Cortes federais inferiores norte americanas, concluíram que, algumas vezes, a flexibilidade do precedente possibilitava sua manipulação pelos juízes orientados pelo resultado, pois poderiam escolher quaisquer elementos do precedente que entendessem convenientes (CROSS; LINDQUIST, 2005, p. 1164). Por fim, a indeterminação da linguagem tornava impossível expelir a discricionariedade judicial do processo de decisão, ainda que os precedentes a diminuíssem, em seguida constaram que a teoria do romance em cadeia deveria servir para explicar o impacto do precedente e sua função seria demonstrar como o precedente constrange o juiz (CROSS; LINDQUIST, 2005, p. 1165-1204). O resultado aponta que os juízes colocam suas preferências políticas no julgamento dos casos e que a grande gama de possibilidade de precedentes determina que os juízes possam escolher, discricionariamente, os precedentes que gostariam de aplicar. Apesar da profunda e extensa análise empírica das decisões, os autores negligenciaram um aspecto importante que coloca em xeque suas conclusões: o referencial teórico. As descrições da teoria de Dworkin são incompletas, não apontam para toda sua riqueza e detalhe, apenas descrevem, sucintamente, a tese do romance em cadeia e consideram como se fosse um mecanismo desvencilhado das demais teses daquele. Ora, compreender a metáfora do romance sem a noção do princípio da integridade ou da interpretação construtiva não serve como meio para desbancar a teoria. Ademais, os autores, em nenhum momento, respondem o mais importante: o que é seguir um precedente? Ora, sem que apontem como os precedentes são interpretados na teoria de Dworkin, e as exigências do direito como conceito interpretativo visto sob a concepção da integridade, fica muito fácil considerar que as divergências na interpretação dos precedentes decorram de ideologias discricionárias dos juízes (não estamos negando que isso não possa ter ocorrido vez ou outra, mas apenas poderia ser considerado na pesquisa se, de antemão, os autores indicassem qual seria a melhor interpretação do precedente para o caso estudado, partindo das premissas de Dworkin).

Em alguns casos, especialmente aqueles casos julgados pela primeira vez²²⁷, o autor se pergunta se a escolha de uma decisão é livre ou forçada, ou seja, se o autor é livre para por em prática suas próprias hipóteses e atitudes sobre a verdadeira natureza dos romances ou é obrigado a ignorá-las por ser escravo de um texto no qual não pode introduzir alterações? Nenhuma das duas literalmente: a interpretação não será tão restritiva quanto traduzir um texto, nem tão livre quanto criar um novo texto. Não se trata de uma distinção entre a dependência de uma interpretação que se baseia em convicções estéticas do autor e outras que não, ou seja, são questões de opinião e convicções, sobre se seria algo melhor ou não fazer com o romance. São, portanto, convicções limitativas subjetivas ó sobre a melhor interpretação que se adapta ao texto e qual delas o torna melhor ó são inerentes ao seu sistema de crenças e atitudes²²⁸. Ainda que se possa objetar que a única coerção, caso existente, deveria ser externa, Dworkin replica que algumas crenças e convicções operam como elementos de comprovação ao decidirmos até que ponto podemos ou devemos aceitar ou produzir outras e a comprovação é efetiva mesmo quando as crenças e atitudes coercitivas são polêmicas. O autor salienta que existe uma coerção externa vinda do próprio intérprete e se transporta para o texto, a coerção é, desse modo, interna, mas é verdadeira do ponto de vista fenomenológico, pois o ponto de vista é sempre interno ao intérprete. As convicções estéticas são mais fortes que as opiniões pessoais (pode ser que suas convicções mais fortes coincidam com suas opiniões pessoais) e a possibilidade de limitações pelas convicções vai depender da complexidade e da estrutura do conjunto de suas opiniões sobre o assunto em questão, enquanto controle recíproco (DWORKIN, 1999, p. 281-284)²²⁹.

²²⁷ Em situações em que a questão jurídica é trazida pela primeira vez, os juristas pesquisam situações que ocorrem em outros casos semelhantes, pois o direito está imerso em um sistema mais amplo, com a intenção de justificar suas conclusões com aquilo disposto nos antecedentes estruturais políticos anteriores, para tanto, devem se embasar na melhor justificação política do direito e isso envolve revolver e interpretar a moralidade política (DWORKIN, 1982, p. 166).

²²⁸ José Delgado Pinto (2002, p. 34-36) reforça que, considerando o direito como integridade, o juiz participa da prática jurídica da comunidade interpretando-a, para, através de suas decisões, continuá-la. O juiz, nessa medida, deve julgar não com base em uma justiça ideal, ou seja, partindo da melhor teoria da justiça que considere pessoalmente melhor, mas sim da moralidade institucionalizada, da justiça incorporada à prática que participa.

²²⁹ O empreendimento que Dworkin propõe é bastante árduo de realizar, por esta razão chama o seu juiz de Hércules. A metáfora de um juiz Hércules deve ser compreendida para evitar erros a respeito da questão, pois Dworkin não postula que todo juiz possa se portar de forma tão onisciente, com argumentos tão amadurecidos e substanciais sobre qualquer questão. Pelo contrário, a metáfora do juiz Hércules pretende-se, a fim de apontar para a questão de se os juízes estão a orientar-se por um caminho que esteja a altura de fazer o melhor ao fim inscrito em toda a moderna administração de justiça ou de se, ao se empenhar em alcançar tais exigências, não estariam, entretanto, orientando o processo da decisão judicial por um falso ideal que diferisse do melhor possível, daí a grandeza de sua tarefa.

3.5.2 - O direito como integridade e a interpretação/aplicação dos precedentes.

Apesar da teoria interpretativa de Dworkin nos oferecer uma importante fundamentação para a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, neste momento, exporemos as considerações mais gerais acerca do modo de aplicação/interpretação dos precedentes, não focando, por ora, a problemática do efeito vinculante. Isto por várias razões históricas e institucionais: em primeiro lugar, como exposto alhures, a doutrina do precedente vinculante nos países da *Common Law* decorreu de uma evolução paulatina de sua prática, sendo incorporada pelos ordenamentos jurídicos que a acolheu de maneira natural e tendo seu desenvolvimento peculiar de acordo com o sistema que o adotou; em segundo lugar, o efeito vinculante introduzido pela EC nº 03/93 não é uma construção jurídica inerente à história do ordenamento brasileiro ou mesmo instituto imanente e constante de nossa prática, mas sim um mecanismo processual incorporado de maneira artificial no ordenamento, sem que fosse acompanhado de uma longa construção a respeito de seu conteúdo e significado. Não bastassem tão cruciais diferenças, efeito vinculante não é *stare decisis*. A propositura da reclamação constitucional não permite que o julgador, isolando o princípio que fundamentou o precedente, dele possa se afastar, ainda que considere que tenha perdido sua força gravitacional, e, ainda que seja permitido o desenvolvimento interpretativo do precedente dotado de efeito vinculante, não podemos deixar de considerar este que surgiu de maneira heterodoxa no ordenamento jurídico: através da expulsão de uma lei ou ato normativo; ao contrário do que ocorre nos países que adotam o *stare decisis*, nem todas as decisões que envolvam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei são necessárias para criação de um precedente obrigatório, seu respeito é imanente ao sistema.

Não compreendemos que a decisão plenária do STF no controle difuso deva ser desconsiderada, mas por certo ela não gera efeitos vinculantes, mesmo que tenha de ser seguida (caso esteja correta) por razões de igualdade, não por mecanismos processuais de vinculação de uma decisão judiciária. Portanto, não podemos identificar o sistema do *stare decisis* com os efeitos vinculantes decorrentes das decisões do STF nas ações de controle abstrato²³⁰.

²³⁰ Maurício Ramires (2010, p. 62-72) compartilha de semelhante pensamento, pois ressalta as diferenças entre as tradições dos ordenamentos romano-germânicos e da *Common Law*, onde não existe uma edição judiciária de atos abstratos e gerais, como a súmula vinculante, por exemplo, cujo enunciado normativo tende a se autonomizar frente aos casos que lhe originaram. O direito comum, por outro lado, é originário de regras não escritas, decantadas no decorrer dos séculos e sempre foi permeado por uma extremada preocupação na manutenção da coesão dos julgados passados, no intuito de julgar litígios, sendo que o *stare decisis* não possui uma feição absoluta, e esta é, para o referido autor, uma das características mal entendidas da tentativa de

Com estas considerações, não descartamos a importância da teoria de Dworkin, apenas esclarecemos que é impossível (e intelectualmente incorreto) apenas transpor suas considerações acerca do precedente na *Common Law* e encarar como algo viável em nosso país. Em verdade, pensamos, agir dessa forma é desconsiderar o aspecto da participação do intérprete na compreensão de seu próprio ordenamento, assim como os paradigmas que ele apresenta, como o autor nos explicou acima.

Feitas tais considerações, acrescentamos que as proposições a seguir são as exposições tais quais feitas por Dworkin, pensando em seu ordenamento específico. As devidas conformações e adequações à realidade brasileira serão feitas no capítulo posterior.

O direito como integridade considera que os fundamentos do direito estão na melhor interpretação construtiva das decisões judiciais do passado. Os juristas respeitam a integridade quando se esforçam em obter a melhor interpretação acerca daquilo que é o direito. Nesse sentido, argumenta Dworkin (2002, p. 172-173), que se entendermos o estabelecimento de um precedente como a fixação, por meio de regras gerais, de benefícios à sociedade e as posteriores aplicações do precedente como a extensão de tais regras benéficas, cometeremos o erro crucial de identificá-los com as leis. As teorias acerca da interpretação da lei não são suficientes, nem os precedentes poderiam ser considerados como aquelas, para explicar as referidas aplicações do precedente a outros casos, e um dos principais motivos de uma interpretação/aplicação diferenciada dos precedentes está no fato de que eles não dispõem de um texto canônico, como a lei, para que o intérprete possa observar limites nas decisões políticas tomadas por ela, ou seja, um texto normativo que indique ao intérprete a política por detrás da edição do ato normativo²³¹. Ademais ó isto é muito importante - os princípios

simples transposição do modelo para o Brasil, pois não é toda e qualquer decisão que possui caráter vinculante; sempre que se discutir um caso, sua força vinculante pode ser questionada, podendo o mesmo ser revogado pela corte que não estiver por ele vinculado, ou seja, mesmo um precedente vinculante não é razão suficiente para fundamentar um caso, outras razões sempre devem ser consideradas.

²³¹ Quando falamos dos limites da interpretação da lei aos argumentos de política a ela vinculados e a formulação de um texto canônico, não estamos a afirmar, por exemplo, que o limite da interpretação se encontra em um pretense desrespeito ao texto canônico da lei. No caso do direito, é algo inevitável, por conta da hipótese estética e dos objetivos desta criação cultural, que o intérprete valorize mais o sentido correto, do que uma forma canônica de exposição da lei. De mais a mais, devemos interpretar, primeiramente, o que se entende como canônico num texto, para falarmos em desrespeito daquele (DWORKIN, 2005, p. 223). Não apenas isso, mas o significado das leis não se esgota no momento e nem sempre terá a mesma interpretação, determinando que apenas uma interpretação constituinte ou primeira seja a mais correta desde sempre. Mesmo porque, ainda que exista isomorfia entre as expressões de uma lei com o sentido comum a elas empregado, será necessária a interpretação, uma vez que estas podem assumir sentidos diversos na linguagem jurídica, portanto, a suposta clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido interpretada. O texto claro pode se tornar obscuro em função da tensão dos interesses que se põem em torno dele, travando-se uma luta pela produção de um sentido que melhor responda aos anseios do intérprete em face do problema a ser resolvido (GRAU, 2003, p. 70). Um dos casos mais emblemáticos sobre a questão é o do inciso XI, art. 5º da CRFB/88 (*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre,*

justificam uma decisão, e apenas esta última e não alguma nova regra jurídica enunciada que os precedentes devem justificar.

Os precedentes, consoante a prática jurisprudencial, exercem uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, o que permite que tal força gravitacional possa ser exercida para casos além daqueles que se apresentam, imediatamente, dentro de sua órbita particular (DWORKIN, 2002, p. 174). Isto explica porque, ainda que todos os ministros estejam de acordo com os precedentes a serem aplicados em um caso específico, o tribunal possa divergir quanto ao princípio que deve ser extraído deles²³².

Os juízes, como prática institucional, sempre tendem a relacionar suas decisões com aquilo que já fora decidido anteriormente, o que parece tornar mais importante na decisão judicial sobre precedentes o argumento em favor de uma regra específica, do que o argumento extraído dessa regra para o caso particular. E, como a força gravitacional não está no seu poder de promulgação, como pode o precedente sustentar uma decisão para outro caso

ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial). A jurisprudência do STF, apesar da aparente clareza do termo *casas*, sedimentou que, para os fins da proteção jurídica a que se refere o inciso, o conceito normativo de *casas* revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, por exemplo, os quartos de hotel (RHC 90.376, Celso de Mello, DJ 18/05/07). Ainda no plano constitucional, a interpretação do inciso IV, § 4º, art. 60 da CRFB/88 (Art. 60. *A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais*) suscitou inúmeras dúvidas quanto a inclusão ou exclusão dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas. Paulo Bonavides (2001, p. 588-599) após afirmar que duas interpretações são possíveis (lembramos do teste da adequação), apenas a interpretação que inclui os direitos sociais no manto protetor do texto em questão é o que melhor protege os direitos fundamentais (aquela, portanto, que observa tal texto sob sua melhor luz, a fim de proteger as finalidades e a importância dos direitos fundamentais). Especialmente porque, de acordo com o autor cearense, sem a defesa dos direitos sociais, não poderíamos alcançar importantes objetivos de nossa República Federativa e pelo fato de ambos direitos (individuais e sociais) partirem de um fundamento principiológico único: a dignidade da pessoa humana. Um poderia argumentar que se trataria de exemplos de direito constitucional, mas podemos lembrar, também, a importante jurisprudência que o STJ vem criando em torno da locução *bem de família*, presente no art. 1º da Lei n. 8.009/1990, estendendo a garantia da impenhorabilidade do bem imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas (enunciado de súmula 364 do STJ). A interpretação das leis, nesse sentido, diferentemente da interpretação dos precedentes, envolve uma responsabilidade diferenciada por parte do intérprete, uma vez que este deverá desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema iniciado pelo legislativo, o que envolverá, necessariamente, questionamentos políticos, isto porque o histórico legislativo envolve deliberações políticas que se unem aos princípios sustentados pelo estado personificado e aqueles devem ser coerentes com a integridade, que exige que tais políticas sejam analisadas, assim como os históricos legislativos e as decisões políticas por detrás dela, daí a razão das interpretações feitas pelo STJ serem melhor compreendidas se interpretamos que o Tribunal interpretou a política que está por detrás da lei, claro, partindo de princípios jurídicos. Para mais detalhes, cf. Dworkin (1999, p.377-423).

²³² No conturbado julgamento do RE 630.147/DF, os ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, por exemplo, discordavam sobre a melhor interpretação que deveria ser dada ao precedente da ADI 3.685/DF, que dispunha sobre a interpretação/aplicação do art. 16 da CRFB/88. No AgR na Rcl nº 2475/DF, por exemplo, os ministros divergiam sobre a melhor interpretação a ser dada ao voto do Min. Moreira Alves na ADC nº 01, a fim de perquirir se determinada construção teórica seria fundamento determinante ou um dito de passagem. Em outro exemplo, no AgR. na Rcl. 3293/SP, os ministros discordavam quanto ao entendimento que deveria ser dado à ADI 1.662/SP, quanto às possibilidades de sequestro de verbas incluírem questões como o parcelamento ou não inclusão na dotação orçamentária do ente devedor. Portanto, ainda que cite os mesmos precedentes, em um acordo pré-interpretativo, os ministros discordam, em função de sua natureza de princípio, da melhor maneira de interpretá-los.

diverso? Segundo Dworkin (2002, p. 175-177), através da equidade de tratar casos semelhantes do mesmo modo, a força gravitacional deve estar limitada à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores²³³. Por outro lado, os argumentos de política não exercem força gravitacional alguma, porque dependem de fatores que escapam à equidade e se assentam em fatores contingentes e estratégias políticas.

A defesa da força gravitacional do precedente não significa que este seja eterno ou imutável. A defesa de um princípio por uma autoridade, portanto, deve ser considerada como uma defesa *prima facie*, porquanto deve existir um princípio que fundamente, de forma satisfatória, algumas decisões, seja porque outras decisões não se adequam ou porque não podem ser justificadas pelo princípio que mais coerentemente justifica o precedente como a melhor interpretação do caso posto em julgamento. Nada impede que um juiz possa considerar parte de sua história institucional como errada, pois podem existir princípios que não sejam capazes de justificar todas as decisões políticas, o que não é a mesma coisa que explicar uma rede de princípios. Em conclusão, caso possa demonstrar que um princípio não possui mais uma força tão forte capaz de justificar decisões semelhantes no futuro, o argumento da equidade trabalhará a seu desfavor, o precedente estará fraco e sem justificativas de princípio para ser invocado; caso apresente fortes argumentações de moralidade política, suficientes para mostrar que o princípio é injusto, o argumento da equidade que proporciona sua força gravitacional estará invalidado (DWORKIN, 2002, 185-191).

Conforme o visto anteriormente, a interpretação no direito deve ser coerente com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista geral. Portanto, quando trata de precedentes, o juiz deve formular uma teoria que o justifique e que seja coerente com o todo e uma melhor leitura do direito será aquela que menos danos causar à integridade (DWORKIN, 1999, p. 293-295). O que importa para o direito como integridade, em suma, não é o número de decisões que devem ser levadas em consideração como corretas, mas se tais decisões exprimem um princípio que pareça mais importante, fundamental ou de maior alcance que os princípios de outras decisões, ou seja, ao analisar as contradições entre alguns julgados, não deve o intérprete levar em consideração, para que verifique que a diferença é grande, o número de julgados, mas qual dos princípios suscitados no julgado são mais importantes e gerais no sentido de poderem ser aplicados em outros casos.

²³³ É importante que o juiz possa rever os precedentes, não apenas aqueles importantes para o caso, mas também a legislação, enquanto atos regidos por princípios, para que encontre os princípios que justificam e fundamentam tais decisões políticas como um todo mais coerente (DWORKIN, 2002, p. 181)

Fundamental para a compreensão da força gravitacional do precedente e sua relação com a equidade é a forma com que a integridade lida com os diferentes princípios substanciais que justificam e fundamentam diversas regras de nosso direito. O que isto quer dizer? A coerência exigida pela integridade não é uma dependência cega daquilo que já foi decidido ou estabelecido, sua consistência e coerência é principiológica, o que exige um constante e incessante interpretar de toda teia de princípios presentes na constituição²³⁴. No entanto, nem todos os ramos do direito operam seguindo princípios de moralidade política semelhantes; pensemos, por exemplo, na diferença entre a responsabilidade penal e civil de um indivíduo. Ora, se a reprimenda mais severa no âmbito penal é a perda da liberdade por conta de um ilícito criminal, o mesmo não pode ser dito das sanções no direito civil²³⁵ (o exemplo pode ser, também, estendido quanto à responsabilidade eleitoral, por exemplo). A justificativa para a diferença está nos princípios constitucionais substanciais que fundamentam tais ramos do direito, ao ponto de individualizá-los no tratamento legislativo. Não apenas isso, mas nossa prática doutrinária-jurisprudencial acentua e ratifica tal divisão entre os dois ramos do direito²³⁶. Nesse passo, como a integridade no direito assimila e interpreta os paradigmas apresentados por uma cultura jurídica, não pode desconsiderar (enquanto não houver motivos equitativos para tanto) as divisões principiológicas existentes entre os vários ramos do direito.

Dworkin (1999, p. 300-301), por essa razão, sustenta que a opinião sobre adequação se irradia através de círculos concêntricos, partindo do mais específico, até o mais geral, criando o que denomina de *prioridade local* para o caso concreto examinado e à área do direito correspondente, uma vez que o princípio descoberto pode não ser bem acatado por outras

²³⁴ Dworkin (1999, p. 263-267) esclarece que a integridade não significa apenas decidir os casos iguais da mesma forma. Nesse passo, caso coerência seja interpretada como decidir uma questão da mesma forma ou da forma mais fiel possível, então integridade não é coerência. A busca pela coerência, por exemplo, pode fazer com que determinada instituição se afaste daquilo que vinha diuturnamente decidindo, para que se adéque aos princípios mais importantes da comunidade política, em busca da fidelidade a outros princípios concebidos como mais fundamentais. A integridade nos princípios determina que um direito que foi reconhecido por uma decisão política passada possa ser estendido a outra pessoa. Chueiri (1995, p.130) ressalta que o direito como integridade, portanto, não reclama o conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas sim os princípios que as justificam.

²³⁵ Claro, ressalvando a única exceção sobre a questão em nosso ordenamento, referente ao devedor voluntário e inescusável das ações alimentícias (art. 5º, LXVII da CRFB/88).

²³⁶ De maneira geral, representada pelo código civil, podemos citar alguns princípios que, geralmente, são citados pela doutrina como particulares do direito civil (SLAWINSKI, 2002). São eles: da boa-fé objetiva, da liberdade contratual e da função social do contrato (arts. 421 e 422, do CC/02). De forma mais setorizada, ainda dentro do direito civil, podemos citar os princípios do direito do consumidor, tais como: da vulnerabilidade, solidariedade, do equilíbrio e da efetividade (MIRAGEM, 2008, p. 61-78). No direito empresarial, Fran Martins (2003, p. 28-29) cita alguns elementos que o singulariza do direito civil comum: a simplicidade, a internacionalidade, rapidez e onerosidade. Já no direito penal, podemos citar os seguintes princípios que o fundamentam: princípio da legalidade, da intervenção mínima, presunção de inocência etc. (MIRABETE, 2005, p. 55-58).

áreas do direito²³⁷. Consecutivamente, as leis e precedentes estão diretamente ligados à área categorizada pelo intérprete²³⁸.

Considerando que, até o presente momento, estamos a discutir sobre precedentes de uma maneira mais geral, acreditamos que tais considerações se aplicam, sem maiores dificuldades, aos precedentes brasileiros que são despídos do chamado efeito vinculante constitucional dissuasivo, mais especificamente, aqueles que não são produzidos pelo STF no controle concentrado ou as súmulas vinculantes, ou seja, todos os demais. Isto porque, como visto acima, o fenômeno do precedente judicial é inerente à nossa prática jurídica e sua aplicação para questões semelhantes se baseia em considerações de igualdade na aplicação do direito, direito constitucionalmente garantido.

Todavia, tais considerações sobre a força gravitacional não se ajustam com tanto conforto, quando estão em jogo os precedentes do STF dotados de efeito vinculante, especialmente, as súmulas vinculantes. Não obstante, a teoria do direito de Dworkin nos será muito útil para delimitar a natureza daqueles, especialmente, sua teoria da interpretação. Considerações mais específicas sobre tais precedentes começarão a ser discutidas no final do presente capítulo e no posterior.

3.5.3 - Minimalismo Judicial: aspectos de uma teoria pragmática e a interpretação dos precedentes judiciais.

²³⁷ Como exemplos, podemos citar a jurisprudência do STJ acerca da indenização civil em danos ambientais. As justificativas que embasam a indenização no direito ambiental se distanciam daquelas que decorrem de um dano civil, por conta de princípios de moralidade política que impedem uma simples transposição dos fundamentos principiológicos da indenização que ocorre entre particulares, uma vez que trata-se de um direito difuso, o que torna a reparação civil ambiental de grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador, que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. Ademais, a condenação do poluidor em obrigação de fazer, com o intuito de recuperar a área degradada, pode não ser suficiente para eximi-lo de também pagar uma indenização, se não for suficiente a reposição natural para compor o dano ambiental (STJ, Resp 1.165.281/MG, 2ª Turma, DJe 17/05/10, Rel. Eliana Calmon). Portanto, ainda que um precedente no campo civil de direitos disponíveis possa explicar, do ponto de vista da moralidade política de nosso ordenamento, a exigência de uma reparação pecuniária no caso de quaisquer danos cíveis, a prioridade local dos princípios ambientais, vistos sob sua melhor luz, não se ajustariam tão confortavelmente a um simples recorte de tais justificativas, fazendo com que o princípio indenizatório se desenvolva para que possa se ajustar à melhor interpretação da proteção do meio ambiente.

²³⁸ Seria preferível o rompimento dessa divisão estanque para que existisse maior coerência com os demais ramos do direito, pois tomaria mais unificada a principiologia jurídica. Com efeito, melhor seria que todos os ramos fossem íntegros em princípio, no entanto, a compartimentação é um paradigma da prática que nenhuma interpretação pode ignorar, o que o intérprete deve realizar é uma reconstrução interpretativa da divisão: a compartimentação, por essa perspectiva, existe para prevenir reinterpretações arbitrárias e permite que se mantenha a segurança no caso de futuras aplicações, bem como a previsibilidade na interpretação (DWORKIN, 1999, p. 301-302).

Cass R. Sunstein é um dos mais prolíficos teóricos do direito da atualidade. Suas contribuições doutrinárias vão muito além da Teoria do Direito ou do Direito Constitucional, alcançando áreas diversas, como o Direito Administrativo e Ambiental. Junto de outros importantes autores contemporâneos, tais como Ronald Dworkin, Richard Posner, Jeremy Waldron e Joseph Raz, Sunstein dedica parte de sua obra a sustentar uma teoria acerca do raciocínio jurídico que seja, de acordo com suas considerações, consentânea com as prescrições constitucionais.

O autor representa uma importante linha de pensamento filosófico que nega vantagens nas incursões filosóficas da jurisdição constitucional. Tal perspectiva começa a seduzir importantes autores e, supostamente, estaria sendo acolhida pela jurisprudência dos órgãos da jurisdição constitucional. Trata-se do pragmatismo jurídico.

Segundo Canotilho (2006, p. 428-429), através da simples leitura dos acórdãos dos tribunais constitucionais, pode se constatar que: a) existe uma rejeição dos recursos maiêuticos das grandes teorias nas razões de decidir e nas resoluções das cortes²³⁹ e b) se evitam aproximações expressas aos problemas metódicos-metodológicos de interpretação-concretização das normas constitucionais.

Associa-se esse pragmatismo constitucional ao filosófico, ou seja, nesse ponto, os Tribunais estariam mais preocupados com os resultados do que com os fundamentos. Para Canotilho, em uma sociedade pluralista é comum que as pessoas se despreguem de buscar consensos em algumas concepções, para buscar, ao contrário, os resultados práticos. O referido pragmatismo constitucional: 1) impõe que o intérprete da norma constitucional busque uma resposta prática, operativa, aceitável e crível, para um problema constitucional concreto e 2) coloca entre parênteses as teorias divergentes: ao invés de utilizá-las, as sentenças buscam o resultado que pretendem obter. Por fim, sentencia o constitucionalista português, o pragmatismo libera a jurisprudência do peso teorizante.

Cass Sunstein²⁴⁰ elabora uma teoria que julga apta a descrever a forma com que as questões jurídicas devem ser julgadas, com o fim de fortalecer o mais importante princípio

²³⁹ Como ratificação da assertiva do constitucionalista português, CAJAS SARRIÁ (2009, p. 277), em estudo que toma por base decisão do tribunal constitucional colombiano que declarou inconstitucional estatuto antiterrorista (que foi votado com ampla maioria congressual), afirma que os juízes da corte utilizaram a obra do teórico pragmático Sunstein, como justificativa para o suposto minimalismo na decisão.

²⁴⁰ Algum poderia objetar contra nossa escolha de um autor que trata do pragmatismo jurídico e sobre a tentativa de enquadrá-lo nos problemas enfrentados em nosso país, sustentando que em nossa prática jurisprudencial e doutrinária as questões pragmatistas nunca estiveram presentes de uma maneira mais explícita, tornando difícil, inclusive, apontar um autor nacional que tenha tratado do tema, referindo-se, especificamente, à interpretação constitucional e a formação dos precedentes. Ainda que possa parecer acertada, tal afirmação não pode se sustentar, pois não podemos confirmar, com absoluta certeza, que nossa prática judiciária não se qualifica como pragmatista apenas porque os acórdãos do STF não citam, nominalmente, determinado autor (o mesmo vale para

constitucional substantivo: o da democracia deliberativa. Nesse sentido, abraça uma teoria baseada em um minimalismo que promove os valores da democracia deliberativa, quais sejam: um sistema que demanda a responsabilidade política dos governantes pelos governados, um sistema que permita uma igual participação dos cidadãos nesses processos e que garanta a deliberação nas decisões políticas, sempre envolvendo razões públicas que não estejam relacionadas a interesses de grupos.

Minimalismo Judicial: a defesa de uma democracia deliberativa que diminui a atuação judicial.

No intuito de melhor expor a nova aproximação do direito feita por Sunstein, lançaremos mão da divisão sistemática feita por Mathew Steilen (2010) da teoria de Sunstein,

refutar qualquer filiação teórica pela qual o tribunal possa ser acusado, por conta de expressa menção à teoria de algum jurista). Não se trata de uma proposição superficial de simples indexação bibliográfica por parte do Tribunal, mas de um conjunto, que envolve as práticas decisórias da corte, o comportamento das instituições políticas da República, os princípios constitucionais e a melhor leitura que podemos fazer deles. Tal conjunto pode demonstrar, não obstante a objeção inicial, que a melhor forma de interpretá-lo seja de uma maneira pragmática e minimalista. Apenas para levantar o debate que se desenvolverá em lugar específico, podemos citar que, apesar do grande esforço da doutrina em estudar os métodos da interpretação constitucional, não encontramos nenhuma filiação a eles mais explícita por parte de qualquer ministro e, mais ainda, por parte da Corte como um todo, sendo que nenhuma menção a eles em seus acórdãos pode ser encontrada (ver nota 298, no Capítulo 4). Isso poderia apontar que o STF rejeita tais métodos e suas premissas teóricas? Sem uma profunda análise de seus fundamentos e de uma teoria do direito e da Constituição que lhe sirvam de respaldo, não poderemos fazer uma afirmação desse jaez, pois poderíamos chegar à conclusão de que nossa Suprema Corte, por exemplo, adota o método tópico-problemático, ainda que não o faça expressamente. Do mesmo modo, poderíamos concluir que nenhum ministro faz nenhum esforço de sustentar sua decisão em alguma teoria mais forte ou consistente, ainda que se vincule a determinado autor [por exemplo, Marcelo Cattoni de Oliveira (2008, p. 262-263), sustenta que alguns ministros do STF procuram compreender os casos como se fossem típicos de uma colisão entre valores - encarando os direitos fundamentais como princípios que expressam mandamentos de otimização - e que tais casos poderiam ser solucionados pela ponderação principiológica. Todavia, não obstante partirem das mesmas premissas teóricas no famoso caso *Ellwanger*, baseadas nos estudos de Robert Alexy, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes chegaram a conclusões diametralmente opostas sobre o resultado do caso]. Portanto, sem uma análise aprofundada sobre o tema, qualquer afirmação, seja para confirmar ou refutar o pragmatismo, será vazia e insustentável. E, no caso do minimalismo judicial, temos motivos fundados para estudá-lo, pois, ainda que não tenha declarado abertamente vinculação à teoria de Sunstein, o Min. Gilmar Mendes, em voto no RE 201.819/RJ, afirmou que a turma estava votando, por maioria, acerca do resultado do caso concreto, mas que não se pronunciava acerca da teoria a ser aplicada aos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em face dos inúmeros modelos estudados em sede doutrinária. Todavia, mais recentemente, uma manifestação explícita ao minimalismo judicial de Cass Sunstein foi feita pelo Min. Dias Toffoli na Decisão Monocrática no MS 28.772/DF, DJe 05/05/10.

que reúne as características do minimalismo em três categorias²⁴¹: características epistêmicas; características das decisões judiciais e características políticas²⁴²

a) *Características epistêmicas*: Sunstein considera que a prática do direito é efetuada por atores que divergem sobre aquilo que consideram certo ou errado. Nesse sentido, Sunstein visa discutir como são possíveis as convergências e acordos a respeito de questões complexas, com base em princípios morais, pelo judiciário. Dentro dessas discussões a respeito da divergência em uma sociedade culturalmente plural, o autor se indaga como podemos chegar a decisões sobre assuntos importantes, dentro da perspectiva de uma política liberal de respeito mútuo e solidariedade.

Para Sunstein (1996), o que existe, por vezes, são acordos carentes de uma teorização completa sobre práticas constitucionais legislativas e até de direitos constitucionais fundamentais, quando não podemos chegar a um acordo acerca de teorias constitucionais que os fundamentam²⁴³. Os ordenamentos que funcionam bem resolvem seus problemas por meio de acordos que prescindem de uma teoria completa, expressando respeito mútuo entre as pessoas. O dissenso geral acerca de um conceito permite que se chegue a um silêncio sobre determinadas questões importantes, para surgir convergência, apesar do desacordo. Tais acordos (é oportuno ressaltar que, nem sempre, tais acordos devem ser celebrados, pois suas virtudes são parciais e injustas. O melhor, em alguns casos, é uma teorização completa, desde que haja consenso e certeza por parte dos juízes²⁴⁴) tornam, de forma prática, a convivência

²⁴¹ Peters (2000, p. 1463-1464) divide o minimalismo em procedimento (uma corte decidindo qualquer caso, fazendo o necessário para decidir o caso de forma justa, deve declinar de decidir questões que não sejam necessárias para a decisão do caso particular) e substância (a corte deve abrir mão de invalidar ações governamentais ou evitar decidir questões constitucionais, como forma de deferência às ações governamentais propostas por oficiais que são responsáveis perante o povo). Portanto, em suma, o procedimento está voltado ao escopo da decisão, enquanto a substância está relacionada ao conteúdo da decisão.

²⁴² Tais características estão relacionadas entre si de uma forma lógica, uma vez que, por exemplo, as características das decisões refletem, necessariamente, as justificativas epistemológicas (STEILEN, 2010, p. 398)

²⁴³ Para Sunstein (1996, p.14), o argumento por teorias gerais é comum na academia, mas não nos tribunais. Por teoria geral, o autor entende como uma aproximação ao direito que específica, geralmente, um valor unitário, que opera em alto grau de abstração e que decide casos ao se aplicar a teoria. Nesse sentido, as aproximações teóricas são feitas de maneira dedutiva, pois com a teoria, os casos são julgados à luz da teoria e não com relação a um e outro. Conclui Sunstein (1996, p. 16-17) que o sistema da *common law*, por conta de sua menor sistematização, estaria menos disposto a aceitar argumentações com base em teorias gerais, pois como as teorias, por estarem fincadas em apenas um valor guia, não são tão bem vistas como considerações que abarquem vários valores existentes na sociedade.

²⁴⁴ O autor salienta que o minimalismo não será necessário quando os juízes puderem chegar a uma teoria abstrata acerca de um tema, devendo tal utilização, mesmo, ser celebrada quando ocorrer (SUNSTEIN, 1999).

possível, pois a teorização completa pode ser perigosa, na medida em que não tem o condão de acomodar as mudanças fáticas e de valores posteriores da sociedade²⁴⁵.

A partir de uma perspectiva liberal de ética, os acordos espelham um respeito para com as opiniões alheias e demonstram solidariedade no argumento, pois não o invalidam para sempre, podendo ser utilizado em outra situação, uma vez que, quando as pessoas divergem em um nível de abstração maior de uma proposição, elas podem concordar quando o nível de abstração se reduz. Ademais, através do teste dos princípios de baixo nível de abstração, se pode ascender conceitualmente até um grau em que se possa extrair uma teoria mais certa sobre o acordo mais abstrato de uma teoria acerca de um valor fundamental com o passar do tempo²⁴⁶.

Tais acordos espelham a preocupação de que algumas decisões possam ter resultados indesejados, na medida em que o minimalismo toma suas decisões baseado nos limites cognitivos inerentes à atividade exercida pelo judiciário, que não é formado por filósofos, mas por juízes que devem decidir de forma expedita e democrática (SUNSTEIN, 1999, p. 47). Os juízes devem tomar em consideração a necessidade de se reduzir o custo do erro nas decisões, que pode ser representado pelas conseqüências que irradia para o sistema jurídico, social e econômico. Com efeito, como os erros podem ser de amplitude, o erro poderá atingir uma grande quantidade de casos (SUNSTEIN, 1999, p. 48)²⁴⁷.

Dentro dessa perspectiva, passos pequenos são importantes para resolver grandes questões que envolvam o custo das decisões, isso porque faltam informações importantes para as decisões que envolvem grandes questões morais, portanto, uma decisão pequena em um determinado caso possibilita uma visão evolutiva acerca de uma questão a ser decidida futuramente (SUNSTEIN, 1999, p. 49). Por fim, a necessidade do minimalismo aumenta quando uma determinada área envolve uma questão altamente contenciosa que atrai substancial atenção democrática (SUNSTEIN, 1999, p. 59).

²⁴⁵ A superação do consenso deve ser tomada com cautela, pois pode denotar que a busca de uma estabilidade social e o alcance de um mútuo respeito pode justificar a vulneração de direitos fundamentais (SIEGEL, 2005, p. 2012).

²⁴⁶ Os juízes da Suprema Corte decidem casos, são minimalistas, pois evitam grandes regras e teorias abstratas. No entanto, o minimalismo não trabalha de forma dedutiva, mas observa bem as particularidades do caso individual e pensa de maneira analógica e por referência próxima para casos hipotéticos e verdadeiros (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

²⁴⁷ Quando decisões importantes devem ser tomadas pelo legislador, as doutrinas feitas pelos juízes são parte de uma tentativa de assegurar que razões legítimas sejam as que, realmente, estão na base do exercício do poder público. Tal atuação seria mais adequada em questões que são postas em determinados casos de divisão moral da sociedade. Suas decisões podem criar vários problemas, mesmo se tais respostas estejam certas. O minimalismo não promove a democracia por conta de sua natureza, mas é mais interessante, quando se apresenta dessa forma, pois existem formas perniciosas de minimalismo (SUNSTEIN, 1999, p. 06).

b) *Características das decisões*: Como o minimalismo determina que os casos sejam julgados sem o estabelecimento de grandes regras, determina que os julgamentos sejam estreitos, ao invés de amplos. O conceito de estreiteza para o minimalismo é bastante relativo, pois seu alcance dependerá da questão posta em julgamento, seu alcance não deve ser mais além do que o necessário para dar suporte a um resultado, esta dimensão de estreiteza tende a se alargar, quando pessoas em situações análogas estão sendo tratadas de forma diferente (SUNSTEIN, 1999, p.10-11)²⁴⁸.

A ênfase no aspecto da superficialidade é a possibilidade de julgamentos concretos sobre casos particulares, sem que sejam feitas considerações abstratas sobre os fundamentos desses julgamentos (SUNSTEIN, 1999, p. 13). Os resultados concretos não são sustentados por teorias ambiciosas, mas por razões modestas, sob as quais pessoas de pensamentos diversos possam convergir, sendo uma prática muito comum no direito constitucional²⁴⁹.

Em suma, quando um caso envolve um debate muito acalorado, em que se torna contraproducente se chegar a um acordo mais amplo sobre o tema, as cortes se voltam, então, em buscar um resultado concreto e em uma razão modesta sobre ele (SUNSTEIN, 1999, p. 14). Nesse caso, o minimalismo serve para modelar e promover um objetivo fundamental de um sistema liberal político: tornar possível que pessoas concordem quando a concordância seja necessária, e torná-la desnecessária quando aquela for impossível.

O raciocínio analógico faz parte da empreitada minimalista. Além de importante para o direito constitucional, a analogia serve como um meio de redução da discricionariedade judicial, não do texto ou da história, mas em função da vinculação a decisões passadas.

Mais importante, o raciocínio analógico diminui a necessidade de construção de teorias complexas e, por partir do concreto para o abstrato, oferecendo mecanismos para outras decisões futuras, permite que os juízes possam trabalhar mais facilmente, ainda que discordem sobre o assunto, quando fixam alguns pontos de concordância. O estudo do caso permite que os juízes observem o ajuste da teoria ao caso, pois permite que as cortes analisem

²⁴⁸ Os julgamentos mais estreitos são aconselháveis quando a corte tem pouco conhecimento para produzir regras mais sensíveis, pois poderiam atrapalhar questões futuras, bem como pela impossibilidade de se prever as consequências futuras de decisões mais amplas (SUNSTEIN, 2006, p. 1909). Portanto, a decisão minimalista se assemelha àquela que é feita através de *standards*, pois será necessário o cotejo com o caso concreto para sua aplicação, na medida em que deixa algumas questões abertas para as Cortes, mas a escolha do minimalismo e da estreiteza dependerá dos argumentos que justificam sua aplicação em um caso particular. Em consequência, as regras devem ser evitadas quando puderem ser perigosas (SUNSTEIN, 2006, p. 1913 - 1915).

²⁴⁹ De acordo com Sunstein (1999), não oferecer razões é diferente de não ter razões para oferecer. Podemos negar uma razão para evitar o fechamento do assunto, abrindo espaço para outras respostas e decisões, pois, caso um erro seja cometido, não se repercutirá nos demais casos. Entre o minimalismo e a falta de razão, estão aquelas decisões cuja razão são muito superficiais e não justificam o resultado. Razões são dadas, mas são insuficientes.

os fundamentos das decisões para observar que muita coisa no julgamento permaneceu sem resposta (SUNSTEIN, 1999).

Ademais, as pessoas podem discordar sobre as teorias, mas concordar com as analogias, ou seja, são um excelente caminho para os acordos mencionados. Ainda que muitas controvérsias possam permanecer, a busca por similaridades e princípios de nível baixo que permitam a concordância tornam a doutrina jurídica possível. Por fim, os juízes que julgam dessa forma se livram do fardo do julgamento ao aplicar a analogia de casos já decididos, além de reduzir os erros e consumir menos tempo, ao evitar analisar as fundações mais profundas de uma área do direito. A aplicação contínua de um caso passado em outro, pode demonstrar se existe algum erro em seu julgamento.

c) *Características políticas*: O minimalismo, ao invés de reduzir, catalisa as conquistas democráticas e reforça a democracia. De acordo com Sunstein (1999), a constituição norte americana possui um alto grau de *accountability*, mas baixo grau de deliberação. Uma Suprema Corte minimalista compreende a si mesma como parte de um sistema de democracia deliberativa, que endossa a participação e a deliberação democrática, porque permite espaço contínuo para debates congressuais. Suas decisões (*rulings*) devem atrair apoio de pessoas de comprometimentos teóricos diversos. Quanto à moralidade interna da democracia, esta não se iguala como uma simples regra de maioria, ou seja, como aquilo que uma certa maioria escolhe fazer em um certo período, mas com o princípio da igualdade política.

A possibilidade não é impedir novas decisões e escolhas ao se tomar uma postura minimalista, mas determinar a possibilidade de se efetivar uma democracia deliberativa, pois estarão aptas a fomentar o debate. Em suma, se trata da preocupação de que as decisões deliberativas sejam feitas por atores que possam ser responsabilizados e que prestem contas perante o povo, a partir da possibilidade de sua responsabilização (SUNSTEIN, 1999, p.

05)²⁵⁰.

O Minimalismo no Raciocínio Analógico e Precedentes.

Conforme o salientado alhures, as analogias são o caminho mais seguro para se alcançar os acordos carentes de uma teorização completa. Nesse sentido, para realizar uma

²⁵⁰ Em uma democracia representativa, a ideia de responsabilidade por parte dos representantes se faz necessária. O papel que desempenha a democracia nessa teoria é importante, pois está relacionada com a melhor maneira de observar a participação popular na produção do direito; a responsabilidade diz respeito às premissas da participação popular no processo democrático (o voto e o discurso político) e de que forma os representantes transformarão tais considerações em direito.

analogia, precisamos de um princípio, ainda que aquele opere em um nível menor de abstração (SUNSTEIN, 1996, p. 62).

Com base nas premissas anteriores, o autor afirma que a compreensão de um caso A depende da leitura que o intérprete faz do caso B, a fim de buscar inconsistências e controvérsias. Ademais, a analogia pode levar a argumentos mais profundos, porquanto não se pode justificar uma analogia sem dizer algo abstrato, uma vez que deve ser afirmado que um caso foi decidido corretamente por uma razão e que esta se aplicará ou não a outro caso (SUNSTEIN, 1996, p. 63).

Para Sunstein (1996, p. 65), o raciocínio analógico no direito possui formas características de funcionamento, quais sejam: 1) algum fato padrão do caso A (denominado de *caso fonte*) possui algumas características específicas (X, Y e Z); 2) algum fato padrão do caso B (o chamado *caso alvo*) possui características X, Y e W ou X, Y, Z e W; 3) o caso fonte recebe um determinado tratamento jurídico; 4) algum princípio criado ou descoberto no decorrer do processo de pensamento de A e B (e de suas inter-relações), demonstra o porquê do caso A ser tratado da forma constada em 3; 5) por conta daquilo que compartilha em comum com A, B deve ser tratado do mesmo modo, pois coberto pelo mesmo princípio²⁵¹.

Mais importante do que a descrição feita acerca dos passos do raciocínio analógico, são as constatações que Sunstein (1996) faz sobre o procedimento acima. O autor pondera que a analogia não é uma forma de dedução, ou seja, não pode acontecer sem que exista um princípio, um *standard* ou uma regra que lhe dê apoio e fundamento. É necessária a comparação, a fim de discernir os princípios: a construção ou o refinamento dos princípios surge de acordo com os casos que são trazidos à corte²⁵². Por fim, no direito, o trabalho analógico é feito através de um princípio normativo que visa decidir onde há relevantes similaridades e diferenças (SUNSTEIN, 1996, p. 65-66)²⁵³.

²⁵¹ Uma analogia pode estar errada quando um caso se diz ser análogo a outro na base de um princípio unificador que é aceito sem ter sido testado com outras possibilidades ou quando algumas similaridades entre os dois casos são consideradas decisivas sem que tenha sido feita uma investigação suficiente das diferenças relevantes (SUNSTEIN, 1996, p. 74).

²⁵² A justificativa de uma analogia sempre deve ser feita, pois não alcança um resultado que se impõe por si mesmo, como uma mera formalidade, conforme o sustentado por Sunstein (1996, p. 73).

²⁵³ As considerações de Sunstein (1996) se distanciam daquelas sustentadas, por exemplo, por Norberto Bobbio (1999). De acordo com o autor italiano, o raciocínio analógico se faz mediante a constatação de semelhanças e estas, por sua vez, são alcançadas através de um silogismo, que revela relações de semelhança e não de identidade, mas que a semelhança se faz relevante. Nesse sentido, deve-se buscar na *ratio legis* a razão suficiente para descobrir a semelhança relevante. Portanto, onde houve o mesmo motivo, há de haver a mesma disposição de direito (BOBBIO, 1999, p. 152-153). As considerações de Bobbio estão calcadas em considerações positivistas de que o ordenamento jurídico e as leis não podem oferecer todas as respostas possíveis, o que pode ser observado pela constatação de que o intérprete deve buscar a razão da aplicação da lei nela mesma, não, necessariamente, os princípios jurídicos que fundamentam sua aplicação, pois se estaria, em verdade, criando uma nova solução jurídica nunca antes revelada. Sunstein, por outro lado, reconhece que apenas o raciocínio

Como defende posturas minimalistas, Sunstein (1996, p. 67-68) sustenta que a analogia funciona com considerações que partem de baixo para cima, pois compreende que os juristas evitam teorias mais gerais para justificá-las. Com efeito, é importante ressaltar que, para o referido autor, os princípios agem de forma abstrata (ainda que em um nível menor), mas não se tem muita certeza acerca de seu conteúdo ou de teorias mais profundas que os justifiquem.

O precedente, por sua vez, pode ser tanto uma regra, como uma analogia. Funciona, a seu turno, como o primeiro quando os casos são idênticos em todos os sentidos, podendo ser sempre aplicado quando tais casos são julgados. Por outro lado, funciona como uma analogia quando é possível se distinguir do caso alvo, mas sugere a existência de um princípio geral que parece ser relevante para a resolução do caso. Todavia, esta distinção não se produz antecipadamente, é necessário que a corte que aplique o precedente o construa, pois realizará o juízo sobre as relevantes similaridades e diferenças (SUNSTEIN, 1996, p. 71).

No intuito de aferir o que é vinculante em um precedente, para, ao final, determinar pontos fixos em um raciocínio analógico, Sunstein descreve a *holding* como o resultado do caso, acompanhada de um raciocínio mais estreito. Contudo, afirma que a distinção não é tão simples quanto parece, pois a determinação de uma *holding* é uma construção, porém, ainda que não esteja posta de forma antecipada, não pode ser considerada de qualquer forma (SUNSTEIN, 1996, p. 71-72).

Nesse passo, o respeito ao precedente, considerado como um ideário de respeito à igualdade, está relacionado ao pensamento analógico, uma vez que um litigante não pode ser tratado diferentemente de outro. De mais a mais, utilizar os precedentes disponíveis faz reduzir o risco de decisões errôneas com teorias mais gerais, poupa tempo e serve para que os juízes concordem com o resultado, ainda que diverjam quanto aos princípios da analogia (SUNSTEIN, 1996, p. 76 -77).

3.5.4 - Considerações Minimalistas Acerca da Doutrina dos Precedentes Vinculantes

silogístico, ainda que fundamentado em alguma razão (no caso de Bobbio, a *ratio legis*), não é suficiente; nesse passo, o princípio jurídico que é extraído é utilizado como parâmetro interpretativo para avaliar as similitudes entre os casos, ainda que a justificativa e o conteúdo do princípio sejam desconhecidos ou foco de divergência. Ademais, a resolução das lacunas jurídicas através das analogias, de acordo com a perspectiva de Bobbio, parece se limitar a uma razão legislativa que poderia ser extraída, por exemplo, da vontade do legislador, mas, em verdade, devem ser extraídas pelos intérpretes através de interpretações substantivas que não se coadunam com raciocínios silogísticos.

O efeito de profundidade e largueza de uma decisão judicial não é, meramente, uma função do que a corte diz, mas dependerá bastante da teoria aplicável sobre a vinculação dos precedentes. Caso os precedentes recebam pouco respeito, um voto mais largo e profundo não será útil como precedente que determinará decisões futuras (SUNSTEIN, 1999, p. 19).

Sunstein (1999, p. 20) afirma que a familiar distinção entre *holdings* (a parte crucial de qualquer resultado, aquela que controla o futuro) e *obiter dicta* (meras declarações que não possuem autoridade sobre o futuro) tem tudo a ver com o debate do minimalismo. Um sistema jurídico que trata as declarações passadas como importantes para as decisões correntes, tenderá para o maximalismo, uma vez que irá aumentar a largueza e profundidade de cada caso. No entanto, um sistema que insista que muitas declarações feitas nos precedentes são *dicta*, apontará a direção de casos prioritários para o minimalismo qualquer coisa que as cortes disserem nos casos paradigmas.

Caso as cortes subsequentes tenham uma larga margem discricionária ao recaracterizar as *holdings*, elas podem, na verdade, tornar decisões anteriores em minimalistas, não importando o modo com que tenham sido originalmente escritas ou concebidas. Mas se as cortes subsequentes se perceberem como vinculadas a tomar os precedentes como foram escritos, o minimalismo deve ser uma criação da Corte que decide o caso em questão.

Um sistema legal se tornará para o curso minimalista se prévias decisões maximalistas são abandonadas, quando se apresentam como claramente erradas. E se moverá, também, nessa direção se as cortes tiveram uma grande flexibilidade de desconsiderar linguagem justificadora como *dicta* ou de recaracterizar *holdings* anteriores (SUNSTEIN, 1999, p. 21).

Cortes que decidem casos particulares têm uma autoridade limitada sobre o alcance subsequente de seus votos, pois não podem estabelecer regras que governarão a recepção de suas decisões. Ainda que uma corte possa ser maximalista, as Cortes posteriores poderão interpretar seus fundamentos como *dicta*. Porém, o contrário também pode ocorrer.

Dessa forma, uma doutrina forte de vinculação ao precedente pode ser compreendida como um esforço para criar bons incentivos para aqueles que estão no processo democrático. Se as cortes não alterarem precedentes que envolvem a interpretação de determinadas leis, mesmo quando a interpretação estiver errada, o Congresso terá uma possibilidade ampla com que trabalhar, sabendo que se erros serão perpetuados pela doutrina do precedente vinculante, o Congresso é quem deve corrigi-los.

Portanto, uma teoria forte da vinculação ao precedente é parte de uma gama de meios destinados a criar incentivos apropriados para a democracia, ao providenciar uma grande liberdade de ação do Congresso, pois informam ao legislador que mudanças precisam ser

feitas na interpretação das leis, mas que elas não virão através do judiciário (SUNSTEIN, 1999, p. 22).

3.5.5 - **Críticas ao minimalismo:** a inviabilidade teórica dos argumentos de Cass Sunstein.

Do mesmo modo que utilizamos para expor as principais propostas minimalistas, exporemos as críticas feitas a elas seguindo o modelo das três características acima elencadas, pois, caso apresentemos argumentos fortes o bastante para derrubar os três principais pilares que sustentam as teses de Sunstein, demonstraremos a impossibilidade de cogitarmos adotar as posições minimalistas em nosso judiciário, em especial em nossa Suprema Corte.

Em defesa das teorias: críticas à epistemologia minimalista.

De acordo com Sunstein (1999), os juristas não recebem formação suficiente para lidar com questões morais e filosóficas profundas. Dessa feita, decidem os casos um por um de maneira limitada, realizando apenas análises de textos e suas decisões são tomadas com base em analogias, pois evitam elaborar teorias complexas mais profundas acerca dos casos a serem julgados.

No entanto, Dworkin (1997, p. 369-370) aponta que as considerações de Sunstein acerca da superação do consenso e a necessidade de se obter uma decisão que seja menos ambiciosa teoricamente, mas que alcance uma maioria em um órgão que possua muitos membros não importa na negação de teorias sobre a interpretação constitucional. Nesse sentido, são as demandas a serem julgadas que geram os problemas e determinam o nível de teoria que deve ser explorada, pois aquela não pode ser estipulada anteriormente, na medida em que os juízes não precisam embarcar em inquisições que vão além daquilo que presumem que o julgamento irá requerer.

Ademais, para decidir casos difíceis através da analogia são necessárias teorias, uma vez que o raciocínio analógico é um meio de declarar uma conclusão, não o meio de se chegar até ela, uma vez que isso é função de uma teoria (DWORKIN, 1997, p. 371). De certa maneira, Sunstein reconhece isso, uma vez que recorre a princípios de nível médio e baixo. Contudo, estas são considerações problemáticas, não apenas em razão da classificação do nível das teorias não ser informativa e deficitária, mas também porque uma restrição *a priori* de uma reflexão jurídica, definida como uma barreira contra a abstração que tal reflexão não

pode ultrapassar é fenomenológica e logicamente bizarra, porquanto a densidade das discussões é determinada de acordo com o que surge no momento das inquirições, sendo impossível estabelecer em que momento deve o jurista õpararö com as abstrações e deixar algumas questões por decidir (DWORKIN, 1997, p. 372).

A defesa da incompletude teórica feita por Sunstein é mais política, do que jurídica²⁵⁴, pois é duvidoso determinar o quão democrática poderão ser as teorias de larga escala acerca do certo e errado, que não puderem ser consideradas pelos juízes como latentes na legislação e em outros eventos políticos. Dificilmente as leis estabelecem princípios de abstração ampla, será, no entanto, através da interpretação de determinações mais concretas que poderemos identificar os princípios que foram abarcados pela sociedade no momento da deliberação política. Por fim, Dworkin (1997, p. 373) sustenta que Sunstein confunde jurisdição com decisão judicial, na medida em que é impossível que um juiz que tenha de decidir questões sobre liberdade de expressão, deixe de ponderar sobre por que razão democracias tem de defender tal direito da maneira disposta pela sua Constituição²⁵⁵.

Seguindo as mesmas considerações críticas que Dworkin (1997), Siegel (2005, p. 2.014-2.015) conclui que a ideia de que o minimalismo evita uma teoria constitucional é descabida, uma vez que o minimalismo não pode identificar quando deve ser aplicado, pois, para tanto, é necessário que haja uma teoria da interpretação constitucional que determine quando se deve tomar uma decisão minimalista e decidir os casos de forma superficial e/ou estreita, pois essa empreitada teórica tenderia a avaliar e diferenciar o que poderia ser decidido pelas cortes e aquilo que deveria ser decidido pelo processo político.

De mais a mais, assim como as teorias que tende a recusar, os critérios expostos pelo minimalismo para regular uma decisão que alcance o consenso, resultando na defesa da democracia deliberativa, não garantem um consenso quanto à interpretação minimalista do

²⁵⁴ Tal consideração acerca das teses de Sunstein não passa despercebida por Fleming (2007, p. 2.903-2.905), que aponta sua utilidade em época de transição na composição da Corte Suprema norte americana, uma vez que poderão servir como meios controladores do dano de determinada decisão mais liberal, através de considerações minimalistas mais conservadoras. No mesmo sentido, Cajas Sarriá (2009, p. 287) suspeita que a defesa do minimalismo judicial seja reforçada por Sunstein por conta de uma desconfiança em face da atual composição da Suprema Corte, que estaria, segundo o autor, se tomando mais conservadora, tendente a revogar precedentes importantes, com base na escolha dos juízes que se afiliam ideologicamente ao partido do presidente eleito.

²⁵⁵ Sunstein (2008, p. 51-54), ao replicar as considerações de Dworkin acima expostas, afirma que os juízes não precisam seguir a teoria de Dworkin a respeito do papel do judiciário com relação ao controle de constitucionalidade e que devem reconhecer suas incapacidades e limitações cognitivas. Nesse passo, deveriam se voltar a um enfoque sobre a interpretação que limite sua capacidade para proporcionar juízos morais em casos particulares ou para evitar que tais juízos funcionem como armas contra o processo democrático e esta posição pode se sustentar em argumentos substantivos, da mesma forma que as teorias de Dworkin. O autor confirma que analogia sem princípios é cega, mas que existem princípios menos controversos que outros, pois afirma que nenhuma teoria poderia resolver as controvérsias morais da sociedade. Ainda que importante, a réplica de Sunstein não é suficiente para derrubar as fundamentações utilizadas por Dworkin, uma vez que apenas reafirma o que antes dissera.

resultado de um caso, pois pode haver divergências quanto ao tipo de decisão que melhor se adequaria para alcançar tais objetivos minimalistas, o que retira seu caráter empírico, mantendo seu aspecto normativo, pois se finca em valores substantivos²⁵⁶ (SIEGEL, 2005, p. 1.961)²⁵⁷.

Fleming (2007, p. 2.907) pondera que, para que se possa adotar uma postura minimalista capaz de relegar certos assuntos à deliberação popular, o judiciário deve interpretar aquilo que a Constituição significa. Em outras palavras, antes de adotar o minimalismo, o juiz deve decidir a melhor visão dos direitos constitucionais e das instituições, o quão melhor o processo democrático funcionará em direção à melhor visão dos direitos constitucionais e se os juízes estão exercendo a melhor função para o excelente funcionamento do processo democrático. Conseqüentemente, se um juiz deixa de considerar teorias mais ambiciosas acerca de direitos controversos temendo que passe por cima da deliberação popular ou que possa atrapalhar o processo decisório democrático, não se trata daquilo que o juiz compreende acerca da Constituição, mas a maneira como se apresenta ao público, em uma medida de estratégia judicial²⁵⁸.

Sunstein (2007), por conta da força dos argumentos expostos, reposiciona algumas colocações feitas anteriormente, e aponta que a Constituição não repele nem aceita, de forma

²⁵⁶No mesmo sentido, Steilen (2010, p. 428-430) acrescenta que a afirmação minimalista de que decisões que apresentam raciocínios teóricos mais profundos em questões de divergência moral não produzem resultados que podem ser utilizados pela democracia deliberativa não é inteiramente verdadeira, na medida em que, mesmo em um nível menor de abstração, não se pode crer, igualmente, que todos estarão de acordo com os resultados produzidos pela decisão minimalista; não por outra razão, mesmo as decisões que são tomadas, supostamente, com bases minimalistas, estão de acordo com o resultado ou com uma razão de menor abstração. Portanto, mesmo que a abstração não solucione os desacordos, não podemos pregar seu abandono, pois o grau da abstração não afasta discordâncias quanto ao resultado. Até mesmo porque, decidir o nível de abstração de uma teoria antes de sua aplicação é impossível e impraticável.

²⁵⁷Sunstein (2005, p. 130-134), ao replicar as considerações de Siegel (2005), considera que existem vários tipos de minimalismos, pois a negativa de *certiorari* ou a impossibilidade de se rever um precedente faz parte de uma forma de minimalismo: o minimalismo procedimental, que se diferencia das decisões julgadas de forma estreita e dos acordos carentes de uma teorização completa. Ademais, afirma que nunca advogou que os juízes tenham buscado uma forma de minimalismo que pautasse suas decisões de forma mais forte. Para escapar das críticas de Siegel, Sunstein (2005) se escora nas considerações mais relativas dos termos que utiliza: õmais estreita possívelõ, õevitar menos errosõ etc. Por fim, pondera que nunca alardeou que o minimalismo seria a melhor saída sempre. Tal réplica demonstra a fragilidade das teorias de Sunstein, na medida em que, se seus termos são por demais evasivos, como poderão os resultados minimalistas serem julgados com base no tanto de democracia deliberativa que fomentarão? Por outro lado, se o minimalismo não for utilizado em todas as ocasiões, sua teoria

não nega outras, como, por exemplo, as teorias de Dworkin.

²⁵⁸ Como o minimalismo se trata de uma postura que a corte utiliza e deve utilizar, então é uma escolha consciente, portanto, uma decisão apenas será minimalista se, e apenas se, uma maioria simples dos ministros que alcançou um resultado amplo e largo, mas conscientemente, preferiu decidir de forma estreita e superficial, pois, se nenhuma justificção ampla e profunda estiver disponível no momento da decisão, mas apenas uma alternativa estreita e superficial, a decisão não pode ser considerada minimalista, pois uma das principais questões é a de que, não apenas a prática da Corte é o minimalismo, mas de que os ministros estão imbuídos dos valores substantivos que representam (SIEGEL, 2005, p. 1964-1966).

mecânica, as aproximações minimalistas ou perfeccionistas²⁵⁹, o que denota que suas defesas acerca da compreensão da Constituição devem ser supridas por considerações substantivas feitas pelo intérprete. Todavia, a escolha de uma consideração em detrimento de outras supõe uma escolha de como a Constituição seria melhor interpretada. Nesse sentido, define o minimalismo como um perfeccionismo de segunda ordem, uma vez que estaria atento às limitações institucionais daqueles que devem interpretar a Constituição (SUNSTEIN, 2007, p. 2.069-2.070). No entanto, continua a defender que uma das grandes críticas às empreitadas perfeccionistas de primeira ordem é a outorga ao judiciário de uma missão que ele não está preparado para dar conta, ou que poderá desempenhar de maneira indesejada e incompleta, o que aumentaria o risco de erros danosos à democracia deliberativa (SUNSTEIN, 2007, p. 2.880).

Superficialidade, estreiteza e o fomento à democracia deliberativa.

De acordo com Sunstein, existem vantagens para a democracia deliberativa se o judiciário julgar demandas que envolvam questões morais complexas de maneira superficial. Nesse sentido, a superficialidade diz respeito aos limites teóricos da decisão. Ainda que sejam decisões baseadas em justificativas, tais razões não são profundas, nem revolvem questões fundacionais sobre o tema julgado.

A defesa de tais decisões deve estar, necessariamente, ligada com a defesa do princípio substancial considerado por Sunstein: a democracia deliberativa. Entretanto, a superficialidade em uma decisão judicial é capaz de fomentar e suscitar uma efetiva deliberação democrática?

Na tentativa de responder tal questionamento, Steinlen (2010) confirma, inicialmente, que uma postura judicial minimalista pode produzir resultados que são permitidos pela democracia deliberativa, quando, por exemplo, deixar de declarar inconstitucional determinada política governamental amplamente discutida em arenas democráticas, mas uma questão problemática é descortinar o quanto de democracia deliberativa uma decisão minimalista pode promover (STEINLEN, 2010, p. 417-418).

A *accountability* daqueles que realizam ações políticas é importante em uma democracia deliberativa, porquanto se faz necessário legitimar algumas atitudes que levem a medidas estatais coercitivas, de modo que o povo autorize a utilização do poder estatal. No

²⁵⁹ Sunstein (2007) utiliza esta nomenclatura para as teorias que apregoam a utilização de teorias de grande e elevada abstração.

entanto, como, de forma recorrente, o indivíduo eleito pelo povo não segue à risca aquilo que pleiteava em sua campanha eleitoral, assim como pode, eventualmente, defender políticas que seu eleitorado possa rejeitar veementemente, não se encontram motivos para rejeitar a subordinação da população a estas leis que se desvirtuam da chancela da participação deliberativa. No entanto, em uma democracia deliberativa, que depende da efetiva participação de cidadãos livre e iguais, a rejeição ou adoção de determinada política, a fim de se assegurar uma clara e efetiva participação deliberativa, deve estar ligada às suas razões, pois permitem que pessoas que discordam desta possível política, aceitem sua legitimidade. Isso porque, partindo de que existe uma razoável divergência entre as pessoas, para que se chegue a determinado acordo sobre uma política é porque esta apresenta razões e justificativas que se caracterizam como persuasivas o suficiente para que haja uma aderência consciente a ela (STEILEN, 2010, p. 414-416).

Portanto, a deliberação democrática exige que sejam confrontadas razões que sejam conflitantes em seus fundamentos abstratos. Nesse passo, o minimalismo falha ao afirmar que a superficialidade promove a democracia, uma vez que não oferece uma teoria profunda a respeito da questão apta a suscitar qualquer tipo de deliberação. Com efeito, uma Corte que apresenta uma razão mais profunda limita a atuação das Cortes subsequentes no trato da questão por meio dos precedentes que formular, bem como pode apresentar razões que possam ser deliberadas pela sociedade, que poderá, por exemplo, discordar da fundamentação dada²⁶⁰; ao oferecer razões, a Corte se afasta de uma possível irresponsabilidade de seus componentes (STEINLEN, 2010, p. 425-426).

Em arremate, afirmar que o minimalismo deixa algumas coisas por decidir, diz muito pouco, pois nem todas as questões são levantadas em determinado caso, pois todas as questões complexas deixam alguma questão em aberto. Dessa feita, ainda que uma corte decida apenas o caso que lhe foi posto, não significa que o decidiu da maneira mais estreita possível, pois existe uma grande diferença entre decidir de forma estreita e deixar de decidir, porquanto decisões que, por conta de sua amplitude e profundidade, ao invés de deixarem abertas, criam muitas questões onde nenhuma existia. Nesse passo, é incorreto igualar questões não respondidas com minimalismo ou que esta decorrência normal dos julgamentos judiciais reflita sua prática (SIEGEL, 2005, p. 1.963-1.970). Portanto, julgamentos mais

²⁶⁰ O temor exagerado de Sunstein em relação à empreitada jurisdicional não reflete, necessariamente, as discussões da sociedade civil, uma vez que, por exemplo, os ativistas de movimentos contra o aborto não se importam de que maneira a questão foi ou será decidida na Corte, se de forma ampla, estreita, profunda ou superficial (FLEMING, 2007, p. 2.914). A preocupação da sociedade civil será com as razões e fundamentações utilizadas, que servirão de estímulo ao debate, seja endossando ou rejeitando as considerações dos tribunais.

amplos não tendem a se configurar como entraves à democracia deliberativa, pois sempre deixarão alguma questão aberta, seja por conta dos limites do caso que serviu como base para o julgamento, seja por conta das justificativas jurídicas disponíveis no momento da decisão.

Limites institucionais, redução dos custos das decisões e temores infundados

Quanto aos limites institucionais sustentados por Sunstein, relacionados ao papel institucional dos Tribunais e aos limites cognitivos e administrativos dos juízes, é impensável e errôneo desconsiderar que o Poder Executivo não sofra dos mesmos limites, seja de conhecimento a respeito das questões mais complexas e novas que surgem no seio da sociedade, seja na expressão defeituosa das regulamentações que promulgam de acordo com suas responsabilidades constitucionais. O mesmo pode ser dito sobre as limitações da população e de seus representantes políticos (FLEMING, 2007, p. 2.918).

O custo dos erros pode não ser tomado como um fator de risco pela Suprema Corte, mas será suportado pelos litigantes, Cortes inferiores e outros oficiais que terão de lidar com uma decisão que não se impõe por si mesma por ser superficial demais, o que não aconteceria se ela fosse mais larga e profunda (SIEGEL, 2005, p. 2006) ou, se, ao menos, apresentassem uma fundamentação mais consistente com o resultado produzido. Uma decisão minimalista que é bastante estreita aumenta a possibilidade de decisões que não estão baseadas em qualquer princípio, apontando uma falta de comprometimento com o futuro por parte das cortes que interpretarão o precedente e os agentes políticos que tiverem de lidar com a questão, conforme o exposto por Neil Siegel (2005, p. 2009).

Por fim, ao invés de deixar as questões abertas à deliberação em outros fóruns, a Corte apenas adia uma demanda que irá julgar inevitavelmente no futuro, pois existem questões e pontos específicos que, dificilmente, os parlamentares ou a população irão deliberar de forma mais concentrada, o que demonstra uma fraqueza com relação ao argumento substantivo de Sunstein (SIEGEL, 2005, p. 2.010- 2.011).

A vagueza e indeterminabilidade do precedente minimalista: respostas insuficientes para problemas substanciais.

Em primeiro lugar, a defesa de uma versão mais forte da doutrina dos precedentes no trabalho de Sunstein está relacionada a sua consideração de ampla liberdade das Cortes que interpretam o precedente em definir o que seria a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de um

julgado. Consequentemente, como o minimalismo é a postura a ser, conscientemente, adotada nos julgamentos, as decisões posteriores terão de seguir o precedente da maneira em que foi estabelecido.

No entanto, o autor não desenvolve em detalhes como poderão ser interpretadas as decisões anteriores sem que se perturbe o decidido anteriormente, em outras palavras, o autor não oferece explicações claras acerca da identificação dos fundamentos determinantes de um precedente, para que possa ser seguido pelas cortes subsequentes, como se fosse possível uma aplicação cindida da interpretação, ou seja, como podemos identificar um precedente maximalista ou minimalista e que fundamentação encampam. Nesse sentido, as considerações de Sunstein contradizem as premissas maiores de sua teoria, pois, conforme Marshall (1997, p. 512), afirmar que a *ratio* é um princípio definido pelas Cortes subsequentes (daí a defesa de uma versão forte da vinculação) é uma questão que gera consequências inconvenientes: dificilmente poderia se argumentar, por exemplo, que uma corte interpretou o precedente de maneira errônea ou que passou de uma visão minimalista para maximalista, segundo as teses de Sunstein.

Ora, ainda que lance mão de uma doutrina do precedente em uma versão forte, uma teoria que não demonstra a maneira de se extrair a *ratio decidendi* de um precedente recai na indefinição de considerar que o fundamento mais importante vincula, mas não se sabe o que isso significa. Esta indefinição é maior nas considerações minimalistas, porquanto não se está de acordo com os princípios (de baixo grau de abstração) que fundamentam os precedentes, o que dificulta ainda mais sua interpretação/aplicação. Ademais, esta postura de perpetuar os erros jurisprudenciais sedimentados pela doutrina forte da vinculação estrita, não se apresenta como uma justificativa plausível, uma vez que as Cortes que aplicam o precedente devem estar conscientes de que, por meio de uma interpretação mais coerente e justa das normas constitucionais, reconhecem um erro na formulação do precedente, mas, no entanto, devem se render a um aspecto político injusto, qual seja: devem abrir mão de expor motivos mais amplos para revogar ou distinguir o precedente, porque existem outras instituições, supostamente, mais democraticamente legitimadas a fazê-lo.

Por fim, fica demonstrado que a teoria de Sunstein reforça uma leitura procedimental da democracia, uma vez que, ainda que os tribunais possam constatar erros jurisprudenciais, devem esperar que haja correção na interpretação do direito pelo Poder Legislativo, como se fosse uma instância infalível e apta a sempre corrigir os erros constantes de um judiciário anti-democrático. No entanto, como poderá a sociedade e o legislativo deliberar sobre algo que não se apresentam razões substanciais ou cujas razões são alvo de grande divergência a

respeito de sua fundamentação? Dizendo de outra forma: se os tribunais não oferecem razões e justificativas mais amplas de suas decisões, de que maneira se alcançará a deliberação consciente necessária em searas consideradas como mais democráticas? Tais questionamentos não são respondidos a contento por Sunstein, daí a razão de não adotarmos suas considerações teóricas.

3.6 - A DOCTRINA DO PRECEDENTE VINCULANTE NA REALIDADE BRASILEIRA: particularidades do controle concentrado.

De acordo com o estudado até o momento, o fenômeno do precedente judicial é comum aos ordenamentos de *Civil* e *Common Law* e sua justificação em nosso país, pode ser explicada da seguinte forma: considerando que estamos em uma comunidade fraternal de princípios, onde nossas obrigações jurídicas não se esgotam nos limites semânticos de regras estabelecidas, mas decorrem de princípios jurídicos que espelham nossa moralidade política, nossos direitos e deveres podem ser extensíveis, com base na igualdade na aplicação do direito, a várias outras situações ou questões jurídicas. Todavia, como pontuado anteriormente, as particularidades de cada ordenamento jurídico delimitam a feição que a interpretação/aplicação dos precedentes irá apresentar na prática.

Nesse sentido, ainda que os precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade emanados do STF e todos os demais precedentes judiciais, claro, considerando as devidas estruturas institucionais, que determinam a vinculação de um juízo inferior a um tribunal, possam ser compreendidos como princípios que possuem uma força gravitacional determinada pela equidade, os precedentes que são dotados de efeito vinculante constitucional não se ajustam com perfeição com as ponderações trazidas mais acima por Dworkin.

O controle de constitucionalidade exercido com exclusividade pelo STF de forma direta, sem dúvidas, produz precedentes, contudo, estes se diferenciam dos demais por inúmeras razões²⁶¹: 1) não se tratam, simplesmente, de precedentes que interpretam as leis ou a Constituição, mas são pronunciamentos que surgem no bojo de processos que extirpam do ordenamento jurídico normas (nulidade parcial sem redução de texto) ou textos normativos; 2) como a lei extirpada do ordenamento não pode mais ser utilizada como fundamento para uma decisão judicial (a impossibilidade de rescisória nesses casos e o efeito *erga omnes* já se

²⁶¹ As considerações enumeradas servem, do mesmo modo, para demonstrar a impropriedade de considerar que tais precedentes operam da mesma forma que os precedentes vinculantes da Suprema Corte norte-americana.

incumbiriam de tanto), o precedente vinculante não poderia ser, enquanto um princípio, o enunciado da lei X é inconstitucional²⁶², como poderia sê-lo nos ordenamentos da *Common Law*²⁶³, ou seja, deixar de aplicar uma lei declarada nula pelo STF nas ações diretas não se trata, em nosso ordenamento, simplesmente, de uma questão de igualdade, mas, antes, de uma inescapável consequência da sentença constitucional²⁶⁴; 3) Ainda que possam ser interpretados, os precedentes vinculantes do STF não podem ser revogados ou superados por qualquer outro tribunal e mesmo as situações de distinção estão sujeitas a ratificação pela via reclamatória; 4) tais precedentes são produzidos por meio de procedimentos especiais que não foram projetados para julgar um caso concreto específico (uma lei pode ser atacada via ADI no mesmo dia em que tenha entrado em vigor, ou ainda no período de vacância)²⁶⁵.

Feitas tais considerações, fica mais fácil perceber que a força gravitacional dos precedentes vinculantes do STF opera de uma maneira diferenciada, ainda que, sem dúvidas, sigam o princípio da extensão de direitos e deveres por conta da igualdade (as distinções, por exemplo, são realizadas com base nesse princípio, como se verá adiante). Portanto, para uma melhor compreensão da forma com que tais precedentes são produzidos em nosso ordenamento jurídico e como ponto final nas considerações gerais sobre a problemática em nosso país, antes de tecer comentários mais conclusivos, passemos a estudar os pressupostos teóricos dos procedimentos em que tais precedentes são formulados.

²⁶² A expulsão da lei inconstitucional é uma decorrência do controle de constitucionalidade via ações constitucionais e a oponibilidade a todos (*erga omnes*) de tal pronunciamento é explicada pelo alcance que a lei possuía; se esta fora excluída do ordenamento, ninguém pode aplicá-la. Lembre-se, também, que a nulidade da lei é oposta aos particulares e ao legislador, mas não o efeito vinculante. Ademais, quando o STF se refere a um precedente vinculante em ADI, não considera que em determinado pronunciamento declarou a lei X inconstitucional, mas se refere à interpretação que fez da Constituição. Nesse sentido, os seguintes trechos de ementas: *O Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.772/DF decidiu que para fins de aposentadoria especial as funções de magistério incluem, além das restritas às salas de aula, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a preparação de aulas, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção da unidade escolar* (AgR no AI 802.732/SC, DJe 26/11/10, Ricardo Lewandowski) e (...) *O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 923, da relatoria do ministro Sydney Sanches, decidiu ser incabível a declaração de inconstitucionalidade de súmula de jurisprudência dominante por não se tratar de ato normativo* (AgR no RE 584.188/SP, DJe 03/12/10, Ayres Britto).

²⁶³ A lei não é extirpada do ordenamento

²⁶⁴ Obviamente, ressalvados os casos de lei ainda constitucional e modulação temporal dos efeitos.

²⁶⁵ Como lembra Gilmar Mendes (1990, p. 128), no caso norte-americano, mesmo as ações declaratórias não podem ser propostas sem que seja no bojo de um caso ou controvérsia, não se identificando, portanto, com as formas de controle direito ou principal surgidas na Europa e que inspiraram o constituinte brasileiro.

3.6.1- O Processo objetivo e a ausência de discussões a respeito de matéria fática: mitigações e limites.

Uma das mais importantes consequências do item (4) acima é a ausência de um litígio concreto. Tal peculiaridade distancia, ainda mais, os precedentes do STF daqueles da Suprema Corte estadunidense. Não que estejamos a endossar teorias do precedente que afirmam que sua razão de decidir é encontrada, especificamente, nos fatos do caso paradigma²⁶⁶, mas é impossível negar que se trata de um ponto interpretativo importante para a construção do princípio que determina a força gravitacional do precedente vinculante constitucional brasileiro.

Sem embargo de tais considerações, não podemos cair no erro de acreditar que o STF interpreta e julga tais ações em *õ*abstratoõ, ou seja, sem considerações fáticas ou mesmo, sem que examine questões de fato. Partindo desse equivocado pressuposto, Juliano Bernardes (2004, p. 259-283) chega a afirmar que na fiscalização em tese, a atividade principal do tribunal é verificar se os preceitos impugnados apresentam desconformidades com as normas paramétricas constitucionais, portanto o tribunal se incumbem da tarefa de interpretar em tese a vontade constitucional. Arremata que na jurisdição abstrata avalia-se a adequação, em tese, da norma atacada, numa atividade cujos efeitos são similares aos de uma legislação, pois questões ligadas à incidência concreta da norma atacada não são considerados²⁶⁷. O mesmo vale para o próprio STF, que encara sua atividade na fiscalização como despida de considerações fáticas, seja quais forem²⁶⁸.

²⁶⁶ Como, por exemplo, as teorias explicativas da *Ratio Decidendi* de Goodhart, segundo a qual a tarefa do juiz não seria estabelecer os fatos e a conclusão do julgado, mas estabelecer os fatos fundamentais, tais como vistos pelo juiz da decisão paradigma e a conclusão neles fundamentada. Portanto, é pela escolha de fatos fundamentais que o juiz cria o direito, porque as proposições feitas com base nos fatos fundamentais são sempre maiores do que o peso de qualquer outra coisa que o juiz afirme; o primeiro a se fazer, nesse sentido, é determinar os fatos fundamentais (SOUZA, 2008, p. 130).

²⁶⁷ Trata-se de uma compreensão muito equivocada a respeito do que seria julgar uma demanda abstratamente. Não se pode atribuir tal compreensão equivocada, por exemplo, nem mesmo a Kelsen (2007), que limitava os parâmetros da fiscalização aos aspectos formais, uma vez que sabia que era impossível interpretar algo em abstrato, sem considerações fáticas. Daí porque, ao refutar a posição de Carl Schmitt de que a justiça constitucional não seria verdadeira jurisdição, pois não estaria submetida à resolução de um fato material, ressaltar que o juízo no controle de constitucionalidade é sempre de adequação, mas está ligado, sempre, a um fato material. O suporte fático que deve ser subsumido ao juízo das normas constitucionais é, justamente, o de sua estrita observância, ou seja, de produção normativa; o fato de não ter sido observado o procedimento legislativo constitucionalmente determinado. A questão sempre será o fato de se a lei surgiu de maneira constitucional. Para Kelsen, portanto, uma lei deve ser anulada quando seu suporte fático de produção estiver em contradição com a norma que regula tal suporte fático, e que, por isso mesmo, lhe é superior, pois fato e norma são conceitos distintos (KELSEN, 2007, p. 255-256).

²⁶⁸ Como exemplo, leia-se trecho da ementa da MC na ADI 1372/RJ, DJe 03/04/2009, Celso de Mello: *A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame "in abstracto" do ato estatal impugnado seja realizado direta, imediata e exclusivamente à luz da própria*

Nesse particular aspecto, são importantes as considerações feitas por Gilmar Mendes (1990), para quem, as mudanças fáticas determinam significativas alterações no conteúdo e eficácia das normas jurídicas e tais mudanças podem acarretar, consecutivamente, a inconstitucionalidade da lei. Nesse passo, é impossível discernir os aspectos fáticos puramente das questões eminentemente jurídicas. Resta prejudicado o entendimento que restringe o controle de constitucionalidade a um pretense e simples contraste entre regras de diferentes hierarquias, ao reconhecermos que a norma carrega consigo elementos da realidade e que uma mudança na situação apreendida pode deflagrar o processo de inconstitucionalização; pode nem ser o caso de uma alteração na interpretação do parâmetro de controle, mas uma alteração do conteúdo normativo submetido ao juízo de constitucionalidade, que somente pode ser explicado pela indissociabilidade de fato e norma (MENDES, 1990, p. 90-92).

Tal premissa tende a reposicionar a distinção existente entre controle abstrato e concreto, pois a diferença entre ambos estaria na causa do processo ou no pressuposto de sua admissibilidade: enquanto o controle concreto exige a relevância da questão constitucional para o caso do qual se originou, o controle abstrato está desvinculado de uma situação subjetiva ou de qualquer outro evento do cotidiano, afigurando-se suficiente o interesse jurídico de defesa da ordem constitucional (MENDES, 1990, p. 156). No Brasil, tal distinção ainda é mais peculiar, na medida em que a ADC, como não prescinde da interpretação da lei, necessariamente, envolve questões litigiosas e conflitos de interesse que serão conhecidos pelo STF, o que reserva a distinção ao aspecto da admissibilidade do processo e não ao momento da interpretação, como se uma fosse com base fática (controle concreto) e outra abstrata.

O requerimento para a instauração da jurisdição abstrata é estritamente processual, um simples impulso externo, pois inexistente pretensão de qualquer índole, sendo um processo unilateral e não contraditório, ou um processo sem partes, calcado em um interesse público, no caso, para a defesa da Constituição. Dessa forma, não se cogita de interesses ou de direitos a serem defendidos, mas tão-somente, de um interesse público no esclarecimento sobre a constitucionalidade da norma. E a estrita legitimidade processual outorgada pressupõe, obviamente, o interesse público dos potenciais titulares dessa faculdade (MENDES, 1990, p. 158-159). No entanto, quanto ao chamado controle abstrato brasileiro, melhor seria falar em um interesse principal de fiscalização abstrata para a defesa da higidez das normas

Constituição. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor supõe, sempre, para efeito de controle normativo abstrato, a necessária ocorrência de colisão frontal, direta e imediata do ato revestido de menor positividade jurídica com o texto da própria Constituição da República.

constitucionais como pressuposto processual específico, uma vez que a abertura de entidades não governamentais para propor ações diretas permite que o STF julgue demandas tipicamente individuais, pois, entre nós, o processo abstrato cumpre uma dupla função: tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto instrumento de algumas posições subjetivas (MENDES, 1999, p. 365).

Ademais, a característica fundamental do controle concreto é seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional é um antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou não, da relação jurídica (MENDES, 1990, p. 199-200)²⁶⁹.

Dessa feita, ainda que não julguem um litígio específico (bem como não julgam no õvazioö) o STF toma por base circunstâncias fáticas no julgamento das ações diretas, seja na forma das consequências jurídicas da decisão²⁷⁰, seja na formulação de casos hipotéticos²⁷¹ no momento da decisão que tendem a delimitar o princípio argumentativo que sustenta a decisão tomada²⁷². Lenio Streck (2002, p. 447) ressalta que o intérprete não se depara com o texto da constituição separado da realidade social que deve apreender e do texto normativo infraconstitucional, importantes para seu juízo a respeito de sua constitucionalidade, portanto, mesmo quando o tribunal realiza controle abstrato, terá em vista o campo de aplicação daquela norma específica e suas consequências²⁷³.

²⁶⁹ Villalon (1987, p. 42-43), explicando a fragilidade das nomenclaturas controle õabstratoö e õconcretoö, para a conceituação do controle feito pela via direta (recurso de inconstitucionalidade) e incidental (questão de inconstitucionalidade a ser remetida ao Tribunal Constitucional), afirma que elas têm relação com a legitimação para agir no controle de constitucionalidade. Com efeito, tais terminologias, como contemporaneamente utilizadas na Alemanha, são legados do sistema anterior a 1933, variantes, portanto, do controle abstrato ou imediato, pois ambas dão lugar a um processo autônomo de constitucionalidade. A designação da atual questão de constitucionalidade alemã, como controle concreto se deve a sua aproximação com a revisão judicial, mas tal nomenclatura está equivocada, porque parece dar a entender que se trata de duas maneiras de controlar a validade de uma norma, sendo que o juízo de controle do Tribunal Constitucional opera em ambos os casos, com as mesmas categorias normativas, com o mesmo objetivo e com as mesmas consequências. Em face de tais considerações, preferimos nos alinhar às considerações de Gilmar Mendes (1990) acima descritas, se quisermos permanecer utilizando tal dicotomia.

²⁷⁰ Pensemos nas modulações temporais dos efeitos da inconstitucionalidade.

²⁷¹ De acordo com Hurley (2006) os casos hipotéticos devem ser vistos como experimentos do pensamento, e, para que haja um raciocínio jurídico efetivo, é necessário que se descubra ou se construam casos hipotéticos reveladores sobre a decisão a ser tomada, uma vez que são importantes para depurar a deliberação judicial, como meio de teste das proposições jurídicas formuladas como hipóteses aptas a resolver um caso. A coerência do direito como integridade, por sua vez, oferece a moldura para a compreensão desses casos hipotéticos no raciocínio jurídico. Contudo, é válido ressaltar, a doutrina do precedente estabelece que os casos reais tenham um peso maior que os casos hipotéticos.

²⁷² Nesse sentido, afirma Antonio Maués (2008, p. 91): *õMesmo que o intérprete não se encontre diante de um caso concreto, mas busque interpretar as palavras do texto ou elabore uma situação imaginária, as concepções jurídicas que ele assume como válidas serão mobilizadas nessa tarefaö.*

²⁷³ Em sentido contrário, Eros Grau (2003, p. 85), ainda que reitere a ideia de que não existem problemas constitucionais que sejam independentes de problemas concretos e que interpretação sempre é aplicação, afirma que no controle abstrato de constitucionalidade o STF declara a inconstitucionalidade do texto, do artigo tal da lei tal, ou seja, apenas interpreta, vale dizer, não aplica o direito.

No julgamento da ADI 3.324/DF, em que foi impugnado o art. 1º da Lei 9.536/97, que previa a possibilidade de efetivação de transferência *ex officio* de estudantes - servidores públicos civis ou militares, ou de seus dependentes - entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarretasse mudança de seu domicílio, o tribunal, não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa, entendeu que a possibilidade de transferência entre instituições não congêneres permitida pela norma impugnada, especialmente a da particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, sem justificativa, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V).

Todavia, durante os debates do caso, o Min. Ayres Britto propôs casos hipotéticos para a discussão plenária: 1) Situação em que o servidor, civil ou militar, transferir-se para uma unidade da federação ou cidade que não disponha de universidade pública e 2) Situação em que o servidor, civil ou militar, transferir-se para uma unidade da federação ou cidade que não disponha de universidade privada, apenas pública.

No emblemático julgamento da ADI 3.510/DF, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.

O Min. Menezes Direito, por exemplo, considerou que a retirada das células tronco dos fetos que possam acarretar sua destruição é uma interpretação que torna a lei inconstitucional, questionando, em seguida, o fato da autorização dos pais para a retirada dos fetos inviáveis, mas que, ainda assim, não leve a sua inutilização ou ferimento. Permitindo, apenas, sua extração naqueles embriões que não mais puderem se dividir, perdendo, portanto, sua qualidade e potencialidade e se tornar um ser humano. A utilização de õcondições²⁷⁴,

²⁷⁴ São as condições: 1) as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; 2) o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas contados da fertilização dos oócitos; 3) as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; 4) a realização de pesquisas

como o próprio ministro Lewandowski se refere às suas proposições, são fruto de respostas aos casos hipotéticos que poderiam ocorrer na aplicação da lei e que não estariam dispostos na lei de regência.

No julgamento da ADI 4.033/DF, DJe 07/02/11, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do art. 13, § 3º, da Lei Complementar 123/2006, que concede isenção às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional quanto ao pagamento das contribuições instituídas pela União, inclusive aquelas devidas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, o relator, Min. Joaquim Barbosa, ao desenvolver fundamentação que tomou por base as conseqüências principiológicas das hipóteses levantadas, aduziu que o fomento da atividade das empresas de pequeno porte e das microempresas é objetivo que deve ser alcançado, nos termos da Constituição, na maior medida possível diante do quadro fático e jurídico a que estiverem submetidas, e que, dentre as medidas que podem ser adotadas pelo Estado, está a elaboração de regime tributário diferenciado, que tome por premissa a circunstância de as empresas com menor receita não terem potencial competitivo tão desenvolvido como as empresas de maior porte. Para o relator, a fim de alcançar tais objetivos e ainda atender ao princípio da capacidade contributiva, não seria adequado afirmar que o regime tributário diferenciado deve se limitar a certos tributos. Assim, tendo em conta que a proposta de limitação do regime tributário diferenciado a espécies tributárias específicas poderia amesquinhar ou mesmo aniquilar o propósito da instituição de tal regime, concluiu que se haveria de dar ao texto do art. 146, III, d da CF caráter exemplificativo e não taxativo, no que se refere aos tributos que poderão ter o alcance modulado em função de o contribuinte ser empresa de pequeno porte, em uma interpretação que lançou mão da indissociabilidade fato e norma e da importância de situações hipotéticas na interpretação.

3.6.2 - O Modo de decisão do Supremo Tribunal Federal: divergências teóricas nos votos dos ministros.

Uma das grandes características da teoria de Dworkin (1999) está na compreensão de que a divergência teórica existente entre os juristas é genuína e que se trata de algo inerente ao

com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado; 5) os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na lei impugnada.

direito, uma vez que os julgamentos partem da intenção do intérprete e de seus julgamentos políticos sobre o que melhor se adéqua e se justifica como a melhor interpretação²⁷⁵.

Todos os que acompanham as decisões do STF observam como cada ministro possui pensamentos particulares e diferentes acerca do resultado do caso em julgamento. Uns podem, inclusive, se assustar com as divergências em face, por exemplo, da õclarezaõ do texto normativo da Constituição, levando a considerações acerca de um õativismoõ ou de õinterpretações que espelham as preferências pessoais e políticas dos ministros²⁷⁶.

As divergências teóricas entre os ministros se justificam (e seu desvelar permite uma melhor análise de seus votos) pelo fato das proposições jurídicas de direito se estabelecerem na forma de juízos acerca de sua veracidade, bem como pelas diferentes teorias que os mesmos formulam para interpretar as normas constitucionais. Conforme visto anteriormente, é importante saber como os juízes decidem as causas, assim como o é saber o modo como encaram o direito. E quando divergem a seu respeito, em que se baseia esta divergência.

Segundo Dworkin (1999, p. 06-08), as proposições jurídicas²⁷⁷ podem ser falsas ou verdadeiras, mas emanam de algum lugar, ou seja, são fruto de uma construção interpretativa,

²⁷⁵

Brian Bix (1993, p. 112) problematiza tal aspecto ao afirmar que uma teoria que, ao invés de condenar, estimula e considera normais as divergências, não pode ser uma descrição melhor do sistema norte-americano. No entanto, a linguagem dificilmente se estabelecerá como um õlimiteõ às divergências, pois diferentes intérpretes sempre partirão de pré-juízos diferentes (terão formações diferentes e convicções distintas sobre o que tomará uma interpretação a melhor), o que não exclui que apenas uma seja a correta.

²⁷⁶ Como vimos, tais considerações são verdadeiras até certo ponto. Sua conotação, claro, é negativa, como se as preferências pessoais e políticas nunca influenciassem uma interpretação. Ao sintetizar a ideia exposta linhas atrás por Dworkin, Bonorino (2003, p. 64-89) sustenta que as crenças do intérprete são indispensáveis para que se considere uma proposição jurídica como interpretativa, uma vez que, na disputa em torno da verdade das proposições interpretativas os participantes irão formular argumentos, isto é, conjuntos de enunciados relacionados de maneira tal que uns deles servem como apoio da verdade do outro, defendendo ou atacando uma proposição, o que faz concluir que a defesa de uma interpretação sempre pressupõe a aceitação de certas crenças normativas tácitas, tais crenças constituem teorias sobre a interpretação e sobre o que se considera valioso para o direito, se diferenciam pelo grau de abstração em que são postas, ou seja, são interpretações construtivas. A carga negativa trazida por essa expressão se fundamenta, conforme Guest (1991, 135-138) na equivocada ideia de que a asserção de um julgamento moral requer uma afirmação adicional pelo fato de descrever algo como existente objetivamente para que ganhe substância, ou seja, as pessoas esperam uma adesão massiva acerca do pronunciamento ou algo que seja tão arreatador que não possa ensejar divergências em ninguém.

²⁷⁷ O problema central da doutrina jurídica analítica diz respeito ao sentido que se deve às proposições de direito (DWORKIN, 2000, p. 217). Estas, por sua vez, são afirmações e alegações feitas pelas pessoas sobre aquilo que o direito lhes permite, profbe ou autoriza. Não obstante tais conceituações, algumas questões precisam ser esclarecidas. Tomar o direito como um conceito interpretativo permite que se superem as dicotomias positivistas acerca da compreensão da norma jurídica, especialmente, aquelas que cindiam os fatos das normas na forma dos juízos de ser e dever-ser, respectivamente. As considerações de Dworkin partem do pressuposto de que as

normas são produto da interpretação, não seu ponto de partida, o que acarreta que a discussão acerca da distinção de um juízo normativo e outro de proposição normativo se desvançam, ao passo que tal problema surge apenas no momento da interpretação/aplicação como aspectos incidíveis da empreitada interpretativa, sendo impossível formular uma hipótese interpretativa verdadeira que prescindia de aplicação, porque nas proposições estão juntas a valoração e descrição. Sobre este ponto, sustenta Bonorino (2003, p. 41-49) que, do ponto de vista de quem participa da prática, as proposições sempre poderão ter elementos valorativos e descritivos. Trata-se de uma posição criticada por Casalmgliã (1992, p. 175), para quem a polêmica com o positivismo, neste ponto, estaria deslocada, pois os objetivos daquela teoria do direito são distintos, uma vez que aquela apenas se

não são postas pelo próprio direito. O que a lei (ou a Constituição) òdizö é mera figura de retórica. A veracidade ou falsidade das proposições jurídicas dependem de outros tipos mais conhecidos de proposições: os fundamentos do direito. Nesse passo, os juizes podem divergir de duas maneiras: 1) podem estar de acordo com os fundamentos do direito, mas divergir se um caso observou tais fundamentos ou 2) podem discordar sobre o fundamento do direito, sobre quais outras proposições, quando verdadeiras, tornam certa proposição jurídica verdadeira. Esta última seria uma divergência teórica sobre o direito e é mais problemática que as demais, pois aponta uma divergência sobre o que o direito é²⁷⁸.

Partindo dessas considerações, como sua teoria da interpretação toma como ponto de partida a visão interna, ou seja, do participante, mais especificamente, do juiz, Dworkin (1999, p. 19-22) pontifica que os juizes precisam de uma teoria operacional acerca da interpretação da lei, uma vez que nas questões interpretativas quando, *prima facie*, o texto da lei apresenta enunciado intocável, muito dependerá do impacto da lei no caso e isso exige uma teoria, ainda que o intérprete não se conscientize de tal empreitada.

Portanto, quando os juizes discordam de maneira teórica, eles discutem não acerca da propriedade de uma palavra ou de sua descrição, mas sim sobre os melhores testes que podem fazer para aplicar a palavra ou frase em qualquer ocasião, inclusive quando concordam sobre qual palavra se aplicar, ou seja, são argumentos que envolvem o teste de princípios morais fundamentais, são sempre argumentos que envolvem o melhor meio para se interpretar uma lei, ainda que esta seja òclaraö (DWORKIN, 1987, p. 13). Por essa razão, sintetiza Dworkin (1999, p. 306-308), as convicções morais e políticas dos ministros determinam as ideias sobre justiça e equidade e sua correlação, pois qualquer juiz, ao longo de sua formação e experiência, desenvolverá uma concepção funcional bastante individualizada acerca do direito, na qual se baseará, talvez inconscientemente, para chegar a diferentes decisões e avaliações e serão, para ele, questões de sentimento e instinto, não de análise. Ainda assim,

ocuparia da descrição do direito, não se sua valoração. Todavia, Dworkin (1987, p. 19) considera que, embora os positivistas tenham tido a agudeza de perceber que o que se discute no direito são suas proposições, não podemos esquecer que, por ser um fenômeno social, não podemos descrever o direito como uma prática social de uma maneira reveladora e iluminada sem considerar as questões de sentido de tais proposições, ou seja, a questão sobre que tais proposições significam para aqueles que as produzem e que tipo de desacordo existe quando falam sobre ela. Crítica, portanto, a resposta que os positivistas dão à questão do sentido das proposições jurídicas, não sua preocupação com o tema.

²⁷⁸ Estas considerações são especialmente importantes, por exemplo, para compreender a questão do chamado òativismo judicialö, uma vez que o direito é criado pelos ministros, porque o tribunal formula uma regra nunca antes oficialmente declarada. Tal formulação perpassa, necessariamente, por interpretações que demonstram o direito como ele é se devidamente compreendido, ou seja, òa nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, inclusive, negadoö. Nesse sentido, a discussão sobre se os juizes criam ou descobrem o direito, perpassa pela questão de seus fundamentos, portanto, da concepção de direito adotada (DWORKIN, 1999, p. 09).

como críticos, podemos impor uma estrutura a sua teoria funcional, ao isolar seu método empírico sobre adequação e suas opiniões sobre a justiça e equidade, nos permitindo julgar a veracidade ou falsidade acerca das conclusões que chegam sobre as proposições jurídicas.

As teses de Dworkin nos permitem concluir que cada ministro irá formular, com base em suas convicções sobre adequação e justificativa, o que entende como a melhor interpretação acerca das normas constitucionais. Não existe, dessa forma, nenhuma linha clara existente que separa a doutrina jurídica da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto do direito, nesse ponto, não podemos deixar de negar que os filósofos discutem acerca dos fundamentos interpretativos que qualquer argumento jurídico deve ter, portanto, qualquer argumento jurídico prático, não importa se detalhado ou restrito, acolhe um fundamento abstrato oferecido anteriormente pela doutrina e, quando há uma decisão entre fundamentos antagônicos, um é escolhido em detrimento de outro, tornando o voto do ministro uma forma de filosofia do direito, ainda que esta esteja oculta e o argumento que esteja na superfície se apresente como uma compreensão de citações e listas de fatos (DWORKIN, 1999, p. 112-113).

Ao julgar uma demanda, os ministros do STF divergem sobre o que é direito, sobre a melhor interpretação que devem dar às normas constitucionais, a fim de atestar a veracidade ou falsidade de uma determinada proposição jurídica. Como cada voto é composto dos argumentos que justificam determinado resultado oriundo das considerações pessoais sobre a integridade do direito, é possível que possamos traçar os elementos teóricos presentes nos votos, possibilitando sua análise e, acima de tudo, sua compatibilidade com a melhor interpretação da Constituição.

Nesse passo, podemos citar um precedente que tende a demonstrar as teses propostas. Em um recente julgado, o tribunal, em questão de ordem, redefiniu o papel do Advogado Geral da União nos processos objetivos da ação direta de inconstitucionalidade. Tratou-se da ADI 3.916/DF, DJe 14/05/10, proposta pelo PGR, da relatoria do Min. Eros Grau, que questionava lei do Distrito Federal, decorrente de sua competência estatal, que, supostamente, teria violado competência legislativa da União para dispor acerca da organização da polícia civil do Distrito Federal. A questão de ordem suscitada no julgamento da ação decorreu da manifestação do AGU, que opinou pela procedência do pedido.

Segundo o Min. Marco Aurélio, a atuação do AGU, com base no art. 103, § 3º, da CF/88²⁷⁹, seria dirigida, devendo aquele manifestar-se sempre pela defesa do ato impugnado, porquanto o texto da Constituição seria claro nesse sentido, enquanto preceito imperativo que impõe a defesa da permanência do ato. Quanto ao aspecto da dualidade de atuação do AGU (como representante jurídico do Poder Executivo e defensor de ato tido como inconstitucional), relembra a atuação do PGR, que pode, como autor da ação, divergir no parecer apresentado como defensor da ordem jurídica. Por fim, salienta que não existiria outra opção interpretativa, porquanto a citação para defesa do ato seria a vontade da constituição.

O ministro Cezar Peluso, por sua vez, buscou outra via interpretativa ao afirmar que poderia existir a diferença de atribuições do AGU na estrutura constitucional, ainda que não fosse a melhor escolha político-jurídica, no entanto, poderia ser considerada para efeitos de instrução do processo objetivo, uma vez que nele não existem partes em sentido formal. Todavia, ressaltou que, no caso de usurpação de competências da União, não existiria outro órgão que poderia realizar a defesa dos interesses da União, algo que não poderia o AGU abdicar, porque lhe afastaria de sua função constitucional primordial, mas afirmou que o AGU deveria exercer seu papel de contraditor nos demais casos. Por fim, ressaltou que não existiam sanções constitucionais quanto ao desvirtuamento do papel do AGU nos processos objetivos, portanto, não existiriam meios constitucionais de constranger o AGU a assumir determinada posição contrária a sua convicção jurídica.

Já para o Ministro Ayres Britto, como o Supremo Tribunal Federal atua de forma contramajoritária na expulsão de uma lei que foi incorporada no ordenamento jurídico de maneira ortodoxa, através do normal funcionamento democrático e esta correria o risco de ser expulsa pela via jurisdicional, a Constituição teria previsto a defesa do ato pelo AGU como uma sobreracautela. Dessa forma, de acordo com o ministro, através de uma interpretação finalística, seria uma deferência à separação dos poderes.

Todavia, encabeçado pelo Min. Gilmar Mendes, o Tribunal entendeu que a CF/88 concedeu ao AGU o direito de manifestação. A fundamentação foi a de que o órgão se colocaria na situação contraditória e desconfortável de defender um ato afrontoso ao interesse da União, vulnerando sua função primordial de defensor dos seus interesses (CF, art. 131), bem como que as defesas dos atos impugnados deveriam ser feitas pelos agentes requeridos na ação.

²⁷⁹ De acordo com o art. 103, § 3º da CF/88: *Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.*

No caso da interpretação constitucional, os ministros estavam de acordo com o que o texto normativo constitucional apresenta, enquanto fase pré-interpretativa, no entanto, divergiram quanto às normas que poderiam ser extraídas dele e de sua adequação. Em muitos casos perante o Tribunal, os juízes constitucionais estão de acordo com aquilo que afirma o texto, dentro de um acordo pré-interpretativo, ou seja, semanticamente, todos os juízes estão de acordo com as palavras (e seus significados isolados) que compõem o texto constitucional, no entanto, divergem quanto ao resultado da sua interpretação

É inconcebível acreditar que nossos ministros divergiram quanto à semântica das palavras que compunha determinado texto normativo²⁸⁰ (nem, inclusive, que divergiram quanto aos fatos em questão, em contraste com as teorias positivistas), ou mesmo sobre a engenharia constitucional que atribui o papel de assessoria jurídica da União ao Advogado-Geral da União, mas é factível crer que divergiram quanto às normas a serem extraídas da interpretação/aplicação.

No caso do art. 103 da CF/88, é patente, de acordo com a síntese dos argumentos exposta, que todos os ministros concordavam com o significado das palavras que compõem o parágrafo, mas, mesmo com a aparente õclarezaõ do texto, seu contexto demonstra que uma interpretação simplesmente literal não seria a mais adequada com outros princípios interpretativos substantivos que são amparados pela Constituição²⁸¹.

Nesse passo, podemos observar, neste específico julgado, 04 (quatro) teses que devem ser postas à prova sobre qual delas seria a melhor interpretação das normas constitucionais citadas. Os ministros, no caso descrito, divergem sobre a interpretação/aplicação a ser dada à seguinte proposição jurídica: dada a função institucional outorgada pela Constituição ao AGU, como ministro de Estado, com funções de defesa dos interesses da União, poderia o mesmo defender a constitucionalidade de um ato que usurpou a competência legislativa daquela? Partindo dessa premissa, formularam teorias que julgaram melhor responder ao

²⁸⁰ Cass Sunstein (1994, p. 101-102) aponta que existem duas espécies de princípios interpretativos que regem a interpretação de um texto, inclusive o constitucional: os princípios interpretativos semânticos e substantivos. De acordo com o primeiro, se relaciona com a fala em seu sentido simples e dicionário, no sentido das palavras. Algumas provisões da constituição são semânticas (o presidente tem que ter, no mínimo, 35 anos, p.ex.) os princípios substantivos não necessitam de uma aula de linguagem ou de um dicionário, mas de justificações políticas substantivas e a seleção de princípios substantivos deve ser feita com base em assunções morais e políticas.

²⁸¹ Mesmo que um termo seja claro em abstrato ou no dicionário, a incerteza na sua interpretação pode surgir por conta da cultura e do contexto. Nesse sentido, mesmo os mais aparentes, claros, precisos e específicos termos podem se tornar incertos por conta de nossa impossibilidade de prever o futuro e de como eventos posteriores afetarão a compreensão presente; mais cedo ou mais tarde, a linguagem clara confrontará um problema não antecipado (SUNSTEIN, 1996, p.122-125).

questionamento e tais teorias podem ser alvo de análise e, consecutivamente, a vencedora, embasada em um princípio, encabeçará a formulação do precedente.

É imperioso ressaltar, todavia, a necessidade de se analisar, cautelosamente, as fundamentações utilizadas nas decisões tidas como paradigmas, para que se evitem aplicações incorretas do precedente estabelecido em relação aos fundamentos determinantes adotados pelo STF. Nesse contexto, Stiefamn (2006b, p.170-171) relembra a dificuldade de se estabelecer qual seria o fundamento determinante da decisão, pois, em nosso país, onde a divergência apenas é considerada a respeito do resultado concreto da decisão, ou seja, ainda que haja divergência quanto aos fundamentos, porém convergência quanto ao resultado do julgado (constitucionalidade ou inconstitucionalidade), a decisão será considerada unânime. Para corroborar seu posicionamento, o autor cita o julgamento da ADI nº 51/RJ, em que houve decisão unânime quanto a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, porém, nos votos dos ministros, a fundamentação para declaração de inconstitucionalidade foi diversa²⁸².

Não por outra razão, Vojvodic e Machado (2009, 29-31) afirmam que podem existir casos de votação unânime, mas com vários pontos de vista, ainda que congruentes com o resultado, em que coexistem algumas fundamentações que são tanto complementares, como excludentes uma das outras. Ou seja, ainda que exista um peso formal por parte do voto do relator do caso, não podemos negar a existência de fundamentos outros conflitantes. A unanimidade se encontra apenas na parte dispositiva, não na fundamentação. Para os autores isso se deve ao alto personalismo dos ministros, demonstrando a existência de uma *ratio decidendi* do ministro, com, inclusive, a citação de precedentes individuais, o que torna impossível a extração de uma *ratio* institucional, ou seja, do tribunal.

Concluem os autores que o tribunal lança mão de meios informais de decisão, seja jogando para o futuro a consolidação da decisão, deixando que tribunais e juízes de primeiro grau se pronunciem sobre a razão prevalecente do julgado, seja pelo fato de evitar que se forme um precedente antecipado, a fim de evitar prejuízos futuros. Nesse sentido, de acordo com um desenho institucional do tribunal, em contraposição à existência de um voto único, podemos falar em uma razão de decidir de cada ministro, ainda que os autores não considerem tais práticas como algo nocivo (VOJVODIC; MACHADO, 2009, p. 37).

²⁸² Tal situação difere do que ocorre na Espanha, como afirma LLorente (1997, p. 486), uma vez que nesse país são publicadas no *Boletín Oficial Del Estado* o texto integral das sentenças constitucionais, não apenas a parte dispositiva, afastando, desta forma, o obstáculo material da falta de publicação dos fundamentos para reconhecer-lhes eficácia vinculante, assim como o desconhecimento da situação fática que deu origem ao precedente.

Mesmo encarando o direito como um conceito interpretativo e os votos dos ministros como teorias que pretendem resolver problemas acerca da veracidade de uma proposição jurídica questionada, permitindo uma abertura epistemológica das estruturas das argumentações dos ministros, encarando-as como parte integrante daquilo que é o direito, a inexistência de uma opinião única da corte²⁸³ e a divergência entre as formulações das fundamentações vencedoras divergentes, mas de resultados semelhantes, são problemas da prática das decisões do STF que se impõem e precisam ser interpretados. Todavia, deixamos para discutir sobre eles no próximo e derradeiro capítulo.

²⁸³ Logo depois de se tornar *Chief Justice*, Marshall mudou a maneira pela qual a Suprema Corte anunciava suas decisões. Anteriormente, cada juiz apresentava um voto em separado (*seriatim*), tal como em nosso país. Posteriormente, Marshall determinou que a decisão fosse fixada em um único voto da corte, facilitando a extração do *decisum*. De acordo com Gerhardt (2008, p. 62), antes da decisão de Marshall o efeito do precedente apenas poderia ser buscado juntando as opiniões dos juízes que compunham a maioria, como não existia uma opinião singular da corte, aquele que iria aplicar o precedente tinha de fazer cálculos matemáticos para determinar com o que cada juiz concordou. O precedente seria, justamente, o resultado dessas operações. De acordo com as concepções de Gerhardt, em verdade, não existia precedente até uma maioria explicitar que uma decisão o era.

CAPÍTULO 4 - A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E EFEITO VINCULANTE: por uma leitura moral da constituição cidadã consentânea com os precedentes dissuasivos vinculantes constitucionais.

De acordo com a linha teórica esposada pelo trabalho, o direito é encarado como uma prática interpretativa, o que significa afirmar que as considerações feitas acerca dos institutos jurídicos, bem como das proposições jurídicas, devem ser encaradas de forma a demonstrá-las da melhor forma possível, de acordo com as justificativas que melhor se ajustam aos princípios fundamentais acolhidos pelo nosso ordenamento e os mesmos, por sua vez, são aqueles que estão encartados em nossa constituição.

A prática dos precedentes, o efeito vinculante, o sistema de controle de constitucionalidade que adotamos, todos foram (ou serão) considerados como conceitos interpretativos, que possuem objetivos e sentidos que necessitam de justificação. Não poderíamos tratar de forma diferente a constituição e, por consequência, sua interpretação.

Entretanto, antes de nos concentrarmos na interpretação da constituição, teceremos alguns comentários a respeito da importância de tratar sobre o tema da interpretação constitucional dentro da discussão sobre precedentes.

Um dos principais objetivos do trabalho é o estudo dos precedentes vinculantes produzidos na seara constitucional por meio do controle concentrado, ou seja, aqueles que são formados quando, partindo da interpretação da constituição, o STF formula precedentes vinculantes que serão interpretados/aplicados posteriormente pelo judiciário. Portanto, curial para a formulação do precedente constitucional será a forma com que o STF interpreta as normas constitucionais. O modo pelo qual o STF encara a interpretação constitucional é, portanto, um problema anterior à questão do precedente.

Antes de tudo, é importante salientar que a interpretação constitucional, enquanto ato de compreensão, não se diferencia daquela realizada para a interpretação das leis infraconstitucionais. De acordo com Eros Grau (2003, p. 61), a interpretação jurídica é a transformação de uma expressão, o texto, em outra, a norma. A norma, por sua vez, não é apenas o texto normativo nela transformado, pois ela resulta também do conúbio entre o texto e os fatos, ou seja, a realidade. Nesse sentido, tal atividade não se diferencia na interpretação constitucional e infraconstitucional.

A interpretação constitucional não seria uma interpretação diferenciada, como se pudéssemos diferenciar ou setorizar a interpretação em dois momentos, uma interpretação

específica para as leis infraconstitucionais e outra interpretação constitucional. Todavia, existem particularidades na interpretação constitucional que decorrem da natureza mesma da constituição. Dessa forma, com Böckenförde (1993, p. 37-40), observamos que existe uma conexão recíproca entre a interpretação constitucional e teoria da constituição, o que significa dizer que o conteúdo da constituição e sua posição no ordenamento jurídico se refletem nas interpretações que são feitas de suas normas.

A Constituição, por exemplo, não toma como primeiro referencial interpretativo outras normas do sistema nacional²⁸⁴, por conta de seu caráter inicial e cimeiro²⁸⁵. Ademais, a norma fundamental é fruto de um poder constituinte e possui superioridade hierárquica sobre as demais normas jurídicas, servindo como fundamento para as primeiras, portanto, a interpretação dada às normas constitucionais deve ser, igualmente, fundamental. Tais

²⁸⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), vigente em nosso direito interno através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, é considerada norma de caráter supralegal, em face da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Uma síntese do entendimento esposado pelo STF naquele processo encontra-se na ementa do RE nº 349.703/RS, DJe 05/09/2009, Rel. Min. Carlos Britto: *PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Dessa forma, como corolário do extensamente exposto ao longo do trabalho sobre a interpretação do direito e dos precedentes judiciais, as normas da tratativa internacional devem ser interpretadas em consonância com o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para mais detalhes a respeito desta perspectiva, ver Maués (2009).*

²⁸⁵ Em sentido contrário, Zeno Veloso (2003, p. 174-175) atesta que a constituição pode produzir inúmeros sentidos na interpretação de suas normas e algumas delas apontam para a inconstitucionalidade de uma lei, mas não em outras, nesses casos, o judiciário deve salvar a lei, optando por uma interpretação da constituição debaixo da qual a lei é tida como válida, num caso de *interpretação da constituição conforme a lei*. Trata-se, de acordo com o jurista, em prestígio da presunção da constitucionalidade das leis. A posição de Veloso (2003) é um tanto confusa, uma vez que, como poderemos pensar em uma proposição jurídica constitucional que torna uma lei inconstitucional, que não possa ser assim declarada pelo judiciário? Qual seria a sua valia? A lei que contiver uma interpretação que possa ser considerada contrária à constituição será derrubada eventualmente, na medida em que, em determinado caso, uma proposição normativa contradisser o estatuído nas normas constitucionais. O problema nessa compreensão seria uma espécie de blindagem da lei contra o controle de constitucionalidade, uma vez que, a todo tempo, o judiciário teria de desconsiderar a inconstitucionalidade da lei em um caso, com base na presunção da sua constitucionalidade, mesmo que em outros casos a mesma lei se apresente como inconstitucional. Além de contraditória (sustentar a presunção da constitucionalidade de uma lei inconstitucional), a tese vulnera o aspecto superior e supremo da constituição.

interpretações, ainda, devem se ajustar às disposições mais básicas do poder político da comunidade e deve ser sempre possível justificá-las (DWORKIN, 1999, p. 454)²⁸⁶.

Dessa forma, o intérprete constitucional nunca poderá deixar de considerar os princípios normativos que fundamentam e estruturam nossa constituição²⁸⁷ nos precedentes que formular, devendo, dessa maneira, justificar suas decisões com base naqueles. Diferentemente do que a exposição de uma metodologia para a interpretação constitucional, tal constatação é uma proposição interpretativa que leva em consideração a natureza suprema da constituição e de seus princípios fundamentais para a interpretação de suas disposições.

4.1 - CRÍTICAS À DOGMÁTICA NACIONAL.

A interpretação constitucional é um dos mais importantes tópicos da teoria constitucional e muito do que se afirma nessa seara revela como a constituição é encarada pelo teórico constitucional. O conteúdo e a efetividade das normas constitucionais, portanto, depende, de forma decisiva, de como as interpretamos.

A contribuição teórica para a interpretação constitucional desempenha, conforme o acima exposto, inegável e imprescindível suporte para a concreção dos princípios fundamentais por ela acolhidos. Todavia, percebemos que as teses a respeito da interpretação constitucional defendidas pela imensa maioria dos autores nacionais²⁸⁸ dificultam uma melhor compreensão de nossa constituição e de seus princípios fundamentais.

De acordo com populares teses sobre interpretação constitucional, existiriam métodos e princípios específicos que orientariam tal interpretação e, ainda que partam de postulados filosóficos e teóricos distintos, são em geral, complementares, inexistindo uma relação fixa e hierárquica entre seus critérios (COELHO, 2007, p. 48-55). Dentre os métodos de interpretação constitucional, geralmente, são citados os seguintes: *Método Jurídico ou Hermenêutico-Clássico*; *Método Tópico Orientado ao Problema*; *Método Hermenêutico-*

²⁸⁶Concordamos com Inocêncio Mártires Coelho (2007, p.07-17), nesse ponto específico, que, mesmo distintas, as normas constitucionais são ainda normas jurídicas, restando a distinção entre lei e constituição disposta na sua estrutura normativo-material e na função que desempenham no ordenamento jurídico.

²⁸⁷Como exemplo dos princípios normativos fundamentais acolhidos pela carta de 1988, sem embargo de outros, ver o Título I da CF/88.

²⁸⁸Inúmeros doutrinadores adotam os chamados princípios e métodos da interpretação constitucional, tais como aqueles que serão criticados a seguir no trabalho. Apresentaremos um rol exemplificativo dos autores partidários dessa compreensão da interpretação constitucional: Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 138-148); Inocêncio Mártires Coelho (2007); Moacyr Motta (2003, p. 145-149 e 190-198); Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Jr.(2007, p. 83-90); Uadi Bullos (2007, p. 336-346), que, ao invés de falar em princípios, prefere técnicas da interpretação constitucional, mas que possuem o mesmo conteúdo daqueles princípios defendidos pela chamada ònova hermenêutica constitucionalö.

Concretizador; Método Científico-Espiritual e Método Normativo-Estruturante. Quanto aos princípios, via de regra, são citados os seguintes: *Unidade da Constituição; Concordância Prática; Conformidade Funcional; Efeito Integrador; Máxima Efetividade; Força normativa da constituição e Interpretação conforme a constituição*.

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 116) sustenta que tais construções doutrinárias, tão absorvidas e difundidas pela doutrina nacional, têm como mote uma suposta superação do que seria o arcaico em termos de interpretação (representado pelos métodos jurídicos de interpretação formulados por Savigny na metade do século XIX, *e.g.*: literal, teleológico, histórico etc.), em contraposição ao que seria moderno²⁸⁹. Ou seja, trata-se da superação dos tradicionais métodos de interpretação, em face de seu caráter privatista, com vistas à utilização de modernos métodos e princípios, especificamente, constitucionais.

Todavia, não se tratam de considerações enraizadas ou sedimentadas nas práticas e teorias de um determinado país e que foram, posteriormente, transportadas ao Brasil. Nem mesmo na Alemanha, país berço dos juristas que os desenvolveram, tais métodos e princípios são utilizados ou estudados com profusão²⁹⁰. Nesse caso específico, não se pode, portanto, falar que os autores nacionais realizaram uma importação de um modelo alemão estabelecido na doutrina e na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão, uma vez que os propalados princípios da interpretação constitucional foram desenvolvidos e expostos por Konrad Hesse no seu manual de direito constitucional²⁹¹, enquanto os métodos da interpretação constitucional foram inventariados por Böckenförde em clássico artigo sobre o tema²⁹² (SILVA, 2005, p. 116-117).

Em primeiro lugar, é válido ressaltar, que o simples fato do rol de princípios da interpretação constitucional não ser utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão não é o

²⁸⁹ Ainda que muito da construção de princípios e métodos da interpretação constitucional, bem como suas conceituações, sejam atribuíveis a Canotilho (1998), seria injusto afirmar que tal autor tenha se filiado a uma teoria da interpretação que congregue, necessariamente, tais artifícios. Sem embargo de ter afirmado, explicitamente, que, embora distintos filosófica e teoricamente, os métodos serem reciprocamente complementares, alerta, todavia, que expõe os métodos apenas como fornecimento de instrumentos práticos e específicos da concretização das normas constitucionais, pois, em seu manual, não lhe interessa a querela metódica, mas apenas a descrição das indicações teóricas e metodológicas para melhor compreensão da matéria (CANOTILHO, 1998, p. 1084). O português, ao contrário de adotar ou considerar todos os métodos como operativos e aplicáveis à Constituição portuguesa, por exemplo, tece as mesmas e severas críticas que Böckenförde faz acerca do método tópico e, ainda que não adote nem um deles de forma expressa, Canotilho (1998, p. 1088) se alinha, explicitamente, às considerações de Muller sobre teoria da norma jurídica e interpretação constitucional, ainda que afirme, contraditoriamente, pela necessária ponderação de bens e valores na metódica constitucional de matriz alexyana (CANOTILHO, 1998, p. 1109-1112).

²⁹⁰ Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 118), estudioso do direito constitucional alemão, afirma que os princípios da interpretação constitucional não são encontrados em todos os manuais de direito constitucional e são apenas a sistematização das ideias de um único autor, Konrad Hesse (1998).

²⁹¹ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (HESSE, 1998).

²⁹² *Los métodos de la interpretación constitucional ó inventario y crítica* (BOCKENFORDE, 1993).

argumento mais forte contra o seu uso, mas sim aquele que afirma que tais princípios não possuem maiores utilidades práticas ou analíticas enquanto categorias que se pretendem especificamente como cânones interpretativos constitucionais, conforme Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 121). O que defendemos, na esteira do exposto por Virgílio Silva (2005), é que os chamados princípios da interpretação constitucional, além de serem vestes mais pomposas dos antigos cânones formulados por Savigny, não possuem nenhuma utilidade na interpretação de nossa Constituição, servindo, apenas, para dificultar um melhor esclarecimento sobre a mesma, ou, a fim de salvar sua rotineira utilização pelo STF, como simples argumentos de retórica, utilizados para tentar legitimar o resultado de uma interpretação, na realidade, fruto da leitura moral realizada pela Corte.

A principal crítica é endereçada ao princípio chave da *nova hermenêutica constitucional*²⁹³, o da *Unidade da Constituição*. Segundo tal princípio, o intérprete não pode interpretar as normas da Constituição como partes isoladas, mas sim como preceitos integrados, a fim de evitar contradições normativas (COELHO, 2007, p. 101). Não existe nada de superador, enquanto princípio específico da interpretação constitucional, na unidade da Constituição, uma vez que se trata de uma versão diferente da decantada interpretação sistemática. Não se trata, portanto, de um cânone especializado ou que se diferencie quando se tem em vista normas constitucionais, mas sim um indício de que aquele velho postulado pode ser válido, também, no âmbito constitucional.

Alguns destes princípios, tais como, *do efeito integrador, da máxima efetividade e da força normativa*, além de gravitarem em torno da noção *de unidade da constituição*, são pouco distinguíveis uns dos outros, uma vez que todos apontam, em alguma medida, que o intérprete tem de dar uma maior preferência à interpretação que favoreça e mantenha a unidade política da constituição e que atribua uma eficácia ótima às normas constitucionais. Além da patente redundância entre os seus conteúdos, que podem ser inferidos, sem maiores dificuldades, da própria nomenclatura dos princípios, são postulados vazios que nada tem a acrescentar a uma melhor interpretação da constituição e que prejudicam a suposição de suas autonomias enquanto princípios, pois, dificilmente, algum intérprete constitucional se habilitaria a realizar e defender interpretações que pudessem contrariar a unidade da constituição, que corrompessem a divisão de poderes, que diminuíssem a eficácia dos direitos

²⁹³ Como se refere, por exemplo, José Queiroz (2005, p. 189-191).

fundamentais ou que pudéssemos interpretar uma norma constitucional com a possibilidade de se buscar uma mínima efetividade (SILVA, 2005, p. 131)²⁹⁴.

Não bastassem tais considerações, talvez a mais importante das críticas feitas aos princípios da interpretação constitucional resida nos pressupostos teóricos que os permeiam e aqueles adotados por quem os considera válidos. Conforme o afirmado acima, tais princípios são retirados de rol formulado por Konrad Hesse, que adota postulados da hermenêutica filosófica Gadameriana e rejeita as teses argumentativas de Robert Alexy²⁹⁵, bem como suas teses sobre ponderação de bens, uma distinção necessária que não se realiza no Brasil, uma vez que todos os autores estudados que adotam tais posturas são alexyanos²⁹⁶, como se tais teorias fossem compatíveis entre si (SILVA, 2005, p. 128).

Dos mesmos problemas padecem os chamados métodos da interpretação constitucional. De acordo com seus defensores, ainda que partam de postulados filosóficos e teóricos distintos, seriam, em geral, complementares entre si (COELHO, 2007, p. 48). Nossa doutrina encara a problemática do método, desse modo, com um inaceitável e ingênuo sincretismo, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2005, p.133), porquanto os autores que deles tratam não assumem uma postura metodológica específica, mas propugnam, via de regra, a união e a complementaridade de tais métodos, como panacéia para a resolução de todos os problemas constitucionais.

A partir da leitura do artigo de Böckenförde, não é nada difícil afirmar que seu objetivo foi o de inventariar as principais correntes (não todas, apenas as mais difundidas e

²⁹⁴ Não nos esqueçamos da *Interpretação conforme a constituição*, considerada como uma diretriz de prudência política, consubstanciada na proposição de que os intérpretes devem escolher as interpretações das leis que sejam conformes à constituição (COELHO, 2007, p. 108). É curioso pensar que a interpretação conforme integre o rol de princípios da interpretação constitucional, quando se trata, em verdade, de uma diretriz voltada à interpretação da legislação infraconstitucional, pois a constituição não pode ser interpretada em conformidade consigo mesma (SILVA, 2005, p. 132-133).

²⁹⁵ Partindo de fundamentações gadamerianas, Hesse (1998, p.61-65) conceitua a interpretação constitucional como concretização, por conta do caráter criador do conteúdo normativo pelo intérprete. Nesse passo, o conteúdo da norma não pode se considerar como compreensível fora da existência histórica, mas apenas na situação concreta atual. Por essas razões, as pré-compreensões do intérprete constitucional devem ser fundamentadas e ajustadas a uma teoria vinculante da constituição, que não pode ser caracterizada por uma normatividade de aceitação discricionária. Conclui que a interpretação se realiza apenas em face de problemas concretos, pois não existe interpretação que deles independa. O autor refuta as construções teóricas de Alexy ao expor sobre o princípio da concordância prática, que postula a proteção dos bens constitucionais, através de uma coordenação para que ganhem realidade, não por meio de ponderação de bens ou valores, realizando um à custa do outro. A proporcionalidade adotada pelo autor é apenas aquela que expressa uma relação de duas grandezas variáveis e que melhor satisfaz a tarefa de otimização, não o estabelecimento de uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável (HESSE, 1998, p. 66-67).

²⁹⁶ Nesse sentido, ver a adesão às teses de Alexy em Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 148), ao apontar o princípio da proporcionalidade (na conceituação dada por Robert Alexy) como o mais importante e indispensável na interpretação constitucional; no mesmo sentido, Moacyr Motta (2003, p. 130); Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Jr. (2007, p. 90); Inocêncio Mártires Coelho (2007, p.109-110); Uádi Bulos (2007, p. 345).

discutidas à época da elaboração de seu estudo) e teses a respeito de um possível método específico apto a interpretar a constituição alemã, tendo em vista que até o momento não havia se estabilizado ou consolidado um método de interpretação constitucional em uma jurisdição constitucional já estabelecida (BÖCKENFÖRDE, 1993, p.13-15). O autor nunca defendeu a complementaridade dos métodos ou, mesmo, que todos (ou qualquer um) fossem aptos à interpretação da constituição alemã.

Muito pelo contrário. Böckenförde (1993) tece críticas que desqualificam todos os métodos interpretativos que inventaria. Em breve resumo, considera que o método hermenêutico-clássico de Forsthoff peca por negligenciar o caráter fragmentário das normas constitucionais, que impede uma maior identidade daquelas com a estrutura normativo-material de uma lei qualquer, pois é uma norma marco que determina não apenas a forma de produção legislativa, mas expressa as decisões políticas da nação e se ergue sozinha, não necessitando de um complexo de regras que determinem sua estrutura, portanto, a igualdade estrutural entre lei e constituição seria uma ficção impraticável. Böckenförde prossegue ao afirmar que Savigny desenvolveu suas teorias com base na legislação privada, de institutos jurídicos próprios, e não pretendia, portanto, abarcar o direito público, ou seja, o conceito de lei utilizado por Savigny é restrito a esse âmbito, o que demonstra a insuficiência dos métodos clássicos de interpretação, que não pode ser superada metodicamente, por conta de sua premissa inicial. O próprio defensor da tese, Forsthoff, aponta que lei e constituição não se identificam de um ponto de vista material e normativo, pondo, nesses termos, em xeque a premissa inicial e máxima da equiparação entre os métodos interpretativos (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 17-19).

O método tópico-problemático, em face do caráter fragmentário e indeterminado da constituição, é uma via natural ao intérprete, bem como por conta da abertura do seu texto e de sua necessária perdurabilidade. Todavia, tal método prescinde do conteúdo normativo ínsito ao direito para se focar na problemática como critério orientador pressuposto, mesmo que a constituição não imponha ou determine uma gradação argumentativa dos tópicos elencados pelo intérprete. Como consequência desse pensamento, as decisões fundamentais, os princípios e os bens jurídicos não possuem a feição de normas ou princípios normativos, mas sim de matérias jurídicas constitucionais e, por esse motivo, pontos de vista interpretativos, cuja relevância se determina de acordo com sua adequação ao problema. A teoria da constituição, em consequência, não é mais vista como uma referência normativa da interpretação, mas um ponto de vista de fundamentação orientado ao problema no marco do processo argumentativo tópico, o que permite uma ampla e ilimitada abertura de argumentos

para adequação ao problema. Nesse passo, a exacerbação do problema frente à norma conduz a um questionamento acerca da vigência normativa da constituição, que é reduzida a ponto de vista para resolução de problemas, elevando a questão da fragmentariedade das suas normas a princípio necessário à interpretação constitucional. Por fim, apenas por meio de um consenso quase absoluto poderia se falar na acumulação e comparação de pontos de vista relativos a um determinado problema, sem que se dissolva a essência jurídica da constituição e tal consenso é impossível de se obter nas contendas constitucionais (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 21-26).

O método da interpretação constitucional orientado às ciências da realidade de Smend se contrapõe ao positivismo da época de Weimar, no intuito de livrar a interpretação constitucional das formalidades ínsitas às regulações legais, buscando no marco da realidade do Estado e da Constituição a medida e direção para a interpretação. A tese principal é a de que o sentido e a realidade da Constituição (ou seja, não o seu texto literal ou a abstração dogmática) devem constituir o fundamento e critério de sua interpretação. O problema é que tal realidade e sentido são buscados fora da constituição, previamente postos fora dela, das decisões fundamentais e de suas normas. Nesse sentido, tal método conclui que existe um descompasso entre a norma e a realidade, como se fosse possível uma interpretação da norma que dela prescindisse, o que faz com que os preceitos sociológicos ganhem contornos de validade normativa, que se perfazem como juízos e afirmações sobre a constituição e com isso, sobre sua interpretação, dissolvendo a constituição enquanto norma jurídica (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 27-30).

Por fim, os métodos denominados da interpretação hermenêutico-concretizadora e normativo-estruturante, que incluem, respectivamente, as teses de Konrad Hesse e Friederich Muller, falham pela confusa posição intermediária entre a tópica desvinculada da norma e a vinculação normativa clássica da interpretação, bem como falham em explicar melhor a noção de concretização utilizada pelos métodos, porquanto, como quer Hesse²⁹⁷, um conteúdo normativo vinculante não pode ser obtido tão facilmente de um texto normativo muito abstrato, vago, sem recorrer a uma teoria da constituição obrigatória, que corresponda como

²⁹⁷ Ainda que tome com base filosófica as posturas gadamerianas (ver nota 295), não podemos deixar de concordar com as críticas de Böckenförde dirigidas a Hesse, pois o último considera que existe um limite insuperável à interpretação constitucional, que é o texto normativo, que se apresenta como forma de racionalização do poder limitado que representa a constituição. Tal distinção, ainda que possibilite uma mutação constitucional, exclui o rompimento constitucional, que se caracteriza como o desvio do texto em cada caso particular, como vinculação à constituição. Hesse, portanto, aponta o texto constitucional como limite interpretativo e estes limites são encontrados quando terminam as possibilidades de uma interpretação conveniente do texto da norma ou quando uma resolução entra em contradição unívoca com o texto da norma (HESSE, 1998, p. 69-70). Ratificando o esposado por Böckenförde (1993, p. 32), como se pode vincular a algo que se deve produzir de antemão, a fim de estabelecer seus limites? Remetemos o leitor à nota 231, onde são tratados tais problemas.

diretriz normativa suficiente para a decisão. Por essa razão, é difícil perceber se não se trata de uma vinculação artificial ou se estamos, em verdade, de frente com a indeterminação salientada pela tópica (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 30-34).

O sincretismo metodológico (rejeitado por Böckenförde), ao invés de ajudar, atravanca um maior desenvolvimento acerca da interpretação constitucional, uma vez que nas considerações analíticas dos autores sobre tais métodos, muito pouco se acrescenta a respeito de sua possível compatibilidade e, mais importante, de sua compatibilidade e operatividade com a constituição brasileira (SILVA, 2005, p. 135). Como vimos nos parágrafos posteriores, as bases teóricas dos métodos são irreconciliáveis, pois cada método tem uma perspectiva diferente sobre o que seria a constituição, impossibilitando sua complementaridade²⁹⁸.

Ainda que se persista, apenas pela argumentação, com a possibilidade de aplicarmos apenas um dos métodos da interpretação constitucional, de acordo com a hermenêutica que embasa o trabalho, o recurso a métodos de interpretação é obsoleto, pois inexistente um critério que determine qual deles deve ser escolhido na interpretação/aplicação, o que demonstra que sua aplicação é arbitrária, funcionando apenas como justificativa para legitimar resultados que o intérprete gostaria de alcançar (GRAU, 2003, p. 99). Do mesmo pensamento compartilha Lenio Streck (2004, p. 113-114), para quem os próprios métodos dependem de interpretação para que possam ser densificados. Portanto, de pouco auxílio para a interpretação constitucional são os métodos e princípios da chamada *õnova hermenêutica constitucionalõ*.

Mesmo quando os autores nacionais não citam os supracitados princípios e métodos da interpretação constitucional, suas posições se ancoram em considerações filosóficas e teóricas que necessitam ser superadas. Por exemplo, Michel Temer (1999, p. 22-23), dedicando menos de duas páginas sobre o tema, afirma que é necessário que o intérprete busque os valores constitucionais expostos em suas normas, a fim de extrair os seus princípios, que seriam, por sua vez, regentes do sistema constitucional. E elenca como princípios: o federativo, separação dos poderes, os direitos fundamentais etc. Nessa empreitada, o intérprete não poderá deixar de dar ênfase ao sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, após a

²⁹⁸ Vimos que na doutrina contemporânea a recepção dos princípios e métodos da interpretação constitucional foi muito bem sucedida, na medida em que considerável parte dos autores de direito constitucional, seja em manuais, artigos ou monografias específicas sobre o tema, os adota sem maiores discussões (ver nota 288, *supra*). Mas e o STF? Em pesquisa jurisprudencial, pudemos notar que os princípios da interpretação são utilizados como argumentos retóricos em algumas decisões, sendo citados textualmente, por exemplo, nas seguintes decisões: a) *Unidade da Constituição*: ADI 815/DF; b) *Concordância Prática*: nas Decisões monocráticas nos AI 756.462/RJ e RE 387.508/RS; c) *Conformidade Funcional*: MC na ADI 4140/GO; d) *Eficácia Integradora*: Decisão monocrática no AI 667.499/RJ; e) *Força Normativa da Constituição*: ADPF 153/DF, Rcl 6.568/SP e RE 556.664/RS; f) *Máxima Efetividade*: AgR no AI 555.806/MG e ED no RE 328.812/AM. Apesar da grande quantidade de decisões que citam os princípios, nenhuma decisão faz expressa menção aos ditos métodos de interpretação constitucional.

correta apreensão da principiologia que as ampara²⁹⁹. Em tais considerações, transparece a ideia de que o intérprete constitucional deve se ater à literalidade do texto normativo, de acordo com a vontade do poder constituinte, desconsiderando inexistir uma teoria plausível capaz de descobrir sua intenção, ou mesmo, quando esta se faz importante³⁰⁰

Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 98-101) também compartilha dessa visão, ao afirmar que a vontade constitucional apenas é alcançada pela interpretação e chega a defender, inclusive, a existência de uma interpretação autêntica da constituição, apenas viabilizada por meio de emendas constitucionais. Conclui que na interpretação constitucional, ainda que o intérprete deva buscar fundamentações históricas, econômicas etc., não pode perder de vista o referencial do direito posto, para que não substitua a vontade objetiva da norma por sua vontade psicológica (BASTOS, 1990, 105-107). Quanto à afirmação final, Celso Bastos se refere a uma vontade objetiva da norma, como se essa pudesse ser extraída sem as considerações estéticas do intérprete acerca do que seria tal vontade e como ela se apresenta na Constituição. Caso existisse uma vontade objetiva, ou algo que fosse a correta interpretação da norma constitucional guardada em algum lugar ao alcance de todos e que esta sempre fosse constante (ou que todos soubessem quando seu conteúdo substancial se alterasse), desnecessária seria a interpretação, uma vez que, se todos puderem alcançar tal padrão, todos os resultados das interpretações deverão ser os mesmos³⁰¹.

²⁹⁹ Assim como Michel Temer, Alexandre Moraes (2005, p. 09-10) dedica poucas e inexpressivas páginas à problemática da interpretação constitucional, afirmando que a principal função da interpretação constitucional seria a de resolver conflitos entre direitos e bens jurídicos, tais como: saúde pública, defesa nacional, família etc, compatibilizando e resolvendo o suposto conflito, para que todas tenham aplicabilidade e finda citando, tão somente, os princípios da interpretação constitucional dispostos por Hesse.

³⁰⁰ A argumentação da intenção dos constituintes como fator determinante da interpretação constitucional é fraca e impossível de ser defendida, pois a busca por uma intenção unitária dos constituintes, seja com base em argumentos históricos, analíticos ou psicológicos não pode prosperar, porque se baseia no erro de considerar que a intenção do legislador é um fato isolado esperando para ser encontrado. Ademais, não existem razões plausíveis para sustentar uma teoria que afirme quais intenções devem ser consideradas importantes ou quais estados mentais dos constituintes devem ser considerados, em função de inúmeros fatores: impossibilidade de determinar a intenção de qual dos constituintes se levará em conta; dificuldade em determinar se devemos considerar os desejos e expectativas do parlamentar na aplicação da lei; a necessidade de que sempre o parlamentar justifique suas decisões, no caso de negativas ou delegações, quanto a determinados direitos etc (DWORKIN, 2000, p. 50-80).

³⁰¹ Como afirmado acima (ver item 3.5.1), a interpretação não pode fugir das compreensões do intérprete sobre o tema. De acordo com Eros Grau (2003, p. 89-104), a realidade se apresenta da forma como a construímos, pois não se trata de um dado pronto; não determinamos o que são os objetos, apenas o modo como eles se manifestam para nós, influenciando nosso pensamento, ou seja, nossa pré-compreensão sobre a realidade determinará nossa interpretação. Os preconceitos do intérprete (ou, como quer Celso Bastos, sua vontade psicológica) não são o resultado de meras idiosincrasias pessoais, refletindo, em verdade, toda sua vivência histórica, que marca seu perfil existencial e determina as interpretações que realiza. Daí a importância do círculo hermenêutico, realizado por meio de perguntas e respostas, pois a construção da decisão judicial deve ser constantemente revisada, ou seja, consubstanciado na reelaboração de um projeto prévio, pois quem pretende interpretar está sujeito a erros das opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas (em suas justificativas principiológicas, no caso do direito). Dessa forma, não pode o intérprete partir de suas pré-compreensões diretamente, mas antes deve analisá-las quanto a sua origem e validade. Por fim, a decisão judicial implica, sempre, em elementos emotivos e

Feitas tais considerações, esperamos ter demonstrado a insuficiência do recurso à simples princípios e métodos da interpretação constitucional, como se estes estivessem aptos a resolver os problemas que se enfrentam na interpretação da constituição. Como dito linhas acima, a interpretação que o STF utiliza em seus acórdãos, a fim de se extrair os fundamentos de um julgado, são condição *sine qua non* para compreendermos a formulação de um precedente vinculante.

4.2 - UMA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO DIREITO COMO INTEGRIDADE: a leitura moral.

Dworkin (2006) propõe que as leituras que se fazem das normas constitucionais são guiadas por princípios morais, não como um método de interpretação, mas como uma perspectiva interpretativa, uma vez que parte dos pressupostos hermenêuticos construídos pelo autor (vistos acima) e, mais fundamentalmente, de sua teoria jurídica de que a moral é indissociável do direito, bem como a partir do papel principiológico central desempenhado pelos Direitos Fundamentais. A leitura moral propõe que todos (ministros, cidadãos e demais autoridades públicas) interpretam e aplicam os dispositivos constitucionais abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça, o que leva as pessoas encarregadas de decidir sobre tais assuntos a formar convicções sobre a melhor maneira de compreender aqueles princípios morais abstratos, com isso, a leitura moral insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional (DWORKIN, 2006, p. 02)

Partindo de tais considerações e lembrando-se da ideia de que a divergência entre os ministros é teórica, as diferenças entre os padrões de decisões de alguns ministros podem ser ainda melhores compreendidas se considerarmos que eles divergem quanto aos grandes valores morais inseridos no texto constitucional³⁰², pois, rotineiramente, os ministros partem do pressuposto de que a constituição impõe exigências morais abstratas que apenas podem ser

volitivos, dada a situação histórica e a posição social do juiz, como sujeito inserido nos problemas de seu tempo (GRAU, 2003, p. 103-108). Complementa Habermas (1998, p. 273) que a referência hermenêutica à pré-compreensão determinada por princípios não pode deixar o juiz alheio à história efetual das tradições normativas adotadas pela comunidade, por si mesmas, dotadas de autoridade. Antes, esse recurso lhe obriga a apropriar criticamente de uma história institucional do direito em que a razão prática tenha deixado suas impressões e resíduos.

³⁰² Habermas (1998, p. 286) conclui, de acordo com sua leitura da obra de Dworkin, que a obrigação de decidir de acordo com a melhor teoria é reflexo de uma obrigação prévia, testemunhada pelo ato fundacional que representa dar-se a si mesmo uma constituição e que os cidadãos podem e têm de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios de justiça e respeitando-se mutuamente como membros de uma associação de livres e iguais.

aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos ainda que tais juízos, por vezes, sejam encobertos por metáforas (DWORKIN, 2006, p. 04)³⁰³.

A leitura moral elimina a importante diferença entre direito e moral, pondo o direito na dependência de princípios morais adotados por juízes de determinada época, desmitificando a crença sustentada por ministros e legisladores de que questões constitucionais difíceis podem ser decididas de forma neutra, sem se recorrer a princípios morais abstratos, mas apenas à simples leitura do texto normativo (DWORKIN, 2006, p. 06-10).

Os direitos fundamentais da constituição são vazados em uma linguagem moral excessivamente abstrata³⁰⁴ e não estabelecem, de antemão, a resposta para uma aplicação concreta deles, portanto, a questão na interpretação/aplicação é extrair qual seria a melhor formulação desse princípio moral (DWORKIN, 2006, p.10-13)³⁰⁵.

Na mesma ordem de importância, a leitura moral deve ser disciplinada pela exigência de integridade constitucional³⁰⁶. Nesse sentido, ainda que a constituição não expresse quaisquer convicções que o intérprete possa ter, por não expressar um juízo moral particular, as leituras morais devem ser adequadas ao desenho estrutural da constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional seguida por outros juízes no passado, realizando um trabalho em equipe junto aos demais agentes políticos do passado e do futuro, na elaboração de uma moralidade constitucional coerente e que seja possível que suas contribuições harmonizem-se com as demais. A leitura moral, portanto, requer que o juiz encontre a melhor concepção dos princípios morais constitucionais, capaz de se encaixar no conjunto da história constitucional do país (DWORKIN, 2006, p.15-16).

³⁰³ Pensemos no recurso aos princípios da interpretação constitucional mencionados pelo STF na nota 298. Assim como, algumas menções, por exemplo, à *vontade da constituição* (ADI 1.969/DF), ao *espírito da constituição* (RE 205.746/RS), de que a interpretação não parte das convicções políticas do juiz etc.

³⁰⁴ A leitura moral não se coaduna com todas e quaisquer normas constitucionais, como, por exemplo no caso dos artigos que não são tão abstratos ou vazados em uma linguagem abstrata de princípios morais. Ainda que inspirados em um princípio moral, não se tratam de princípios morais em si mesmos. Como afirmar que um determinado preceito possui um conteúdo moral e outro não? É uma questão de interpretação: temos de encontrar uma linguagem nossa que capte da melhor maneira possível e em termos que nos pareçam claros, o conteúdo do que os autores quiseram dizer, no caso, os constituintes. Portanto, a história é essencial nessa empreitada, uma vez que, para saber o que uma pessoa quis dizer quando disse alguma coisa, temos de saber algo acerca das circunstâncias em que ela se encontrava quando disse o que se quer interpretar. No entanto, não encontramos na história nada que nos permita ter dúvidas acerca do que os autores de uma provisão constitucional sem conteúdo moral, ou seja, são normas em que não se observa que sua edição foi inspirada por um princípio moral substantivo (DWORKIN, 2006, p. 11-12).

³⁰⁵ A história é um aspecto muito importante, mas apenas em sentido particular, pois a consultamos para saber o que os constituintes pretendiam dizer e não quais outras intenções eles tinham em mente, o que é muito diferente. O objetivo e as esperanças não são objetos da persecução histórica, pois somos regidos pelos princípios editados pelos constituintes e não por aquilo que eles mesmos teriam interpretado sobre o tema ou como teriam agido em determinado ponto.

³⁰⁶ Sobre integridade, ver 3.4.1.

Como toda a lei, a constituição está ancorada na história, na prática e na integridade, tornando plausível que entendimentos diferentes ou mesmo contrários possam se harmonizar com a linguagem, os precedentes e a história constitucional, mas os juízes devem decidir qual deles mais honra o país, na medida em que as constituições refletem uma estrutura moral de princípios que devem amparar todos com igual consideração. A leitura moral da constituição, por fim, encoraja os ministros possam à interpretar a constituição sob a luz de suas convicções sobre política e justiça, desde que através de argumentos baseados na melhor interpretação dos princípios morais presentes na carta política (DWORKIN, 2006, p. 57-58).

4.3 - A TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES E A INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE.

Vimos acima que os precedentes são um ponto paradigmático em nossa jurisdição constitucional. As decisões do STF tomadas na via direta e as súmulas vinculantes são seus exemplos mais explícitos e debatidos na atualidade. Por essa razão, podemos observar que o efeito vinculante constitucional precisa ser compreendido dentro dessa problemática como um instituto jurídico capaz de exercer uma força de vinculação aos precedentes constitucionais diferente das demais existentes em nosso ordenamento jurídico, o que parece uma observação bastante óbvia e já realizada e constatada anteriormente. Todavia, por detrás desta constatação aparentemente banal, está uma preocupação importante para o sucesso ou fracasso dos precedentes vinculantes, qual seja: saber se eles realmente são capazes de vincular uma decisão judicial. Movido pelo mesmo questionamento, Lenio Streck (2002, p. 24) problematiza que os mecanismos vinculantes possuiriam um nítido caráter metafísico, porque procuram estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas, como se fosse possível esconder a singularidade dos casos individuais para aplicações futuras. O autor se preocupa, portanto, com a possibilidade de vinculação dos precedentes do STF por meio de critérios metafísicos de vinculação aos casos que, posteriormente, o judiciário terá de julgar.

Cumpramos relembrar e reformular algumas premissas assentadas em capítulos anteriores: a) a noção de precedentes vinculantes constitucionais em nosso país não poderia se limitar à consideração da inconstitucionalidade de uma lei, uma vez que a via das ações constitucionais de competência exclusiva do STF extirpa do ordenamento jurídico a lei que validava a proposição jurídica declarada inconstitucional, portanto, a coisa julgada já se imporia como meio eficaz de impedir que tal texto normativo fosse novamente utilizado como fundamento

jurídico de alguma pretensão³⁰⁷ e a eficácia *erga omnes* estenderia a decisão para os poderes Legislativo, Executivo e aos particulares, apontando que os precedentes vinculantes seriam algo diferente de tais institutos; b) uma preocupação constante, tanto dos que são favoráveis, como dos que são contrários ao efeito vinculante é a respeito da interpretação dos precedentes: ambos consideram que os precedentes constitucionais prescindem de maiores interpretações, pois limitam a atividade interpretativa do juiz, bem como possibilitam reduzir a discricionariedade na interpretação, conclusões que demonstram que tais decisões seriam óclarasö para todos os sujeitos ao sobredito efeito, o que facilitaria sua aplicação; c) a vinculação ao precedente deve ser compatível com as noções de interpretação construtiva, que superam as posições da filosofia da consciência como paradigma interpretativo típico do positivismo jurídico; e) o fato do precedente vinculante não se apresentar na forma de um texto canônico, tal qual a lei, e ter sido formado por meio de uma sentença constitucional que visava resolver um conflito normativo, aponta que sua interpretação não pode ser identificada com a interpretação daquela; f) o fato de haver divergências quanto ao que seja a *ratio* do precedente e da melhor maneira de se interpretá-lo, reflete que não podemos considerá-lo como uma norma jurídica disposta na forma de regra; g) a possibilidade de distinguirmos o precedente de um caso para outro com base em sua fundamentação (o que é impossível de se fazer com a lei) demonstra que o mesmo possui uma força variável de sua aplicação aos casos seguintes; h) a força gravitacional do precedente está intimamente relacionada com o princípio da igualdade na aplicação do direito, uma vez que não poderia o efeito vinculante chancelar aplicações discriminatórias dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade; i) em face da possibilidade (imprescindibilidade) de interpretação do precedente vinculante, sua dependência com a harmonia da jurisprudência constitucional, guiada pelo princípio da igualdade, levam a conclusão de que os precedentes vinculantes constitucionais possuem natureza principiológica.

Portanto, muitos fatores devem ser considerados no trato da força do precedente e a discussão não é vazia, uma vez que nos Estados Unidos o referido tema é, até hoje, bastante discutido. Segundo Michael Gerhardt (2008) o grande desafio que as teorias que apregoam uma visão forte do precedente³⁰⁸ não conseguem responder é proposto pelos cientistas sociais,

³⁰⁷ Ainda que, por vezes, algumas leis declaradas inconstitucionais sejam aplicadas pelos tribunais, como podemos observar do julgado do STF na Rel 399/PE, por exemplo.

³⁰⁸ Para o autor em referência, existem indícios de que a constituição endossa uma visão forte do precedente da Suprema Corte: a força do poder judiciário está na decisão de casos e controvérsias e, quando decididos, tornam-se precedentes constitucionais e, enquanto a constituição não é emendada, o direito é o que a corte, através dos precedentes, e a Constituição, dizem. Outro argumento está na inabalável aderência da Corte a casos considerados pelos estudiosos como precedentes equivocados. Outra prática comum é a utilização de uma

que afirmam, independente do modelo teórico acolhido (da atitude ou da escolha racional³⁰⁹), que as cortes não são constrangidas pelo precedente. Tais teorias demonstram que o precedente nunca exerceu força em casos significativos, apenas nos menores. Todavia, apesar de importantes, as teorias sociais falham em considerar o modo com que os juristas compreendem o direito, pois, onde os cientistas sociais observam incoerência ou manipulação para obter vantagens sociais ou pessoais, devemos compreender o modo com que cada juiz utiliza a sua compreensão do direito e que teoria lança mão para interpretar a Constituição. Ainda assim, as possibilidades interpretativas que surgem com os precedentes são muitas e ainda que estes possam se apresentar como uma regra *öclaraö*, nada impedirá sua interpretação por outros órgãos públicos, surgindo o problema de se tais precedentes, realmente, vinculam.

Em nosso país, mais especificamente, o problema se acentua, porquanto os precedentes dotados do efeito vinculante constitucional se diferenciam dos demais precedentes.

Nesse ponto, o que a chamada teoria da transcendência dos fundamentos determinantes nos demonstra?

Na esteira do que fora dito alhures, os partidários da referida teoria compreendem que se trata de um fenômeno que estaria umbilicalmente ligado ao efeito vinculante, em uma

doutrina inteiramente baseada no precedente judicial. Ainda de acordo com o autor, para que se possa falar em uma versão forte do precedente, deve haver normas formais como um meio de fixar profundamente os precedentes no direito constitucional. Por exemplo, os juízes poderiam adotar uma regra proibindo a revogação de um precedente por um quorum menor do que o formado em seu julgamento. A falta de regras formais para a construção dos precedentes deixa aberto um caminho para que os juízes, especialmente em casos difíceis, estejam livres para interpretar decisões anteriores de acordo com outros fatores. Todavia, o principal obstáculo para essa teoria está representado pelos dados colhidos pelos cientistas sociais, que alegam que os precedentes não constroem as cortes (GERHARDT, 2008, p.64-67).

³⁰⁹ Os modelos da atitude e da escolha racional são os mais utilizados pelos estudiosos das ciências sociais e demonstram, empiricamente, que as Cortes não são constrangidas pelo precedente. Pelo contrário, o que mais constroem os juízes são fatores externos ao direito: as preferências pessoais dos juízes, inclinação política; mas não a Constituição ou o precedente. A diferença entre os modelos da atitude e da escolha racional é sobre qual e como o fator externo influencia mais o comportamento dos juízes. Harold Spaeth desenvolveu a teoria da atitude e afirmou que os precedentes não constroem os juízes de votar de acordo com suas preferências políticas pessoais. Os teóricos da escolha racional, por outro lado, apontam o precedente como um meio para um fim, ou seja, os juízes manipulam os precedentes para atingir suas preferências (incluindo, mas não exclusivamente, a preservação da reputação da corte e a dominação da interpretação constitucional). Os teóricos da atitude debatem a extensão e significação da manipulação, enquanto que os teóricos da escolha racional sugerem que os juízes não estão completamente livres para votar em suas preferências políticas, mas operam num ambiente institucional específico que, às vezes, os força a levar vários outros fatores em consideração (como o *stare decisis*) ao formular estratégias para alcançar seus objetivos. As implicações dos teóricos da atitude para com os resultados dos teóricos da escolha racional estão mais nas implicações dos dados, do que nos métodos empíricos, pois os primeiros demonstram que não existe nenhum constrangimento social que force a aderência ao precedente, diferentemente do que atestam os últimos, para quem, ainda que abandonem o precedente, os juízes estão constrangidos por ele, por conta da promoção da estabilidade social e legitimidade de sua instituição (GERHARDT, 2008, p.68-72).

relação de extrema dependência³¹⁰. E tal compreensão demonstra o quanto esta construção doutrinária (e, por alguns anos, jurisprudencial) é artificial.

Se os precedentes possuem uma natureza expansiva³¹¹, capaz de estender seus princípios para outros casos futuros, esta se observa por conta das fundamentações e da interpretação que os ministros fazem da Constituição encontrada na fundamentação do voto, não na parte dispositiva. Isto por uma razão simples: o desenvolvimento das teses que são levantadas pela leitura moral é realizado no bojo do voto dos ministros, local em que realizam todas as considerações que julgam pertinentes na formulação de uma tese capaz de decidir o caso, enquanto a parte dispositiva se limita a ratificar o resultado específico do caso a ser julgado, limitado às partes e declarando a inconstitucionalidade/constitucionalidade de um ato normativo ou lei impugnada. Daí a pergunta: qual precedente que não vincula pelos seus fundamentos determinantes?

Na esteira do exposto no tópico 3.2, todas as atenções são voltadas aos fundamentos determinantes no trato dos precedentes, uma vez que é a parte da decisão em que se verificará se a força gravitacional do precedente se apresenta de uma maneira suficiente para estender os princípios dimanados em outra decisão para a resolução do caso em pauta.

Em face dessas considerações, não é difícil concluir que a teoria da transcendência dos fundamentos determinantes apresenta uma grande redundância, que visava impor um artificial sistema de respeito aos precedentes do STF, porquanto, caso a tese não fosse levantada, o

³¹⁰ Não desconhecemos que a discussão sobre o tema tem origem na Alemanha, no entanto, por conta do objetivo do trabalho, de pouca valia seria recorrer o modo com que tal instituto é visto pelos teóricos daquele país como ajuda na análise sobre o tema no Brasil, uma vez que nossas tradições jurídicas e nosso sistema de controle de constitucionalidade são muito díspares. Entretanto, não podemos deixar de fazer a ressalva de que, ainda que jurisprudencialmente aceito, o tema não é unânime no campo doutrinário tedesco (LEAL, 2006b, p. 119; LLORENTE, 1997, p. 486).

³¹¹ Podemos citar como exemplo a criação jurisprudencial da liminar em *Habeas Corpus* no Brasil. Nada consta sobre o tema no Código de Processo Penal, que data de 1941 e, ainda que tenha passado por incontáveis reformas ao longo dos anos, nenhuma foi referente à liminar no *writ* descrito. Não obstante tal omissão legislativa, o judiciário passou a deferir a medida com base em princípios relacionados à liberdade do indivíduo e da similaridade da medida com o mandado de segurança, que, além de comportar medida liminar, trata de questões civis, o que não seria argumento suficiente para negar a extensão da referida medida para questões criminais. Com estes fundamentos, fora deferida a medida liminar no *Habeas Corpus* 41.296/DF, DJ 22/12/64, para o então governador de Goiás, Mauro Borges. Após o referido precedente, inúmeros regimentos internos de tribunais no país inteiro, inclusive do STF, passaram a incluir a medida (TOURINHO FILHO, 1993, p. 466). A utilização do exemplo da força expansiva do precedente a um caso anterior ao efeito vinculante, mesmo da Constituição de 1988 não foi acidental. Serve para demonstrar que o precedente fora interpretado de acordo com os princípios que o fundamentaram, constantes, obviamente, da fundamentação e não da parte dispositiva (no caso, assim referida: O Tribunal não conheceu do "habeas corpus" em relação a alegada coação do Presidente da República, mas, prevenindo a jurisdição, conhecendo do HC o deferiu para que não possa a Justiça Comum ou Militar processar o paciente sem o prévio pronunciamento da Assembléia Estadual, nos termos do artigo 40, da Constituição do Estado de Goiás. Decisão unânime. O Sr. Min. Hahnemann Guimarães considerava a Justiça Militar incompetente.). Em nenhum momento, na parte dispositiva, constam as razões pelas quais o tribunal considerou cabível a liminar no *writ*, apenas na fundamentação dos votos, o que demonstra que um precedente, para que possa ser aplicado, sempre deve se observar seus fundamentos determinantes, não a parte dispositiva.

efeito vinculante constitucional tenderia a se limitar à parte dispositiva dos julgados e, como vimos, nossa teoria do precedente seria bastante pobre se considerássemos como precedentes a expulsão de um texto normativo do ordenamento³¹², mesmo que os precedentes produzidos no controle concentrado vinculassem pelos seus fundamentos e não pelo resultado almejado.

O efeito vinculante, de acordo com as conceituações constantes do segundo capítulo, não é encarado como um efeito que determina que se observem somente as declarações de constitucionalidade/inconstitucionalidade. Mesmo aqueles que o criticam, consideram que se trata de um meio de uniformização da jurisprudência, capaz de impor o entendimento do STF para os julgamentos de casos futuros, o que demonstra que tais autores não podem estar se referindo apenas à parte dispositiva do julgado, pois se a proposição jurídica julgada inconstitucional era sustentada pelo texto normativo expulso, a mesma não poderá ser utilizada novamente, sob pena de desconsiderar que tal lei foi declarada nula desde sua promulgação.

Ademais, do estudo das hipóteses de cabimento da reclamação realizadas em capítulo anterior, as seguintes conclusões podem ser extraídas: em alguns casos, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva não explicaria o julgamento de algumas reclamações, conforme o exemplo das reclamações que impugnavam decisão contrária à interpretação que o STF fez da competência da Justiça do Trabalho. Restrito o efeito vinculante à parte dispositiva, apenas declararia constitucional ou inconstitucional o texto normativo da Emenda Constitucional alvo da ADI, todavia, a norma de decisão que pode se extrair como vinculante era a de que quaisquer interpretações que negassem à justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo são inconstitucionais (é importantíssimo ressaltar que na medida cautelar não se julgou com interpretação conforme ou com nulidade parcial)³¹³.

³¹² No caso da ADC o problema se apresenta de uma maneira diferente: caso considerássemos que a simples declaração da constitucionalidade de um texto normativo possuísse efeito vinculante restrito à parte dispositiva, mas não aos princípios que lhe fundamentam, dificilmente poderia se argumentar que o artigo alvo da ADC, após um período, pudesse se tornar inconstitucional sem que se alterassem, formalmente, os parâmetros constitucionais e que tal mudança pudesse ser constatada pelos demais poderes do judiciário, pois teríamos de sustentar que o judiciário teria de considerar cegamente que qualquer interpretação advinda, por conseguinte, das normas extraídas do preceito normativo declarado constitucional, seriam conformes a constituição. O caso da ADC nº 04, citado na nota 68, *supra*, é um exemplo desse problema e de como tal interpretação não foi aceita pelo STF.

³¹³ Casos ainda chegam ao STF que desafiam tal entendimento, mesmo após a decisão que negou efeitos transcendentais aos fundamentos determinantes, como podemos observar na Decisão Monocrática na Rcl 9.298/CE, DJe 07/12/2010, Rel Dias Toffoli, que cassou decisões de juízo trabalhista de 1º grau, remetendo os autos para a Justiça comum, na medida em que afrontaram o acórdão paradigma dotado de efeito vinculante.

Uma constatação mais impressionante sobre o tema é que o STF, mesmo depois de afirmar que a teoria da transcendência não se aplica no país, conheceu e deu provimento à Reclamação que tinha por objeto decisão judicial que desrespeitou o julgado na ADI 1.662/SP³¹⁴. Trata-se de caso semelhante ao paradigmático julgamento da Rcl 1.987/DF, que desencadeou a aplicação da teoria em nosso país, tendo sido utilizada em um caso de um ente federativo diverso, de um ato impugnado diverso, de partes diferentes do acórdão da ADI, portanto, o conhecimento da reclamação e seu provimento apenas poderiam ser explicados pela força vinculante de algo diferente do que a parte dispositiva da ADI 1.662/SP.

O mesmo vale para os casos em que o STF argumenta ter existido identidade entre os casos julgados. Em inúmeros julgados, que se multiplicaram após a decisão na Rcl 3.014/SP, o tribunal nega seguimento à reclamação com base na falta de identidade com a matéria citada como paradigma vinculante³¹⁵. Ainda que esta seja uma restrição a certa transcendência aos fundamentos determinantes, não podemos negar que se trata, ainda, de um efeito que se irradia para além da parte dispositiva, porquanto tenderia a alcançar atos diversos daqueles originalmente impugnados, com partes que não participaram da contenda original, baseados na interpretação feita pelo Tribunal.

Importante, igualmente, os julgados do STF que reformaram decisões com base no precedente da ADI 2.868/PI. Caso o precedente vinculante se limitasse apenas à parte

³¹⁴ Nesse sentido, ver: Rcl 3.219/CE, DJe 22/11/10, Gilmar Mendes. Tratava os autos de reclamação ajuizada pelo Estado do Ceará em face do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o qual, ao determinar o sequestro de verbas estaduais, teria violado o decidido na ADI 1.662/SP. De acordo com o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 1.662, o Tribunal fixou o entendimento de que a única forma de sequestro autorizada pela Constituição Federal, na hipótese prevista no antigo art. 100, § 2º, decorreria da quebra da ordem cronológica de pagamento, em proteção ao direito de precedência de credor. Assim, o Precatório posterior não poderia ser apontado como paradigma para demonstrar a quebra da ordem constitucional, uma vez que expedido contra pessoa jurídica distinta, cuja responsabilidade para o cumprimento de seus débitos não se confundiria com a do precatório, supostamente, preterido. Dessa forma, descaberia ao reclamado, com base em pretenso inadimplemento do ente público, não fundado em quebra de ordem de precatório, determinar o sequestro de verbas do Estado.

³¹⁵ O Min. Joaquim Barbosa assim se pronunciou sobre o tema: *Por ocasião do julgamento da ADI 2.868, em que figuro como redator para o acórdão, o Supremo Tribunal Federal decidiu terem os entes federados competência para estabelecer os valores que servirão de referência para definir créditos que poderão ser processados sem a expedição de precatório, ou seja, pela ritualística da requisição de pequeno valor (RPV). O paradigma indicado tinha por objeto legislação do Estado do Piauí, e seu único fundamento foi o reconhecimento da competência dos entes federados para dispor sobre a matéria. A aplicação da força vinculante das decisões proferidas por esta Corte pressupõe que o ponto ou os pontos determinantes presentes no paradigma repitam-se com o mesmo nível de detalhamento no caso que agora é objeto de controle.*

Ademais, pressupõe-se também a inexistência de qualquer ponto de distinção relevante que recomendasse à Corte dar ao quadro solução diversa ou mesmo superar a orientação até então firmada. Assim, a reclamação constitucional é inservível à discussão original e inédita da inconstitucionalidade de normas que nem sequer foram cogitadas no paradigma. Em outras palavras, a reclamação não substitui o controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, originário ou recursal (Decisão monocrática na Rcl 5.156/AL, DJe 20/09/10) (grifos nossos). Sobre o ponto, cf.: AgR na Rcl 4.875/SP, DJe 06/08/10, Eros Grau; no AgR na Rcl 6.319/SC, DJe 06/08/10, Eros Grau e as decisões monocráticas: na Rcl 10.323/ES, DJe 01/02/11, Cármen Lúcia e 10.501/RO, DJe 13/10/10, Ayres Britto.

dispositiva, como poderia o tribunal (des) prover agravos de instrumento e Recursos Extraordinários de diversos entes federativos alegando apenas que declarou a constitucionalidade do texto da lei 5.250/2002 do Piauí?³¹⁶. Nesses casos, o Tribunal reconhece a vinculação e a força de precedente à interpretação que fez da constituição. Como exemplo do afirmado, decidiu a Min. Cármen Lúcia:

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.868, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os Estados-membros podem estipular valor diverso do determinado no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente às obrigações de pequeno valor (...) Embora o precedente se refira a Estado-membro, o entendimento é totalmente aplicável ao caso concreto, pois o art. 87 do ADCT explicitamente afirma que a sua definição sobre pequeno valor é aplicável até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, na qual se incluem os municípios (Decisão Monocrática no AI 776.407/MA, DJe 01/06/10).

Diante do exposto, nos parece que o efeito vinculante constitucional se acoberta de natureza eminentemente processual, como um instituto que impõe uma vinculação formal não natural aos pronunciamentos do STF em matérias constitucionais, mas que não teria o condão de poder limitar uma vinculação à fundamentação utilizada pela Suprema Corte do país. Em primeiro lugar, conforme visto linhas atrás, o efeito vinculante possui momento processual de atuação³¹⁷, para que possa ensejar a propositura da reclamação, uma característica que impõe um limite desnecessário, quando se tratam, por exemplo, de precedentes constitucionais que carregam decisões que devem ser estendidas com base no princípio da igualdade na aplicação do direito, como aqueles que são exarados no controle difuso e a justiça das fundamentações do STF se espriam para os demais órgãos do poder judiciário, por conta da natural força expansiva do precedente, ou seja, independentemente de um mandamento de vinculação formal.

Quanto à atividade legislativa do país, não nos parece que o efeito vinculante seja um instituto que tenda a limitar a produção legislativa do Estado brasileiro, um ponto que deve ser levado em consideração na sua interpretação pelo judiciário, uma vez que não atinge o Poder Legislativo em sua atividade legislativa ordinária (mas atinge suas funções administrativas), possibilitando revisões e reconsiderações jurídicas e fáticas a respeito das interpretações feitas pelo STF (ainda que por meio de Emendas Constitucionais, dada a natureza igualmente constitucional das interpretações feitas pela Suprema Corte). Com efeito, não bastasse a não sujeição do Poder Legislativo ao efeito vinculante, o mesmo não se estende

³¹⁶ Decisões Monocráticas no RE 584.084/SE, DJe 10/06/10, Rel. Ayres Britto, RE 612.803 / MA, DJe 09/09/10, Rel. Ayres Britto.

³¹⁷ Pensemos nas emendas constitucionais que alteram as interpretações constitucionais; ainda que permaneçam no ordenamento jurídico como precedentes, estes não são mais dotados de efeito vinculante.

ao veto presidencial, que nada mais é do que uma interpretação da Constituição feita pelo Presidente da República em sua atuação política, o que nos demonstra que o referido efeito não inviabiliza, inutiliza ou desencoraja as interpretações constitucionais realizadas pelos demais poderes da República e não poderia fazê-lo, também, em relação ao judiciário.

O que tornaria o STF imune ao efeito vinculante, sendo um instituto que se diferencia do efeito *erga omnes* e da coisa julgada (que, necessariamente, obrigam o STF), seria sua natureza político-constitucional, que não poderia impedir o desenvolvimento dos direitos fundamentais, a ensejar um temperamento da vinculação do STF. Como apontado anteriormente, os institutos são bem diferentes quando ascendem a nível constitucional, por conta de seus pressupostos e princípios diferenciados³¹⁸, portanto, a relação da definitividade dos julgados constitucionais encontra eco nas considerações de segurança jurídica, que devem, no entanto, ser sempre consideradas dentro do contexto dos direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas. Tais premissas apresentam a questão constitucionalidade/inconstitucionalidade sob uma linha muito tênue, na medida em que outra interpretação pode apresentar que uma leitura de um precedente vinculante possa ser inconstitucional, a demonstrar que os direitos fundamentais impõem uma vinculação a suas normas que limitam a perpetuação de cânones interpretativos dos precedentes do tribunal, portanto, do efeito vinculante.

Destarte, o efeito vinculante se caracterizaria por impor consequências processuais específicas às decisões que o STF produz mediante as ações constitucionais e tais consequências tendem a limitar a aplicação dos fundamentos determinantes de um precedente, segundo as atuais decisões do STF. Não obstante tais decisões, concluímos que todos os precedentes, quando vinculam uma decisão, o fazem por conta de seus fundamentos. Nesse sentido, de que modo podemos interpretar a aparente limitação que o efeito vinculante exerce aos fundamentos determinantes de um julgado, sem cair na vala comum de métodos que nada dizem sobre os limites objetivos do efeito vinculante?

Os precedentes (sejam eles vinculantes ou não) são mais bem compreendidos se seguirmos um modelo de princípios inseridos em um campo gravitacional, que possui como princípio regente atrativo o da igualdade na aplicação do direito. Por essa razão, a questão da identidade ou diferença entre os casos não está na verificação, apenas, do texto da decisão, que pode levar a decisões dúbias, mas sim no princípio que fundamenta e justifica a decisão paradigma. Portanto, a ideia de vinculação nunca poderá decorrer da vontade daquele que está

³¹⁸ Ver item 2.2.

julgando uma determinada demanda (nem mesmo do modo que pensa formular o precedente), uma vez que o intérprete estará sob a influência do caso a ser julgado perante si. Pensar de outra forma é professar uma falsa compreensão hermenêutica de que o efeito vinculante teria o condão de limitar a interpretação, como se fosse um processo autômato de aplicação de precedentes, em que o intérprete possuísse controle de seus limites cognitivos, como se todas as respostas normativas já estivessem contidas nele e, pior que isso, soubesse, exatamente, quais são.

Lembrando o afirmado por Dworkin linhas acima, Maurício Ramires (2010, p. 99-104) salienta que os precedentes se apresentam como indícios formais que guiam a interpretação de um juiz sobre o que constitui a integridade do direito de seu país. Nesse sentido, seguir um precedente não significa saber apenas o que os julgados passados disseram, mas o que seu conjunto, enquanto obra, significa coletivamente, uma vez que a continuidade da tradição não significa uma repetição mimética do que foi dito pelos outros juízes anteriormente. Em nosso país, por sua vez, a continuidade da tradição jurídica deve ser compreendida como o prosseguimento da efetivação dos princípios e objetivos fundamentais da república, listados na Constituição. Por fim, a força do campo gravitacional será tão mais forte quanto for o grau de concretização de princípios constitucionais que o precedente consignar.

A tarefa de seguir o precedente não desonera o intérprete de seguir escrevendo o romance em cadeia que caracteriza nosso direito, enquanto ordenamento, porquanto não pode desconhecer das práticas e decisões anteriores, agindo de forma discricionária, escrevendo um capítulo incoerente e não pode, ainda, repetir apenas o que foi dito anteriormente, pois estaria a replicar o capítulo anterior de forma descontextualizada, quebrando a lógica da continuidade e da evolução do direito e, mais especificamente, dos direitos fundamentais. Com efeito, os precedentes devem servir como pano de fundo para a demonstração de toda prática jurídica até então, pois quando analisa um precedente, o juiz tem diante de si um texto (o caso paradigma findou e o que restou foi apenas o texto) que não é a resposta automática do caso presente. Portanto, a verdadeira pergunta a ser respondida sobre a questão problemática do caso presente é: o que ficou decidido no precedente? Dessa forma, o fundamento determinante não dirá respeito tanto à semelhança dos fatos dos casos a serem julgados, pois decidir conforme um precedente não pode ser um juízo prévio sobre a semelhança entre duas situações de fato distintas e, depois, julgar que são suficientemente iguais, para aplicar a

mesma solução jurídica, partindo de supostos critérios controláveis³¹⁹, mais importante é a identificação de aplicação principiológica, das perguntas e respostas a serem feitas ao que ficou decidido no precedente (RAMIRES, 2010, p. 125-137). Em face do exposto, a utilização de métodos³²⁰ é problemática na extração do conteúdo da interpretação da norma constitucional (do precedente, por consequência), na medida em que nenhum deles estará apto a realizar tal intento, o mesmo vale, portanto, para extração dos fundamentos determinantes. A utilização de métodos para a delimitação do que seria *ratio decidendi* ou *obiter dictum* não se realiza por meio de fórmulas gerais que possam ser aplicadas em todos os casos, mas através da interpretação de cada decisão, levando em conta o caso a ser julgado, uma vez que a interpretação de um precedente dependerá da leitura que o intérprete fizer de seus fundamentos, apontando para inutilidade ou serventia de um método para tanto.

A identificação dos precedentes enquanto princípios se faz necessária, porquanto tais normas jurídicas ensejam obrigações e o discurso do direito impõe que os precedentes, mais especialmente os precedentes vinculantes constitucionais, sejam capazes de atribuir obrigações jurídicas dispostas em decisões judiciais paradigmas e não poderíamos explicar tal fenômeno com conforto, caso considerássemos que isto ocorre por meio de regras que esgotam tais obrigações no seu texto³²¹. Os precedentes encarados como normas jurídicas de cunho principiológico impossibilitam considerações discricionárias de criação de obrigações, pois partem do pressuposto de obrigações que são construídas, ainda que não tenham sido

³¹⁹ A noção corrente é a de que se podemos buscar abstrações de um caso despindo-lhe do que se considera como elemento accidental para poder aplicá-las posteriormente, ou seja, uma extração mais exata e asséptica da *ratio decidendi*. Ao invés de se construir uma relação dialética entre os casos passados e futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba-se criando um coro de vozes dissonantes, segundo Maurício Ramires. De mais a mais, a semelhança entre os fatos não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente, pois não existe uma separação cirúrgica entre direito e fato; o texto do precedente é importante, mas o texto não é norma, mas apenas o comando dado pelo julgador, que não pode ser compreendido em sua literalidade, como se autonomizasse e pudesse viver em abstração, pois a solução de um caso não é a solução automática de outro (RAMIRES, 2010, p. 140-154).

³²⁰ A crítica é dirigida às tentativas de delimitar a *ratio decidendi* por meio de métodos, quase matemáticos, que tendem a separar os fundamentos das coisas ditas de passagem, como se pudéssemos fazê-lo apenas separando-os por categorias, como se fossem facilmente identificáveis nos votos dos ministros. Marcelo Souza (2008, p. 125-130) inventaria algumas teorias desse jaez e seus respectivos defensores: a) *Teoria de Wambaugh*: segundo a qual, a *ratio* seria a proposição ou a regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, como uma proposição necessária para decisão, sustentando que a inversão do resultado da parte dispositiva para descobrir o que é determinante; b) *Teoria de Oliphant*: a *ratio* não teria qualquer relação com o raciocínio que o juiz realiza para chegar à decisão, em uma visão extremada do realismo jurídico. Segundo a teoria, o trabalho do juiz deve ser desconsiderado totalmente e os fatos levados ao tribunal devem ser considerados estímulos a uma resposta,

que é a decisão real do caso e conclui que a simples combinação estímulo/resposta (fatos/decisão) como *ratio decidendi*. O precedente é uma resposta que o tribunal oferece em relação aos estímulos dos fatos nos autos e c) *Teoria de Goodhart*: é o mais influente estudioso sobre o estudo da *ratio*, afirmando que a tarefa do juiz não seria de estabelecer os fatos e a conclusão, mas estabelecer os fatos fundamentais, tais como visto pelos juizes e a conclusão neles fundamentada. Portanto, é pela escolha de fatos fundamentais que o juiz cria o direito.

³²¹ Queremos dizer que o efeito vinculante, como é interpretado por nossa doutrina e jurisprudência, é compreendido como instituto capaz de atribuir uma força diferenciada de vinculação do precedente do STF, sendo, portanto, um ponto de partida que devemos considerar na interpretação do instituto.

explicitadas anteriormente, em função dos direitos morais dos indivíduos e da igualdade na aplicação de tais obrigações para todos. Os princípios, portanto, estabelecem uma direção a ser tomada para promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, enquanto exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade política. Todavia, necessitam de uma decisão particular para serem aplicados, ou seja, são considerados, nesta medida, como uma inclinação, uma razão para poder decidirmos algo (DWORKIN, 2002, p. 39-46). As normas constitucionais estão vazadas de conteúdo moral que impõem, para sua concretização, decisões acerca dos princípios que a informam e os precedentes espelham, justamente, tais escolhas feitas pelo STF. O sistema constitucional está longe de estabelecer quais são os direitos morais que os cidadãos possuem e alguma decisão final deve prevalecer, pois as partes não podem sustentar por si suas resignações, portanto, o governo deve agir de acordo com uma teoria coerente com a natureza do direito e que aja de maneira consistente com seus princípios, ou seja, os princípios desenvolvidos pela jurisdição constitucional, que são aqueles presentes na própria constituição, devem ser aqueles que serão aplicados em casos posteriores, independentemente de sua explicitação em algum texto canônico.

Portanto, não conceder um direito moral por conta de estratégias pragmáticas (tais como as teorias do precedente formuladas por Sunstein) viola um direito anterior importante que é o direito político de que as decisões políticas passadas sejam interpretadas e aplicadas de forma consistente com princípios constitucionais, do contrário estar-se-ia negando o sentido de justiça, pois o cidadão não estaria sendo tratado de forma equânime (DWORKIN, 1982, p. 185).

Feitas tais considerações, ainda restam alguns pontos a serem debatidos.

Devemos reforçar, inicialmente, que não podemos impedir que se façam interpretações de um precedente vinculante que sejam mais condizentes com o caso a ser julgado sem violar decisão do STF, pois, caso se queira usar o argumento de que o efeito vinculante é importante para a garantia das decisões constitucionais daquele, não interpretar corretamente uma decisão em um determinado caso, seria considerar que a corte suprema teria decidido que suas decisões são tão fechadas que aceitam e se limitam às interpretações inconstitucionais que se possam extrair delas. Por essa razão, se reforça a necessidade de se interpretar o efeito vinculante de uma maneira que não o apresente como instituto que seja um óbice à interpretação jurídica, pois tal é impossível, pois a decisão exarada pelo STF na via direta não é um texto normativo tal qual a lei e sua interpretação não encontra limites semânticos, na

medida em que não se trata de uma regra (nesse caso, em contraposição a princípio)³²² editada pelo STF, que pode controlar a interpretação que é feita dela. Do contrário, utilizando um argumento extremo, seriam desnecessários os demais órgãos do poder judiciário, competentes para interpretar as leis e os precedentes, pois apenas teriam que se conformar às regras editadas pelo STF, que não poderiam ser interpretadas de forma diferente daquilo que o STF quis dizer nelas, pois, caso o fossem, sempre poderiam ser corrigidas por meio da reclamação constitucional, transformando o judiciário em mero reprodutor de ementas. Além de indesejado, tal quadro dificilmente poderia ocorrer, uma vez que os precedentes sempre serão interpretados e sua natureza principiológica impede que exista um número limitado de decisões que se possam alcançar com o precedente, ou seja, no bojo do precedente vinculante não estão guardadas uma limitada gama de possibilidades interpretativas.

Tendo em vista os questionamentos levantados no último capítulo, temos de pensar como podemos interpretar a construção de um precedente vinculante exarado nas ações diretas de competência exclusiva do STF.

Em princípio, reforçamos que nas ações diretas o STF tende a reconstruir os argumentos que se conjugam a favor ou contra a constitucionalidade da lei, com base em elementos fáticos, passando pelos testes que compreendem serem de adequação e justificação e, ainda que a resposta possa ser considerada certa em alguns casos, os princípios que

³²² Em oposição ao afirmado nos últimos parágrafos, Celso Silva (2005, p.194-214) prefere o que chama de modelo normativo de vinculação, segundo o autor, de cunho confessadamente formalista, que parte do pressuposto de uma *ratio* identificável por meio de regras gerais vinculantes determinadas, operando da mesma forma que uma norma legislada, e, como tal, deverá possuir uma formulação canônica. As justificativas que aponta são as seguintes: o sistema romano-germânico funciona como um antídoto para a incerteza do direito, na medida em que as regras que os juízes formulam nas decisões judiciais se apresentam explicitamente. O autor, mesmo que identifique a *holding* como um princípio, sustenta que o método abstrato-normativo postula que a interpretação dos precedentes possui semelhanças com a adjudicação de um texto legal, especialmente quando a corte estatui o precedente de forma canônica. Concluindo que os tribunais buscam, na resolução de um caso, formular uma regra geral e abstrata que leva a casos mais abstratos. Na conceituação do autor se apresentam alguns problemas: ao não explicar o que seriam regras e princípios, o autor acaba por dificultar a crítica ao seu modelo, pois aparenta uma identidade entre princípios e regras, deixando a impressão de que suas interpretações seriam idênticas. Em seguida, afirma que os tribunais sempre julgam de forma explícita e de maneira quase legislativa, formulando textos normativos canônicos, como são formuladas as leis. Mesmo que, em função da argumentação, aceitássemos tal premissa, como o autor poderia explicar as diferentes leituras que os tribunais fazem dos precedentes e, o mais importante, como poderia explicar a divergência interpretativa entre os próprios ministros que formularam o precedente? (ver nota 232). Continuando nas premissas do autor, onde se encontraria tal regra canônica? Se a resposta for nas ementas, o autor incorrerá no erro de considerar um meio institucional de catalogação e identificação de decisões com os votos dos ministros, como se elas pudessem se autonomizar frente ao caso que devem indexar, como muito combatido no decorrer do trabalho. Caso a resposta seja na fundamentação, sua tese de nada serve, pois não dispensa mais atenção como tais fundamentações são formulados pelo tribunal e, como expusemos, não existe nada de canônico e ôclaro nas sentenças constitucionais. Ainda que possamos extrair uma interpretação na forma de uma norma de decisão, esta não se apresenta como uma formulação canônica tal qual a lei, mas sim como uma reconstrução da premissa que melhor responderia ao conteúdo da parte dispositiva, mais coerente com aquilo que foi debatido na corte, pois os precedentes partiram de casos específicos, com problemas e questões que lhes são próprias, diferentemente das leis e de suas formulações políticas.

embasam tal construção teórica não excluem outros que possam surgir, seja porque, como afirmado, nossa comunidade de princípios não enseja obrigações jurídicas que são mediadas por regras que se esgotam em seus limites linguísticos, seja porque a proposição jurídica que se formula por meio do caso apresentado ao judiciário se diferencia daquela julgada pelo STF. Os casos hipotéticos, por sua vez, são importantes na construção das teorias que são formuladas a respeito da validade ou não da proposição jurídica. Nesse passo, será sempre necessário que se realize uma análise dos votos dos ministros, a fim de reconstruir a tese adotada para fundamentar a proposição jurídica e analisar sua adequação e se ela se justifica, em face dos princípios constitucionais.

Com efeito, cada juiz desenvolve suas próprias teorias a respeito da interpretação de uma norma constitucional, em razão da interpretação construtiva que fazem, com base na leitura moral que é ínsita à interpretação constitucional, no intuito de responder aos questionamentos trazidos pelas proposições jurídicas que são extraídas do texto normativo impugnado. Nas contendas constitucionais, os ministros, via de regra, estão de acordo com os textos normativos a serem empregados, o que significa que concordam, semanticamente, com os princípios constitucionais que estão em jogo, mas divergem nas interpretações que deles fazem por meio das teses que apresentam sobre as proposições jurídicas. A tese que for eleita pelo tribunal como a mais forte, geralmente encontrada no voto do relator ou no voto que abre a divergência, é a tese a ser reconstruída, na forma de um princípio, designada como fundamento determinante.

Ainda que não seja capaz de extinguir as dificuldades interpretativas no trato com os precedentes, a existência do voto único institucional, da Corte, facilitaria muito a compreensão dos precedentes, enquanto solução de *lege ferenda*, todavia, na inexistência do mesmo em nossa prática constitucional, em casos de várias posições convergentes com o voto do relator, mas que não são debatidas mais formalmente pelo plenário da corte, tem de se dar maior peso àquela construção da teoria do voto vencedor que seja mais coerente com a opinião que o Tribunal, como um todo, tenha se posicionado nos debates, ou seja, caso a decisão não seja unânime, os pontos considerados como fundamentais tem de ser extraídos dos pontos problemáticos da tese utilizada para responder aos problemas apresentados pelas proposições jurídicas, pois, ainda que seja um problema institucional, a decisão é da Corte e não de um ministro somente. Em suma, todas as considerações dos ministros têm de ser interpretadas, para que se possa realizar um cotejo com o voto do relator (que apresenta sua

leitura moral da constituição) e a aceitação dos demais quanto às respostas que tal tese oferece à proposição jurídica que se visa considerar como constitucional ou inconstitucional³²³.

A desconfiança de um elevado personalismo dos votos dos ministros na interpretação dos precedentes do STF, a ponto de nos parecer que cada um deles elabora a própria *ratio decidendi*, é uma consequência natural da leitura moral que fazem da Constituição, na medida em que buscam interpretar os precedentes constitucionais de acordo com o que entendem ser sua melhor luz. Entretanto, tal conclusão não pode ser levada ao extremo, a ponto de considerar que os ministros, por essa razão, rompem com o romance em cadeia e que, a cada novo julgado, elaboram novos argumentos, esquecendo dos demais, como sustentam Vojvodic, Machado e Cardoso (2009). Não estamos afirmando que as decisões do STF sempre serão coerentes em seus princípios (ou mesmo que sempre devemos buscar em uma interpretação, com prejuízo de outros princípios, uma coerência cega da integridade), mas trata-se de uma afirmação que apenas pode ser feita se realizarmos uma extensa e trabalhosa investigação acerca dos princípios que subjazem em tais precedentes e a melhor interpretação constitucional deles, para, enfim, afirmar que se trata de um caso em que a decisão do Tribunal é incoerente e que deve ser revista.

Por outro lado, inúmeros exemplos da jurisprudência da Corte parecem reforçar a tese por nós esposada e aponta para questões que devem ser mais bem respondidas pelos autores acima sobre a maneira com que os ministros interpretam os precedentes do próprio tribunal e como os aplicam em sua jurisprudência. Podemos citar a interpretação que a Corte tem realizado acerca dos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena. Quanto ao último, no HC 82.959/SP, da relatoria do Min. Marco Aurélio, o plenário declarou inconstitucional a lei de crimes hediondos por, de maneira abstrata, vedar a progressão de regime, impedindo que se pudesse fazer uma análise individual do apenado e, portanto, que se observasse o importante fundamento da pena que é o da ressocialização. Nesse sentido, caso permanecesse a vedação, os ministros consideraram que tornaria inócua a garantia da individualização da pena. Posteriormente, no HC 97.256/RS, Rel. Ayres Britto, lançando mão da mesma argumentação principiológica, especialmente, sobre a interpretação que foi feita

323

A dificuldade em isolar uma norma da decisão poderia se apresentar quanto aos votos dos ministros e por uma suposta falta de conclusão sobre determinada matéria, ou seja, quando não se puder extrair com facilidade os fundamentos determinantes de um julgado, porque poderíamos chegar à conclusão de que não haveria precedente até que o STF se pronuncie, categoricamente, sobre o alcance, explicando o precedente. Todavia, em face da vinculação formal imposta pelo efeito vinculante constitucional, dificilmente poderíamos sustentar tal possibilidade. Ademais disso, para se afirmar que não existe um precedente, temos de interpretar os votos dos ministros para chegar a tal conclusão, que nunca se mostrará tão aparente, pois sempre os ministros utilizarão princípios constitucionais para decidir um caso, e, se suas teses forem nebulosas, deve o intérprete realizar uma interpretação que a tome coerente com os princípios adotados e a resposta ao caso decidido.

acerca do princípio da individualização da pena e a impossibilidade da lei penal nulificar tal garantia, o plenário declarou inconstitucional o art. 44, da lei 11.343/06, na parte em que vedava a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos.

É válido salientar que o Ministro relator do HC 82.959/SP, Marco Aurélio, votou contra a inconstitucionalidade do art. 44, da lei 11.343/06. Demonstrando duas coisas: 1) os ministros não esquecem o que decidiram anteriormente, para agregar novos fundamentos, na medida em que o precedente do HC 82.959/SP foi interpretado pelo Ministro Ayres Britto no último caso, o que diferem são as interpretações que são feitas dele, ou seja, de seu princípio e 2) pela lógica de Vojvodic, Machado e Cardoso, o Min. Marco Aurélio deveria votar no mesmo sentido da maioria do plenário, uma vez que ele foi o ministro que densificou o princípio da individualização da pena. Tal divergência demonstra que o ministro, talvez, não tenha realizado a melhor leitura do precedente que ajudou a formular em face do caso posto em julgamento no HC 97.256/RS³²⁴.

De acordo com os pressupostos hermenêuticos sustentados ao longo do trabalho, que afirmam que nos textos legislativos não se esgotam todas as possibilidades de sua interpretação, ou mesmo que um texto canônico possa reduzir ou limitar a atividade interpretativa, não é a existência de decisões dotadas de efeito vinculante ou de súmulas vinculantes que poderá limitar ou diminuir a importância do controle realizado difusamente pelo judiciário, uma vez que a melhor interpretação de nosso sistema de controle de constitucionalidade, visto no primeiro capítulo, prevê que mais importante é harmonizar a jurisprudência constitucional, sempre passível de interpretação e ajustes, em razão das constantes mudanças normativas que surgem através dos casos que chegam aos juízos de primeiro grau diariamente.

³²⁴ O mesmo raciocínio desenvolvido para o princípio da individualização da pena, vale para o da presunção de inocência quanto à declaração de inconstitucionalidade da outra parte do art. 44, da lei 11.343/06, que veda liberdade provisória para os crimes cometidos com base no art. 3º, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da referida lei. Ainda que o plenário não tenha se detido sobre o tema, inúmeras decisões (decisões monocráticas nos HC 97.976/MG; HC 100.330/MS; HC 100.949/SP), indicam que o STF considera inconstitucional uma vedação *ex lege*, abstrata da liberdade provisória, pois seria proibida pela Constituição, uma vez que o legislador não poderia substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. Trata-se de um princípio que o plenário utilizou para declarar a inconstitucionalidade do artigo art. 21, da lei 10.826/2003, que vedava liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos seus arts. 16, 17 e 18, fundamentando que o texto magno não autorizaria a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (ADI 3.112/DF, DJe 26/10/07, Rel. Ricardo Lewandowski). Podemos salientar outros exemplos fora do campo penal: no direito eleitoral, podemos citar a MC na ADI 4451/DF, que suspendeu artigos da lei 9.504/97, que vedava o uso da trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, pudessem degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação. Para o caso, o Min. Relator, Ayres Britto, citou precedente de sua relatoria na ADPF nº 130, que tratava da liberdade de imprensa. Os princípios justificativos para a declaração da não recepção da lei de imprensa foram interpretados no caso dos direitos eleitorais.

A recusa em atribuir efeitos vinculantes transcendentais mais amplos por parte do STF aponta para um reforço do controle difuso, na medida em que a limitação da reclamação a casos que possam ser considerados como estritamente idênticos ao decidido pelo STF (ainda que conheça de reclamações que extrapolam a parte decisória) permite que a interpretação principiológica do precedente e seu desenvolvimento ocorra no controle difuso, ainda que a observância ao precedente vinculante constitucional permaneça³²⁵. É oportuno ressaltar que, ainda que haja a limitação a casos idênticos à decisão paradigma, não quer dizer que não deva haver interpretação, pois é necessário que se interprete a decisão para afirmar se a mesma é idêntica à julgada e como, geralmente, a interpretação não está contida na parte dispositiva, nos parece errôneo restringir o efeito vinculante somente à parte dispositiva, independentemente do afirmado pelo STF.

A vinculação formal imposta pelo efeito vinculante constitucional enseja a impossibilidade de quaisquer órgãos do judiciário afastarem-se do precedente vinculante do STF, bem como revogá-lo. Como o STF afirmou, conforme visto acima, contraditoriamente, que seus fundamentos não vinculam (como se algum precedente não vinculasse por suas razões constitucionalmente adequadas), devemos interpretar a decisão da corte da maneira mais coerente possível com os argumentos teóricos expostos e os recentes julgados e entendimentos sobre o tema na Suprema Corte de nosso país.

Os precedentes, inclusive os vinculantes, devem ser interpretados como princípios, o que não impede que possamos extrair, por meio da interpretação das teorias dos ministros, um elemento que funciona como uma premissa imediatamente anterior à parte dispositiva, que é a norma de decisão³²⁶. A formulação da norma de decisão não será automática, necessário que

³²⁵ O Min. Ayres Britto, salientando o caráter plural e integralmente desconcentrado do sistema de controle de constitucionalidade, tal qual defendido neste trabalho, afirmou: *no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da transcendência dos motivos determinantes, oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo* (Decisão Monocrática na Rcl 10.406/DF, DJe 14/09/10)

³²⁶ Muitos autores tratam da diferença que existiria entre a fundamentação de um caso e aquilo que seria mais generalizável a outros casos. Citamos alguns deles para termos uma visão do que pensam alguns autores sobre a questão. Patrícia Mello (2008, p. 122-124), por exemplo, diferencia *holding* de *ratio decidendi*, sendo o primeiro a regra explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, a luz das razões (*ratio*) por ele adotadas. Por fim, conclui que, ainda que a fundamentação não seja diretamente vinculante, é a partir dela que se determinará a norma geral que será aplicada. Taruffo (1997, p. 149-167), lembra de prática comum no direito italiano: a *massima*. Trata-se da extração da regra jurídica que foi usada na decisão, exposta de forma mais geral, sem a citação de circunstâncias fáticas do caso paradigma e que não se confunde com a *ratio decidendi* do caso, ainda que, com ela, possa se identificar. O autor ressalta que a *massima* não é feita pelo Tribunal Constitucional, mas pela a *Corte Suprema di Cassazione*. A *massima* é, geralmente, considerada como o elemento vinculante, seja quando está disposta de forma mais ampla ou restrita. Sartor (1996, p. 243), por fim,

se faça sua reconstrução em face dos argumentos expostos pela corte, mas tal norma funciona como uma proposição jurídica que se encontra na fundamentação do voto (ainda assim, extrapolando a parte dispositiva) apta a sustentar a conclusão do tribunal sobre a inconstitucionalidade/constitucionalidade do ato impugnado. Nesse ponto específico, acolhemos o entendimento do Min. Eros Grau na Rcl 4.219/SP, para quem o STF, nas ações diretas, formará norma de decisão, ressaltando que o vocábulo decisão não se limita à parte dispositiva (que se trata de uma versão mais reduzida da norma de decisão), portanto, vinculante seria a interpretação do STF³²⁷. Por essa razão, ao indeferir as Reclamações constitucionais que são propostas com base na ADI 1.662/SP, o tribunal aponta o que considera como norma de decisão do caso: *A única hipótese autorizadora de sequestro de bens públicos é a da ocorrência de quebra da ordem cronológica no pagamento de precatórios*. Tal norma seria norma de decisão, portanto, formalmente vinculante. O que não impossibilita, por conta da natural força expansiva das fundamentações dos precedentes, que os fundamentos determinantes do caso, igualmente vinculante, ainda que não com as consequências processuais semelhantes, sejam utilizados na construção de outros princípios nos julgados realizados no controle difuso³²⁸.

Em conclusão, a forma com que o ordenamento jurídico, calcado, primordialmente, para um *ementismo*³²⁹ dos casos, passa a crer na possibilidade de se encerrar discussões jurídicas completas com o efeito vinculante constitucional, nos demonstra uma baixa

explica que a *ratio decidendi* exprime a justificação da decisão do caso, enquanto a *rationale* é uma justificação de segunda ordem, que determina as razões e considerações de fundo da *ratio*, aquelas que justificam a escolha de uma razão, dentre as possíveis razões concorrentes. As teses dos autores demonstram a tentativa de se diferenciar duas categorias, a fim de determinar o que seria vinculante. Uma forte crítica a essa noção, da forma que ela é tratada, especialmente por Sartor (1996) e Mello (2008) estaria na questão de que, como ambas são razões jurídicas existentes na fundamentação, ambas vinculariam, não sendo pertinente sua distinção. No entanto, ambas apontam para a redução a uma categoria que possibilitaria um melhor manejo do precedente. Não estamos defendendo, como tais teorias, que uma parte da fundamentação vincula e outra não. Em primeiro lugar, porque é incoerente afirmar que uma categoria que se extrai de um outro elemento da mesma natureza, supostamente, mais ampla, possa ser diferente em natureza, determinando sua vinculação ou não. Seja *rationale* ou *ratio*, ambas vinculam porque são fundamentos e os precedentes vinculam por suas razões, sejam mais gerais ou mais estritas. Isto porque, mesmo um julgado mais geral, deve ser sempre considerado em seus princípios pela corte que for aplicá-lo. A norma de decisão, como afirmado acima, é uma racionalização da fundamentação do pensamento da corte, não algo distinto do fundamento determinante. Se esta é o resultado dos fundamentos determinantes e ininteligível sem eles, como afirmar que os fundamentos não vinculam? Daí o motivo pelo qual discordamos de Eros Grau no ponto.

³²⁷ Sem que desça mais em minúcias sobre seu posicionamento, o Min. afirma que não se trata de debater teorias sobre fundamentos ou motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, mas de estabelecer que a interpretação do STF é vinculante. Ora, como o próprio jurista afirmou, se a parte dispositiva não contém o desenvolvimento necessário para se alcançar a norma decisão, obrigando que a reconstruamos hermeneuticamente, não será à parte dispositiva que recorreremos, mas sim à fundamentação do julgado, especialmente, àquela fundamentação determinante para norma de decisão. Nem poderíamos afirmar que se tratam de coisas distintas (norma de decisão e fundamento determinantes), pois ambas são proposições jurídicas dispostas na forma de princípios.

³²⁸ Importante para a questão, o julgamento referenciado na nota 311, para onde remetemos o leitor.

³²⁹ Expressão utilizada por Edilson Nobre Jr. (2008, p. 55).

compreensão a respeito do problema hermenêutico, que é inerente à natureza do direito. Dificilmente podemos nos distanciar da referida constatação, na medida em que a ideia predominante na doutrina é a de que o efeito vinculante poderia diminuir a discricionariedade interpretativa, como se a interpretação fosse um ato de vontade, que, como tal, o intérprete teria anulada tal prerrogativa volitiva, em favor de uma solução pré-fabricada pelo tribunal superior com pretensões universalizantes, a qual poderia lançar mão sempre (e de forma satisfatória) para resolver todos os problemas. E é justamente essa compreensão que tem de ser evitada.

4.4- A FORÇA GRAVITACIONAL DOS PRECEDENTES VINCULANTES: aplicação do *distinguishing* e garantia do direito à igualdade.

Uma das principais justificativas para a existência de uma vinculação formal aos precedentes constitucionais, ou seja, uma vinculação determinada pelo ordenamento jurídico positivo, é um reforço ao direito à igualdade. Nesse sentido, um precedente não se estabelece, enquanto tal, apenas com a nulidade da lei, pois o controle exercido pela via direta expurga a lei do ordenamento jurídico, com efeitos retroativos, dizendo em outras palavras, não são criados padrões jurídicos, ou uma tese, para os casos seguintes, uma vez que não existe texto normativo a sustentar a norma, sendo impossível sua replicação. Por essa razão, como todos os demais precedentes, o precedente dotado de efeito vinculante formal possui sua legitimidade de aplicação enquanto proteger o direito à igualdade, com base em seus fundamentos. Esta é uma das razões pela qual a força gravitacional é explicada por meio de princípios, que permitem o desenvolvimento e constantes densificações quanto ao seu conteúdo.

A força gravitacional, através do princípio da igualdade, deve estar limitada à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões judiciais anteriores. Tal pressuposto funciona de uma maneira geral para todos os precedentes, inclusive para os vinculantes constitucionais. Entretanto, para os últimos, inexiste a possibilidade para os demais órgãos do poder judiciário, excluído o STF, de superar o precedente vinculante, quando interpretar que o princípio que sustenta as decisões não está mais apto a justificá-las. Em nosso país, tal impossibilidade de superação do precedente vinculante e de uma suposta correção interpretativa de seus princípios é reforçada pela existência da reclamação constitucional.

Tal constatação nos leva a um preocupante impasse: se nosso país se insere numa prática plural, integralmente desconcentrada, que permite e incentiva a fiscalização difusa da constitucionalidade das leis (e de sua aplicação pelos precedentes) por todos os órgãos do judiciário, ou seja, todos podem interpretar a constituição, como podemos sustentar que tais órgãos não possam se afastar de um precedente que julgam incorreto, por conta de uma debilidade justificadora dos princípios das decisões anteriores?

A resposta deve ser buscada no papel institucional do STF e da natureza de suas decisões. Nossa Suprema Corte se configura como o órgão ápice do Poder Judiciário brasileiro, tendo como sua principal tarefa harmonizar a jurisprudência constitucional e julgar as ações diretas de sua competência privativa. Por tal motivo, os precedentes que produz possuem natureza constitucional, enquanto interpretações de suas normas. O que implica dizer que os precedentes vinculantes são princípios constitucionais de observância obrigatória por todo o judiciário, por conta, mais diretamente, de sua submissão às normas constitucionais e sua interpretação; posteriormente, pela posição institucional do STF, como órgão revisor da jurisprudência constitucional. Não queremos com isso dizer que a vinculação formal seja uma necessidade constitucional, mas que, em nosso país, foi uma escolha política do constituinte derivado para harmonizar a jurisprudência produzida a respeito da interpretação constitucional realizada pelo controle concentrado, como justificativa apta a resguardar a constitucionalidade do efeito vinculante constitucional³³⁰. Caso se considere que o efeito vinculante impossibilita a igualdade na aplicação do direito, determinando um tratamento igual para situações que são diferentes, seu fundamento constitucional estaria comprometido, uma vez que não poderíamos apresentar justificativas constitucionais para sustentar decisões que perpetuam injustiças em nome de uma uniformização da jurisprudência, porquanto se busca a racionalização da interpretação do STF, não a sedimentação de injustiças³³¹.

Nesse passo, o modelo da harmonização da jurisprudência, nos termos assentados por Antonio Maués (2008, p. 89-90), interpretado de acordo com o efeito vinculante, estabelece: a) a possibilidade de o juiz afastar-se do precedente, desde que o faça de modo fundamentado, apresentando argumentos que indiquem sua inaplicabilidade ao caso; b) existência de mecanismos que possibilitam rever o precedente e c) o reconhecimento da importância das circunstâncias do caso para a interpretação da norma. O referido modelo reconhece a

³³⁰ Nunca podemos deixar de ter em mente que o efeito vinculante constitucional se trata de um mecanismo processual introduzido de maneira artificial em uma prática de jurisdição constitucional, que, ainda que não pudéssemos dizer totalmente estabelecida e desenvolvida, mas que já estava em funcionamento, a, pelo menos, 05 (cinco) anos, contando de sua inserção pela EC nº 03/93 e a promulgação da atual constituição federal.

³³¹ Para as consequências de uma leitura do efeito vinculante constitucional, como sustentáculo de um modelo de uniformização da jurisprudência constitucional, ver item 1.7.5 acima.

autoridade do precedente do STF, mas possibilita que o juiz realize a interpretação do conjunto normativo aplicável ao caso e não apenas da decisão invocada como vinculante naquela lide. Portanto, o modelo não implica negar validade ao precedente do STF, mas reconhece que as circunstâncias do caso impedem sua aplicação em nome da proteção de direitos fundamentais, especialmente, o direito à igualdade na aplicação do direito. A fundamentação adequada para deixar de aplicar uma decisão vinculante não parte da discordância com a interpretação realizada pelo STF, mas de sua inaplicabilidade ao caso a ser decidido.

A distinção entre o caso e o precedente vinculante paradigma pode ser realizada tanto pela corte vinculante, quanto a vinculada e se caracteriza, grosso modo, pela não aplicação do precedente a um caso concreto, por se tratar de um caso cujas especificidades demandam um tratamento diferenciado. Por fim, o precedente é distinguido, não para ser superado, mas para constar que situações diversas devem ser tratadas de forma, igualmente, diversas.

Não se trata de um problema alheio à prática do nosso judiciário. Na seara do controle realizado pelas vias diretas³³², o STJ, por exemplo, já teve a oportunidade de realizar distinção a precedente vinculante do STF. Tratava-se, no caso dos autos, de recurso especial interposto para que fosse reconhecida a distinção do caso com o paradigma decidido pelo STF na ADI 3.324/DF³³³, uma vez que o marido da recorrente, Militar, fora transferido para cidade em que não havia curso correspondente ao que estava matriculada na rede privada de ensino superior e fora negado à mesma o direito a se matricular em universidade pública. No acórdão citado como paradigma vinculante, o STF, ao atribuir interpretação conforme ao art. 1º da Lei 9.536/97, decidiu que os servidores públicos, civis ou militares, transferidos de ofício, têm direito a matrícula em instituição de ensino superior do local de destino, observado, todavia, o requisito da congeneridade em relação à instituição de origem. Ou seja, caso venha de

³³²No controle difuso, o caso mais emblemático é do enunciado de súmula nº 691 do STF (Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar). O referido enunciado tem sido afastado em inúmeros *Habeas Corpus*, tais como: HC 86.864, HC 89.178, HC 90.112, HC 90.370, HC 89.777, HC 85.185, HC 95.483, HC 95.009.

³³³O acórdão referido está assim ementado: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº 9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública. (STF, pleno, ADI 3.324/DF, DJ 05/08/05, Rel. Marco Aurélio).*

universidade pública, deverá ser matriculado em uma pública e o mesmo vale para o aluno oriundo de universidade privada.

Não obstante o decidido pelo STF, o STJ considerou, por meio do Relator do Recurso Min. José Delgado, que, como o local para o qual foi transferido o cônjuge da recorrente não possuía instituição privada que oferecesse curso de mesma afinidade (Engenharia da Computação), o precedente do STF deveria ser interpretado com razoabilidade, uma vez que a acadêmica não poderia parar abruptamente seus estudos por motivos alheios à sua vontade e por aspectos técnicos da lei, pela tão-só circunstância de acompanhar seu cônjuge para uma localidade na qual não havia curso idêntico ao da instituição de origem privada, determinado sua matrícula em uma universidade pública (STJ, 1ª Turma, Resp 832.692/RS, DJ 27/03/07, Rel. José Delgado)³³⁴.

4.5 - O ALCANCE DOS PRECEDENTES E RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: a importância das decisões em Reclamação Constitucional para a delimitação da incidência do precedente.

A natureza jurídica da Reclamação Constitucional, conforme visto em capítulos anteriores, é bastante discutida na doutrina e jurisprudência e, coincidentemente, representa um dos mais importantes exemplos da problemática do precedente vinculante em nosso país. De acordo com o exposto alhures, ainda que o STF tenha assentado que a reclamação se inclui no direito de petição, sua prática e a melhor interpretação do instituto não conduzem a essa conclusão. Isto quer dizer que o posicionamento do STF está errado? Não necessariamente. Entendemos ter realizado uma interpretação mais coerente dos julgados da Corte, levando em consideração outros aspectos: os paradigmas jurisprudenciais, a história do instituto, as considerações doutrinárias e a melhor forma de ver o mesmo, considerando suas finalidades. Caso considerássemos a decisão do STF dotada de efeito vinculante como uma regra que prescindir de maiores interpretações, teríamos de chegar à conclusão de que a reclamação faz parte do direito de petição, sendo, portanto, gratuita, impossível de reverter uma decisão

³³⁴ Como forma de ratificar muito do que se conclui do trabalho, não podemos deixar de ressaltar importante debate no julgado da ADI 3.324/DF. Ao discutir o caso, o Min. Ayres Britto formula o caso hipotético a seguir para testar a tese do relator, Min. Marco Aurélio: caso não exista curso congênere na cidade para onde for transferido o servidor matriculado em instituição superior privada, apenas em universidades públicas, poderá, ainda assim, ser matriculado na última? O relator e o presidente do STF à época, Min. Nelson Jobim, afirmaram que tal caso deveria ser decidido pelo controle difuso. O caso não apenas demonstra que os precedentes do STF produzidos no controle abstrato possuem uma força gravitacional, o que permite que sejam excepcionados no caso de sua inaplicabilidade, e que devem ser interpretados de acordo com as particularidades do caso em julgamento, mas demonstra a importância dos casos hipotéticos nas decisões que ocorrem nessa via e como tais precedentes não excluem a fiscalização difusa, mas a reforçam e apontam sua imprescindibilidade.

judicial, proposta sem a assistência de um advogado e, como observamos, não se trata da melhor interpretação sobre o tema³³⁵.

Ainda sobre essa questão, podemos salientar as consequências de interpretar os precedentes do STF de uma maneira mais coerente. Com fundamento na ideia de direito de petição, o STF considera plenamente possível que a reclamação, nos moldes previstos na constituição federal, possa ser prevista nos tribunais de justiça, desde que constante nas Constituições dos Estados membros respectivos. Portanto, parece incoerente, em uma primeira vista, com tal precedente, a decisão do STF que considerou inconstitucional a Reclamação do TST prevista pelo seu regimento interno, por conta da ausência de razões suficientes para sustentar a existência de tal mecanismo para o STJ e não para os demais Tribunais Superiores, uma vez que se tratam de tribunais que exercem competências não cumulativas de uniformização da interpretação da legislação federal de âmbito nacional. Ademais disso, TSE e STM, outros tribunais superiores de jurisdição especial, também dispõem de reclamações. De acordo com as premissas do trabalho, tais decisões necessitam ser interpretadas, a fim de buscarmos justificações mais coerentes para elas.

Destarte, a reclamação não seria uma ação apta, diretamente, a proteger a constituição de maneira objetiva, uma vez que suas hipóteses de cabimento não estão todas relacionadas a tal garantia, pois inexistente uma maior seletividade ou maior força quanto à decisão do STF que precisa ser reforçada pela reclamação, pois, lembre-se, a proposição da via reclamationária não se limita apenas às decisões dotadas de efeito vinculante constitucional, mas todas aquelas decisões que forem desrespeitadas, o que se atribui pelo sobredito efeito é uma maior legitimidade para contestar o desrespeito, em função da natureza *erga omnes* dos julgados do STF na via direta. Sem embargos de tal argumento, a reclamação não é prevista apenas para o STF, mas, igualmente, para o STJ, STM, TSE e alguns tribunais de justiça, e a justificativa de uma defesa da ordem objetiva constitucional não se apresenta como a mais forte naqueles tribunais para fundamentar a existência da reclamação constitucional, do que, por exemplo, o argumento de uma defesa de posições institucionais, com reflexos subjetivos³³⁶. Para reforçar

³³⁵ Nesse sentido, ver item 2.3 *supra*.

³³⁶ Nesse sentido, colhemos pronunciamento da Min. Cármen Lúcia: *É inegável a dificuldade que se põe, relativamente ao cabimento da reclamação, quando se alega descumprimento de decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade. Enquanto nas decisões judiciais de casos concretos demonstra-se o comprometimento da segurança jurídica do interessado pela afronta à autoridade do julgado que o resguarda, quando se alega desacato à decisão exarada em ação constitucional de controle abstrato, o interessado poderia ser, à primeira vista, qualquer pessoa; afinal, qualquer pessoa tem o direito de se assegurar da autoridade do julgado constitucional proferido em controle abstrato. É o direito à constitucionalidade que promove a segurança constitucional do cidadão. Mas não se pode extrair dessa compreensão a conclusão ó que não seria acertada ó de que a existência de julgado constitucional, proferido em dada ação constitucional de controle abstrato, dê ensejo ou permita, sempre, o uso da reclamação para se obter decisão judicial em outro caso,*

o entendimento, citamos o precedente do AgR no AgR na Rcl 2.121/DF³³⁷, em que o tribunal decidiu extinguir a reclamação por perda do objeto, em face da perda do objeto da ADI, a demonstrar o caráter dependente da reclamação e sua prejudicialidade frente ao objeto que fora impugnado no julgamento abstrato. Demonstrando, portanto, a fragilidade do argumento do mecanismo reclamationário como importante para uma defesa de uma ordem objetiva constitucional.

Inobstante a reclamação possuir uma grande importância na garantia das decisões e da competência do STF, de forma indireta, a ação constitucional acaba por se caracterizar como instrumento na interpretação dos precedentes, uma vez que o tribunal terá oportunidade de acentuar alguns aspectos na interpretação do precedente, delimitando sua incidência. A referida função da reclamação constitucional se reforça com a disposição do art. 7º da lei 11.417/06, que postula o cabimento da medida no caso de aplicação indevida de súmula vinculante. Ora, como não existe aplicação sem que tenha havido interpretação, o cabimento da reclamação ocorrerá quando houver possível interpretação equivocada do precedente.

Considerando que o efeito vinculante das súmulas é da mesma natureza daquele emanado pelas decisões no controle abstrato, um importante exemplo da reclamação na delimitação e interpretação do precedente vinculante ocorreu em medida cautelar de reclamação interposta contra suposto ato que interpretou equivocadamente a súmula vinculante nº 08. A referida súmula vinculante, publicada no DJe em 12/06/2008, encampa o entendimento do Relator do Acórdão do RE 560.626/RS³³⁸, Ministro Gilmar Mendes, para quem a norma Constitucional que afirma que a prescrição e decadência devem ser regidas por leis complementares acolhe, em sua inteireza, o regulamento feito pelo Código Tributário Nacional e, portanto, a fim de garantir a força normativa da Constituição, quanto à forma de regência da matéria envolvendo prescrição e decadência, são reservadas, exclusivamente, as leis complementares. Inconstitucionais, por conseguinte, os artigos 45 e 46 da lei 8.213/91, ordinária. Ademais, ressaltou que as Leis Complementares, em razão de seu regulamento constitucional, servem para tratar de questões nacionais, não necessariamente federais, daí o

baseado em outra norma jurídica, ainda que nela se contemple matéria análoga (Decisão Monocrática na Rcl. 10.548/CE, DJe 13/09/10).

³³⁷ RECLAMAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. RECLAMAÇÃO PROPOSTA VISANDO A GARANTIR A AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADIN. 1.104. PERDA DO OBJETO DA ADI E POR CONSEQUÊNCIA PERDA DO OBJETO DA RECLAMAÇÃO. PREJUÍZO DOS AGRAVOS REGIMENTAIS INTERPOSTOS. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO. RECLAMAÇÃO PREJUDICADA. 1. Tendo sido extinta a ADI, dá-se a perda de objeto também da Reclamação e, logo, dos agravos regimentais. 2. Reclamação julgada prejudicada (STF, Pleno, Agr no AgR na Rcl 2.121/DF, DJe 18/09/08).

³³⁸ Os demais Recursos foram julgados na mesma sessão e possuem a mesma fundamentação. Nesse sentido, cf. RE 556.664/RS, DJe 14/11/2008; RE 559.882/RS, DJe 14/11/2008 e RE 559.943/RS, DJe 26/9/2008.

porquê da lei ordinária federal não poder veicular matéria de âmbito nacional, sem ferir o mandamento constitucional em questões tributárias.

Nesse sentido, poderíamos concluir que a matéria tratada dificilmente traria maiores divergências quanto à aplicação da súmula, pois a questão se limitaria a uma formalidade, ou seja, a inconstitucionalidade por conta de invasão de competência legislativa, afastando os artigos inconstitucionais, hoje expressamente revogados, esvaziando muito do sentido da súmula. Ainda assim, mesmo com a aparente simplicidade da sua interpretação, bem como de seu alcance, reclamações foram propostas a fim de discutir sua aplicação, conforme observado na Decisão monocrática, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 7.313/SP, DJe 10/09/2009, Rcl. 8.341/PB, Min Ellen Gracie, DJe 07/08/2009, Decisão Monocrática, Rcl 8.067 AgR / TO, DJe 29/06/2009, Min. Lewandowski, Decisão Monocrática, Rcl 7.940 / PA, DJe 19/05/2009, Min. Ellen Gracie, Decisão Monocrática na Rcl. 8.939/MG, DJe 10/12/10, Rel. Ellen Gracie, todas improcedentes. Contudo, nos autos da Medida Cautelar na Rcl. 7.350/RN, DJe 02/03/2009, da Relatoria do Min. Cezar Peluso, foi concedida liminar em função de decisão que, a pretexto de afronta ao enunciado sumular, não observou a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade votada em plenário, quando do julgamento da decisão paradigma. O Min. argumentou que a jurisprudência do STF se fixou sobre a necessidade óbvia da interpretação das súmulas à luz dos precedentes que lhe deram origem (cf. RE nº 103.775, Rel, Min. ALDIR PASSARINHO, DJ 19.12.1985) e que ao ater-se à literalidade do enunciado sumular, a decisão impugnada afrontou os precedentes que deram origem à súmula. Completa o ministro que o alcance das súmulas vem do teor dos precedentes que baseou o enunciado, enquanto síntese do pensamento da Corte sobre a questão constitucional. Ou seja, ao interpretar o enunciado distanciando-o do alcance das decisões que o informaram, a decisão aplica de maneira errônea a súmula vinculante. Esta posição demonstra que, ao aplicar os enunciados sumulares, o intérprete, obrigatoriamente, terá de se ater a todos precedentes utilizados como paradigmas, bem como as particularidades do caso decidido anteriormente, sendo impossível sua aplicação em caso de situações fáticas e jurídicas diferentes.

A decisão do Min. Cezar Peluso, além de ressaltar importantes e imprescindíveis pontos acerca da interpretação dos precedentes, demonstra que o intérprete que desconsidera a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucional, incorre em erro na interpretação/aplicação do enunciado sumular.

Além da importância acima, a manutenção da via reclamationária para todos os legitimados que tenham sido prejudicados pela interpretação de um precedente vinculante

permite que o STF sempre possa rever sua posição, realizando distinções³³⁹ ou revogações de precedentes.

4.6 - ALGUMAS QUESTÕES RELACIONADAS À APLICAÇÃO DE UM PRECEDENTE EMERGENTE DO CONTROLE CONCENTRADO ATRAVÉS DA TRANSCENDÊNCIA DE SUA FUNDAMENTAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO: desenvolvimento de um controle integralmente difuso e a proteção aos direitos fundamentais

Uma das principais funções exercidas pela jurisdição constitucional é, sem dúvidas, a proteção dos direitos fundamentais. Não que as demais funções não sejam igualmente importantes, mas é inegável que seu maior fundamento de legitimidade, e, como fora visto, inclusive, responsável pelo seu momento de maior desenvolvimento³⁴⁰ e afirmação, seja a necessidade de proteção de um núcleo de direitos frente ao poder público e, em algumas questões, mesmo em relação a outros cidadãos³⁴¹. Por essa razão, nenhuma possibilidade de se por em risco tais direitos pode ser possível à jurisdição constitucional. Estes devem ser, por conseguinte, o mote de sua legitimação e fundamento de sua existência.

A formação institucional do poder judiciário e a forma federal do estado brasileiro apontam para importantes conclusões a respeito da administração da jurisdição constitucional em nosso país. Diferentemente dos países europeus, o STF não é um tribunal constitucional que está fora do judiciário. Trata-se de uma Suprema Corte que, juntamente com as funções de jurisdição constitucional, também exerce competências cassatórias, como toda corte de cassação de cúpula, sendo impossível, por exemplo, identificar suas funções e atribuições aos Tribunais Constitucionais Europeus, tendo em vista a diminuir, por exemplo, a importância de um controle difuso, tradicional em nossa prática constitucional, ou mesmo sua necessidade, pois não existem distinções entre jurisdição ordinária e constitucional em nosso país. Todos os órgãos do judiciário devem interpretar a constituição e declarar inconstitucionais leis que a afrontem. Em face dessa premissa, muitas questões não serão decididas pelo STF, ainda que tenham por base normas da constituição federal, como muitas questões relacionadas a direito municipal, por exemplo³⁴².

Não obstante, as diversas interpretações que surgirão das normas constitucionais devem ser harmonizadas, a fim de dar concreção ao direito à igualdade na aplicação do

³³⁹ Lembremos do importante papel desempenhado pelas reclamações na distinção feita pela corte, no caso da ADC nº 04.

³⁴⁰ Ver item 1.1, *supra*.

³⁴¹ Sobre o tema, cf. Claus-Wilhelm Canaris (2005).

³⁴² Sobre o tema, ver item 1.7.5 e nota 66, *supra*.

direito. Esta problemática, da necessidade de harmonização da jurisprudência, não de sua simples uniformização guiada pela lógica do vetor concentrado ó difuso, se faz presente porque em nosso sistema, diferentemente do norte-americano, o juízo não é sobre a aplicação da lei, mas sobre ela mesma, ou, no máximo, sobre uma interpretação mais geral dos seus preceitos. A identificação entre norma e texto normativo, coloca aos ministros a incômoda alternativa de manter a plena validade do enunciado, ainda que estejam conscientes que uma ou várias das interpretações possíveis possam ser contrárias à constituição, ou anulá-lo em sua totalidade e criar uma situação mais grave que sua manutenção (LLORENTE, 1997, p. 483).

No sistema norte-americano, por exemplo, seja quando declara a inconstitucionalidade do texto ou da norma, o juízo sempre será concreto, tomando em consideração as lesões atuais³⁴³, não puramente potenciais (como na formulação dos casos hipotéticos) que a lei produz (irá) em relação aos direitos fundamentais. Nosso modelo adotado pressupõe sempre, ainda quando o tribunal conclui na invalidação de uma determinada interpretação, um juízo abstrato cujo resultado final não se define por referências exaustivas das circunstâncias fáticas concretas dos casos que surgirão no controle difuso (LLORENTE, 1997, p. 494). A singularidade de cada caso, portanto, não pode ficar amarrada a um sentido previamente dado ou posto, por exemplo, por quaisquer decisões vinculantes (ademais, todas as decisões do STF devem ser interpretadas, uma vez que cada situação exige, no plano normativo, uma nova atribuição de sentido), pois teríamos de considerar que tais decisões igualariam toda uma infinidade de casos de forma metafísica, como se em tais decisões estivessem contidas as essências comuns a todos eles (STRECK, 2002, p. 491-497).

Portanto, aplicações desmedidas da compreensão de uma preponderância do precedente concentrado e sua pretensa carga suficiente de sentido, como se todas as respostas aos casos estivessem cometidas nele, podem dar azo a flagrantes desrespeitos ao direito a se ter um tratamento desigual, na medida em que a generalidade em que são postas as interpretações feitas em sede de controle concentrado impedem que o STF conceba, ainda que hipoteticamente, todas as possibilidades de incidências do precedente. Como exemplo dessa situação, salientamos o caso do julgamento da ADI nº 3.460/DF, DJ 15/06/2007, Rel. Carlos Britto, em que ficou assentada a constitucionalidade de ato administrativo que regulamentava a exigência dos 03 (três) anos de atividade jurídica prevista na EC nº 45. Desta forma,

³⁴³ LLorente (1997, p. 472) ressalta que o objeto do controle de constitucionalidade nos EUA não é o enunciado legal, mas sim a interpretação que é feita dele em um caso concreto determinado. Desta forma, gradualmente removem-se os aspectos inconstitucionais advindos da interpretação de um determinado estatuto ao invalidar suas aplicações impróprias caso a caso. Em suma, uma vez que os juízos acerca da inconstitucionalidade do preceito decorrem de sua aplicação/interpretação em um dado caso concreto, é plenamente possível que o mesmo incida em outra oportunidade se, no todo, diferir daquele caso julgado anteriormente pela suprema corte.

podemos extrair dos fundamentos dos votos vencedores, em especial do Min. Relator, a norma de decisão a ser aplicada como precedente vinculante, qual seja: os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é signficante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. Por fim, o momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição definitiva.

Contudo, este entendimento mesmo sendo geral, para ser aplicado, deverá levar em consideração as particularidades do caso concreto trazido perante o juiz. Como ocorreu no caso do MS nº 26.690/DF. Em julgamento que excepcionou o entendimento dotado de efeito vinculante acima descrito, o Tribunal concedeu a segurança à Promotora de Justiça do Estado do Paraná, para que a exigência dos 03 (três) anos de atividade jurídica não consubstanciasse óbice à habilitação da impetrante ao exercício do cargo de Procurador da República, para que, assim, tomasse posse no mesmo. No caso, o pedido de inscrição definitiva da impetrante fora indeferido por não ter sido comprovado o período de atividade jurídica exigido pela Constituição no momento da inscrição, conforme o assentado no julgamento da ADI paradigma. O min. Eros Grau, relator, em face do fato da impetrante ser Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada desde abril de 2005, exercendo atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas que, também, são exercidas pelo Ministério Público Federal (conforme a LC 75/93, artigos 78 e 79), concluiu caracterizar-se uma contradição injustificável a circunstância de a impetrante exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e, concomitantemente, ser julgada inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República³⁴⁴.

³⁴⁴ Por oportuno, transcreve-se trecho da ementa do referido acórdão: 1. *A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.(...)*. 5. *A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida* (STF, Pleno, MS 26.690/DF, DJe 19/12/2008, Min. Eros Grau). Em outra oportunidade, por exemplo, outra particularidade fez com que o precedente fosse distinguido: *. A interpretação do art. 129, § 3º, da Constituição foi claramente estabelecida pela Suprema Corte no julgamento da ADI nº 3.460, Relator o Ministro Carlos Britto (DJ 15/6/07), de acordo com o qual (i) os três anos de atividade jurídica pressupõem a conclusão do curso de bacharelado em Direito e (ii) a comprovação desse requisito deve ocorrer na data da inscrição no concurso e não em momento posterior. 2. O ato coator tomou como termo inicial da atividade jurídica do impetrante a sua inscrição na OAB, o que é correto, porque, na hipótese, o impetrante pretendeu comprovar a sua experiência com peças processuais por ele firmadas como advogado. Faltaram-lhe, consequentemente, 45 dias para que perfizesse os necessários três anos de advocacia, muito embora fosse bacharel em Direito há mais tempo. 3. O caso é peculiar, considerando que o período de 45 dias faltante corresponde ao prazo razoável para a expedição da carteira de advogado após o seu requerimento, de tal sorte que, aprovado no exame de ordem em dezembro de 2003, deve ser tido como preenchido o requisito exigido pelo § 3º do art. 129 da Constituição Federal* (STF, Pleno, MS 26.681/DF, DJe 17/04/09, Min. Menezes Direito).

Observa-se no caso descrito que a norma dimanada da decisão da ADI tida como paradigma e dotada de efeito vinculante não foi apta a abarcar a generalidade de situações que podem ocorrer cotidianamente e que poderiam violar direitos fundamentais. Ou seja, caso o PGR deferisse a inscrição da candidata, não estaria violando nenhuma decisão do STF dotada de efeito vinculante, uma vez que as proposições jurídicas a que as normas de decisão visam responder são distintas.

A resolução do caso poderia ser encontrada, por exemplo, pela interpretação da decisão tomada como paradigma, uma vez que a melhor leitura dos votos aponta que a maior preocupação com a constitucionalidade do ato impugnado na ADI era dar concreção ao que os ministros consideraram como um ponto nevrálgico para a mudança do art. 129, § 3º da CRFB/88, qual seja, a de assegurar que o ocupante dos cargos do *parquet* tivessem experiência e maturidade suficientes para exercer o cargo, pondo fim aos casos de bacharéis que ingressavam em carreiras importantes como a ministerial e da magistratura sem as devidas condições intelectuais e maturacionais para tanto, como exposto no voto da Min. Carmen Lúcia. Tal fundamentação poderia ser interpretada para justificar a inscrição da candidata, uma vez que seria contraditório afirmar que ela poderia ter a maturidade e experiência suficiente para ser promotora de justiça, mas não procuradora da república, especialmente, tendo em vista o caráter unitário da instituição, ministério público e a identidade de funções que exercem, em alguns casos³⁴⁵.

A proteção dos direitos fundamentais através do controle difuso não se esgota, apenas, na interpretação dos precedentes dotados de força vinculante constitucional, para que não sejam aplicados incorretamente, mas também na possibilidade de se manterem abertas as vias de discussão do precedente vinculante, ou seja, que seja possível que os demais órgãos do poder judiciário disponham de mecanismos aptos a levar a questão de uma possível revogação do precedente para o STF³⁴⁶, pois, como visto, o efeito vinculante constitucional impede que os sujeitos a ele possam revogar o precedente³⁴⁷.

³⁴⁵ Como exemplo da importância do controle difuso na defesa dos direitos fundamentais, o próprio ministro Gilmar Mendes, no caso, reconheceu que muitas situações emergentes poderiam suscitar dúvidas quanto a aplicação do precedente, deixando, no entanto, sua resolução para as impugnações feitas no controle difuso.

³⁴⁶ Nunca é demais lembrar que a existência das queixas constitucionais nos países onde existem tribunais constitucionais permite uma maior relação entre a jurisdição ordinária e constitucional, sendo sempre constantes as revisões jurisprudenciais sobre a questão de uma lei declarada constitucional, em um determinado momento, pelo tribunal constitucional, o que, mesmo com a existência de um efeito vinculante constitucional, demonstra que as vias de reconsideração do precedente estão sempre abertas.

³⁴⁷ Em consequência, discordando, nesse ponto, de Zavascki (2001), não poderiam os demais órgãos do poder judiciário considerar superado um precedente dotado de efeito vinculante, enquanto o STF não se posicionar sobre a questão.

Silva Neto (2007, p. 142-143) ressalta que o controle difuso serve como oxigenação necessária do nosso sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que nem sempre estão muito claras as situações e interesses daqueles que propõem as ações diretas no STF, em contrapartida, o controle difuso teria o condão de determinar uma maior participação dos cidadãos nos assuntos públicos e, mais importante, na interpretação da Constituição e a possibilidade de oferecer sua contribuição para a interpretação da mesma. Especialmente quando se tratar do controle de constitucionalidade de atos públicos que violem seus direitos fundamentais³⁴⁸. Portanto, conclui Streck (2002, p. 362), o controle difuso se mostra como um importante instrumento de filtragem constitucional e de acesso à justiça.

Daí a necessidade de interpretamos o efeito vinculante nas declarações de constitucionalidade como um mecanismo que não transforma a lei declarada constitucional como uma emenda constitucional³⁴⁹, intocável pelo poder judiciário (que levaria ao paradoxo de possibilitar o poder judiciário controlar a constitucionalidade de uma emenda à constituição, mas não de uma lei ordinária, por exemplo), formando um precedente que não pudesse ser revogado. Pois, ainda que uma decisão anulatória da lei reduza as interpretações divergentes, impedindo que seja aplicada novamente, as dúvidas surgem, e com elas, a incerteza, quando se anulam interpretações possíveis a partir do enunciado, permanecendo este, seja nas decisões em ADC, seja quando a declaração de inconstitucionalidade não acompanha a nulidade. Nesse ponto, aderimos ao afirmado por Gilmar Mendes a respeito do aspecto mutável da coisa julgada nas ações declaratórias de constitucionalidade, uma vez que

³⁴⁸ Não desconsideramos que, conforme sustentado alhures, a abertura da legitimidade processual do controle realizado pela via direta foi um passo importante para a pluralidade do sistema de controle de constitucionalidade. Entretanto, os organismos sociais que são legitimados (órgãos de classe nacionais, excluindo a OAB, e confederações) têm que demonstrar a pertinência temática, que não deixa de limitar seu âmbito de atuação a interesses que lhes são inerentes, problema que inexistente no controle difuso. Não apenas isso, mas não podemos deixar de ter em mente que a limitação do recurso constitucional na Europa a entidades políticas limita o alcance e o sucesso da manutenção desta via para a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que tais entes se preocupam em propor ações que apenas lhes dizem respeito, especialmente quando se tratam de questões relacionadas a invasões de competências executivas ou legislativas. Como pontua Llorente (2001, p. 347-349), a natureza política dos órgãos legitimados e a abstração da via, denotam uma forte carga política ao recurso, fazendo prolongar uma disputa polêmica nas câmaras legislativas entre minoria e maioria. Mais difícil é defender o caráter objetivo dos recursos diretos quando se tratam de conflitos entre centro e periferia, porquanto o autor do recurso está defendendo suas próprias competências, ainda que não seja um direito subjetivo. Portanto, tal via de controle se apresenta como essencial para a governabilidade de um Estado com características de Estado repartido e, ainda que o autor do recurso defenda sua competência constitucionalmente assegurada, a contenda tem conotações inegavelmente subjetivas. Por esta razão, a via das queixas constitucionais (de ampla legitimidade, ainda que de cabimento dificultoso) tem sido a via mais utilizada para resguardar os direitos fundamentais na Espanha e Alemanha por meio da eliminação de preceitos contrários à Constituição (LLORENTE, 1997, p. 482). Portanto, mesmo nos países europeus que adotam o efeito vinculante constitucional, a via mais importante para o controle de constitucionalidade é de ampla legitimidade, permitindo o acesso de questões mais específicas relacionadas com o trato dos direitos fundamentais através dos próprios cidadãos, na interpretação que fazem dos precedentes oriundos da jurisdição ordinária.

³⁴⁹ Nos mais importantes países europeus, por exemplo, as sentenças que declaram a constitucionalidade de uma lei não produzem efeitos vinculantes (LLORENTE, 1997, p. 478).

alterações na interpretação da norma constitucional poderão demonstrar que a lei, antes constitucional, a partir de determinado momento, será contrária à constituição³⁵⁰. Especialmente se direitos fundamentais estiverem em questão.

³⁵⁰ Apesar de redundante a dicção constitucional (as decisões confirmatórias de constitucionalidade deveriam emanar apenas efeitos de coisa julgada, não *erga omnes*. Isto por conta do conseqüência lógico de que as leis são, em sua origem, presumidamente constitucionais. Diferenciando-se, assim, portanto, das decisões de inconstitucionalidade, que, realmente, se afiguram como exceção à atividade do poder legislativo. O que impediria de lhes atribuir força de lei a este juízo de confirmação de constitucionalidade de lei que já vinculava *erga omnes*), entendemos que a ADC está sob o efeito da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, sua eficácia se mantém enquanto subsistirem os pressupostos de princípio que embasaram a decisão, ou seja, pode se alterar quando alteram os parâmetros interpretativos do precedente, enfraquecendo sua força gravitacional.

Conclusão

Tendo em vista que muito das considerações conclusivas foram feitas nas últimas seções do último capítulo, reservamos esta parte do trabalho para consolidá-las de maneira mais reduzida.

Para melhor compreender como nosso sistema de controle de constitucionalidade funciona, foi necessário revisar as questões teóricas e políticas que circunscrevem os modelos europeu e norte americano, para concluir que tais modelos não se apresentam de maneira sobreposta em nosso país, uma vez que ambos surgiram com base em proposições teóricas divergentes, especialmente, acerca do papel da Constituição e a forma bastante diversa como tais modelos foram recepcionados e institucionalizados (as disposições constitucionais que dele tratam, as considerações teóricas dos juristas sobre a questão, a jurisprudência constitucional sobre o tema) nos países que adotaram modelos de controle de constitucionalidade das leis prejudica a conclusão de que os modelos clássicos foram lá implantados, ainda que com modificações substanciais. Portanto, é melhor tratar do problema como uma questão de interpretação do funcionamento do sistema, não como se aquele se constituísse como a sobreposição de dois modelos alterados ou defasados, desautorizando, por essa razão, interpretações que consideram que um modelo específico poderia preponderar sobre outro.

Ao demonstrar que a jurisdição constitucional é bastante particular aos ordenamentos que a institucionaliza, interpretar um determinado ordenamento jurídico e o modo com que a administra sob o prisma de concepções de diferentes pressupostos teóricos, como os modelos europeus e norte americanos e, ainda pior, considerar que determinado sistema é uma sobreposição daqueles, tende a ofuscar a pluralidade de meios com que a jurisdição constitucional pode ser exercida, bem como a necessária articulação que deve haver entre as diversas formas de controle de constitucionalidade.

O desconhecimento de importantes questões teóricas acarreta o fracasso de quaisquer classificações que insistam na ideia da justaposição. A categoria do controle misto é uma concepção baseada na consagrada classificação de Cappelletti (1992), que considerou a mistura como se fosse justaposição dos modelos clássicos. Nesse sentido, afirmar uma preponderância do controle concentrado apenas seria possível (estamos trabalhando com a argumentação da sobreposição), em face de uma limitação do controle difuso, ou seja, do monopólio do STF para a declaração de (in) constitucionalidade. No entanto, nenhuma interpretação plausível de nossa prática constitucional permite que possamos endossar tal

entendimento, pois, além do efeito vinculante não poder ser interpretado como um instituto que impede o controle difuso, em face da defesa dos direitos fundamentais, nem todas as questões que envolvem a fiscalização de constitucionalidade de atos públicos dos entes federados são sindicáveis perante o STF, que, além de não decidir importantes questões locais, em razão da jurisdição constitucional do estado membro ser competente para tanto, não detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis, competência que compartilha com os demais órgãos do poder judiciário, ou seja, não é o único órgão a produzir precedentes constitucionais, que devem, portanto, ser harmonizados.

Retomando um ponto importante exposto na introdução: podemos afirmar, com conforto, que o efeito vinculante foi criado em nosso país (juntamente com inúmeros outros mecanismos de vinculação formal à jurisprudência ou súmulas dos tribunais superiores) para diminuir o número de demandas repetitivas e o tempo de julgamento dos processos em todas as instâncias e órgãos do Poder Judiciário. Entretanto, tal mecanismo, como estudado ao longo do trabalho, não será efetivo para evitar que o sistema se emperre ou ganhe mais agilidade, caso seja interpretado partindo de pressupostos positivistas.

Os precedentes dotados de eficácia vinculante constitucional não tornam a tarefa do intérprete mais *ösimplesö*, como se toda decisão datada do referido efeito pré-normatizasse o sentido do texto, oferecendo critérios absolutos de aplicação aos casos futuros (STRECK, 2009, p. 204). A carga vinculante de um precedente não é medida ou atestada pela simplicidade e/ou precisão de seus textos, como se a linguagem com que fossem formulados pudesse *öcontrolarö* sua interpretação e sua força gravitacional. Textos geram normas, que geram novos textos. Mas estes últimos novos textos não são apenas significantes pré-produzidos. Não fosse assim, a simples incorporação ao sistema jurídico da figura do precedente vinculante constitucional resolveria o problema da multiplicação das demandas e da falta de coerência nas decisões. Os precedentes vinculantes são considerados, de acordo com tal perspectiva, como *prêt-à-porters* que emulam a força de lei e, ao serem assim considerados, tais pequenos significantes transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra, como se pudessem ser *öaplicadosö* por mera subsunção (STRECK, 2009, p. 326-329).

A compreensão dos precedentes vinculantes como regras, partindo das premissas positivistas da interpretação, revela a necessidade de que haja a *öfixaçãö* de critérios para *öaplicaçãö* do efeito vinculante. Em outras palavras, o efeito vinculante constitucional dos

precedentes é visto como um conceito criteriológico, não interpretativo³⁵¹. Ou seja, a maioria da doutrina compartilha a compreensão de que somente podemos falar em efeito vinculante dos precedentes quando concordamos com uma definição ó aproximada ou precisa ó que estabeleça os critérios para a aplicação correta do termo ou frase a eles associados, ou seja, o efeito vinculante teria o condão de estabelecer critérios corretos para aplicação do precedente nos casos, como se contivessem, partindo de uma lógica matemática, uma ãlistaõ de casos prontos para serem õsubsumidosõ.

Nesse sentido, ainda que o sistema jurídico nacional não esteja sustentado na análise dos precedentes, do mesmo modo que na *Common Law*, é necessário ter em vista que tal circunstancia não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Todavia, a teoria positivista ainda reina nos fóruns e nas bancadas acadêmicas brasileiras, acarretando errôneas compreensões acerca da hermenêutica dos precedentes, que ganharam papel de maior destaque nos últimos na jurisdição constitucional brasileira, especialmente, em face do efeito vinculante. A superação da teoria positivista, portanto, é um imperativo.

O princípio da igualdade na aplicação do direito é importante na compreensão dos precedentes, uma vez que reconhece que as normas não possuem interpretações prévias e constantes, mas sustenta que aquelas sejam feitas levando em consideração o princípio jurídico que justifica o precedente, que emerge, justamente, da interpretação das normas jurídicas. Portanto, trata-se de uma exigência política de uma comunidade fraternal a igual consideração por todos os seus cidadãos, o que significa dizer que seus direitos e deveres não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas que cada pessoa está submetida às responsabilidades advindas desses princípios, ainda que não tenham sido formalmente declarados ou identificados. Portanto, o direito é um meio legítimo de impor a força da coerção estatal em casos posteriores com base em precedentes, porquanto representam o desenvolvimento das obrigações por meio dos princípios políticos e morais da comunidade.

Os precedentes, por se consubstanciarem como normas principiológicas, ou seja, o caráter normativo lhe é ínsito, as vinculações que deles emanam podem ser de cunho intelectual, quando inexistem mecanismos formais que imponham tal vinculação normativa e de cunho dissuasivo, quando mecanismos formais de vinculação determinam a cassação do ato judicial que os contrariar. Portanto, de tais conclusões, podemos colher que mais

³⁵¹ Sobre os conceitos criteriológicos, ver Dworkin (2010).

importante no estudo do precedente serão as consequências da vinculação dissuasiva do que as discussões quanto ao grau hierárquico do órgão que produziu o precedente.

Uma das principais contribuições da teoria de Dworkin para o trabalho e, de forma lógica, para o trato com os precedentes, são suas teorias acerca da interpretação jurídica. Partindo do pressuposto de que o conceito de direito é interpretativo e, portanto, de seus institutos, podemos nos desvencilhar dos desenganos proporcionados pelos métodos ou critérios objetivos. Ou seja, buscar um método universal de extração de fundamentos determinantes, um método capaz de determinar uma norma de decisão, um método da interpretação constitucional ou, ainda, tentar criar uma pauta de critérios objetivos que devem coincidir com o objeto da investigação, para afirmar que estamos diante de uma *ratio decidendi* ou de um princípio constitucional válido apenas contribuiria para a perpetuação de concepções problemáticas da hermenêutica jurídica e, dificilmente, poderiam explicar como os ministros do STF divergem acerca da interpretação da constituição.

Daí porque a preocupação da teoria de Dworkin e, por extensão, nossa também, em oferecer bases normativas filosóficas e políticas (que se baseiam nos aspectos práticos do raciocínio jurídico) que determinam exigências e justificativas para alcançar a veracidade das proposições jurídicas, ao invés de um método que falharia, miseravelmente, em explicar mais do que meia dúzia de casos. Nesse sentido, a leitura moral da Constituição reconhece as inarredáveis imbricações dos argumentos jurídicos com a moralidade política de uma comunidade, tornando, portanto, inescapável que os princípios constitucionais sejam justificados com base em argumentos morais daqueles que o interpretam. A referida constatação nos permite que nos ocupemos mais em fortalecer e buscar as melhores justificações dos princípios que perfazem um precedente, de uma maneira integrativa, do que em argumentos sobre uma possível manipulação dos precedentes pelos ministros, de acordo com suas preferências políticas³⁵².

A interpretação das normas constitucionais é realizada nos votos dos ministros e nas discussões que realizam sobre pontos específicos acerca da interpretação que sustentam perante o plenário. A leitura moral que realizam é o fundamento determinante de um precedente, inclusive daquele precedente dotado de eficácia vinculante dissuasiva

³⁵² Uma vez mais, não estamos afirmando que isso não possa ocorrer. Mas, devemos lembrar que se os precedentes fossem aplicados automaticamente, os ministros que o formularam não teriam, supostamente, como divergir sobre eles. Caso a interpretação do precedente for manipulativa e escusa, os argumentos podem ser derrubados por outros, advindos da integridade. Por exemplo, podemos dizer que a interpretação do precedente não se ajusta às interpretações feitas anteriormente ou que tal precedente não justifica outras decisões que compartilham o mesmo princípio, demonstrando que a leitura moral feita pelo ministro não apresenta o precedente sob sua melhor luz.

constitucional. Negar tal assertiva seria restringir os precedentes constitucionais produzidos na via direta às declarações de (in) constitucionalidade. Portanto, ainda que tenha negado a tese da transcendência dos fundamentos determinantes, devemos interpretar tal posicionamento, para que possamos extrair uma justificativa mais coerente com a prática do tribunal, dos princípios constitucionais e de uma teoria da interpretação, pois muitas decisões em Reclamação Constitucional que envolvem a interpretação da constituição não poderiam ser explicadas se considerássemos que o efeito vinculante se restringe, somente, à parte dispositiva do julgado.

Os fundamentos determinantes do precedente possuem uma força gravitacional, que permite que seus princípios sejam interpretados, de forma coerente com os postulados da igualdade na interpretação do direito. A vinculação formal imposta pela Constituição aos precedentes através do efeito vinculante não vincula o legislativo, nem mesmo as atividades legislativas do Poder Executivo, o que demonstra que o sobredito não inviabiliza, inutiliza ou desencoraja interpretações constitucionais realizadas pelos demais poderes da República e não poderia fazê-lo em relação ao judiciário. O que o judiciário está impedido de fazer é revogar o precedente, não interpretá-lo.

Considerando que os fundamentos determinantes devem ser reconstruídos a cada nova interpretação, com a atribuição do sentido normativo, a questão da identidade ou diferença entre os casos não estará na verificação, apenas, do texto da decisão, que pode levar a decisões dúbias, mas sim no princípio que fundamenta e justifica a decisão paradigma, pois os precedentes, encarados como normas jurídicas de cunho principiológico, impossibilitam considerações discricionárias de criação de obrigações, pois partem do pressuposto de obrigações que são construídas, ainda que não tenham sido explicitadas anteriormente, em função dos direitos morais dos indivíduos e da igualdade na aplicação de tais obrigações para todos, portanto, não conceder um direito moral por conta de estratégias pragmáticas (tais como as teorias do precedente formuladas por Sunstein) viola um direito anterior importante que é o direito político de que as decisões políticas passadas sejam interpretadas e aplicadas de forma consistente com princípios constitucionais e de forma igualitária a todos.

Para que possamos debater sobre um fundamento determinante de um precedente do STF, devemos considerar que a tese que for eleita pelo tribunal como a mais forte, geralmente no voto do relator ou no voto que abre a divergência, é a tese a ser reconstruída, na forma de um princípio, designada como fundamento determinante.

Nesse ponto, a recusa em atribuir efeitos vinculantes transcendentais mais amplos por parte do STF aponta para um reforço do controle difuso, na medida em que a limitação da

reclamação a casos estritamente idênticos aos decididos anteriormente pelo STF (ainda que conheça de reclamações que extrapolam a parte decisória) permite que a interpretação principiológica do precedente e seu desenvolvimento ocorra no controle difuso, ainda que a observância ao precedente vinculante constitucional permaneça. Dessa forma, a reclamação desempenha um importante papel na interpretação destes precedentes vinculantes dissuasivos e, ainda que o STF tenha afirmado que a Reclamação esteja inserida no direito de petição, uma interpretação construtiva de seus precedentes demonstra que sua melhor interpretação, apresenta a Reclamação como uma ação constitucional. Portanto, a ação reclamationária, enquanto processo subjetivo, permite que os legitimados a sua propositura possam manejá-la como importante instrumento para a interpretação dos precedentes vinculantes, na medida em que esta servirá como mecanismo capaz de manter as vias abertas para uma possível distinção ou revogação do precedente vinculante por parte do STF.

Como visto, ainda que as considerações hermenêuticas expostas no corpo do trabalho tenham demonstrado que um precedente vinculante dissuasivo não se aplica automaticamente, nossa doutrina, a prática do STF e a constituição demonstram que aqueles precedentes vinculam a administração e os órgãos do poder judiciário de alguma maneira. Conforme o exposto acima, a força gravitacional é imanente a todos os precedentes, que exercem força normativa por seus fundamentos, o que nos leva a concluir que alguma categoria deve distinguir a vinculação daqueles precedentes.

Com efeito, podemos isolar um elemento que funciona como uma premissa imediatamente anterior à parte dispositiva, que seria a norma de decisão. A referida norma seria uma racionalização da fundamentação do pensamento da corte, não como algo distinto do fundamento determinante, mas que funciona como uma proposição jurídica que se encontra na fundamentação do voto (ainda assim, extrapolando a parte dispositiva) apta a sustentar a conclusão do tribunal sobre a inconstitucionalidade/constitucionalidade do ato impugnado.

Por fim, devemos ter em mente que o precedente dotado de efeito vinculante formal dissuasivo possui sua legitimidade de aplicação enquanto proteger o direito à igualdade, com base em seus fundamentos. Esta é uma das razões pela qual a força gravitacional é explicada por meio de princípios que permitem o desenvolvimento e constantes densificações quanto ao seu conteúdo. Portanto, aplicações desmedidas da compreensão de uma preponderância do precedente concentrado e sua pretensa carga suficiente de sentido, como se todas as respostas aos casos estivessem cometidas nele, podem dar azo a flagrantes desrespeitos ao direito a se ter um tratamento desigual, na medida em que a generalidade em que são postas as

interpretações feitas em sede de controle concentrado impedem que o STF conceba, ainda que hipoteticamente, todas as possibilidades de incidências do precedente.

Referências

ARAÚJO, Antônio de; PEREIRA, J. A. Teles. A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 21-38, jul./dez., 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cidade do México, ano 19, n. 57, p. 837-852, set./dez., 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.). *Interpreting precedents: a comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: EdUNB, 1999.

_____; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional ó inventario y crítica. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BON, Pierre. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia: ¿solución o problema?. *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 23, p. 313-325, 2009.

BONORINO, Pablo Raúl. *El Imperio de La Interpretación: Los Fundamentos Hermenéuticos de La Teoría de Dworkin*. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. Propositiones de derecho: ¿es realmente ininteligible la teoría de Dworkin?. *Doxa*, Alicante, n. 23, p. 483-501, 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BIX, Brian. *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAJAS SARRIÁ, Mario Alberto. Minimalismo judicial: Cass Sunstein em La Corte Constitucional. *Cuestiones Constitucionales*. México, n. 20, p. 277-303, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e novas intranquilidades discursivas: do melhor método a melhor teoria. *Fundamentos: cadernos monográficos de teoria Del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo, n. 4, p. 425-439, 2006.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade, in SARMENTO, Daniel. (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 28, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: SAFe, 1992.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis et al. (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "Constitutional Justice". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Cidade do México, v. 37, n. 14, p.35-66, 1968.

CARRAZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARILLO, Marc. La cuestión prejudicial Y otras garantías de los derechos, en la reforma de la constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008. *Estudios Constitucionales*. Talca, ano 8, n. 2, p. 587-600, 2010.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. *Doxa*, Alicante , n. 12, 1992.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o supremo tribunal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 5, p. 45-66, 2009.

_____. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a Possibilidade de um Discurso* Instituinte de Direitos. Curitiba: J.M., 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORWIN, Edward S. *A constituição norte americana e seu significado atual*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent. *New York University Law Review*. Nova York, v. 80, n. 4, p. 1156-1206, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE LA VEJA, Augusto de Martín. Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los limites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes. *Teoria y Realidad Constitucional*. Madrid, n. 11-12, p.367-399, 2002.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. La solución italiana al problema de la jurisdicción constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 84, p.67-95,1955.

DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Bahia: Jus Podium, 2007.v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

_____. A reclamação no processo civil brasileiro. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.v.6.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. In praise of theory. *Arizona State Law Journal*, Arizona, n. 29, p.353-376,1997.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe It. *Philosophy and Public Affairs*, Nova Jersey, v. 25, n. 2, p.87-139,1996.

_____. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Nova Jersey, v. 3, n. 1, p.02-11,1995.

_____. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, Alberta, v. 28, n. 2, p.324-346,1990.

_____. Legal theory and the problem of sense. In. GAVISON, R (Org.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 09-20.

_____. "Natural" law revisited. *University of Florida Law Review*, Florida, v. 34, n. 2, p.165-188, 1982.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma Y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1985.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRARI, Regina Maria M. Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

- FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V.1.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. Tendencias actuales del derecho. In: FERNANDÉZ, José Luis Soberanes (Org.). *La Justicia Constitucional Latinoamericana*. 2. ed. México: UNAM, 2001.
- FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial constitution to the minimal constitution. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 75, n. 6, Maio, p. 2.885-2.920, 2007.
- FROMONT, Michel. La diversité de la justice constitutionnelle en europe. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 9, p.89-103, 2005.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.
- GÓES, Gisele. Reclamação constitucional. In. DIDIER, Fredie Jr.(org.). *Ações Constitucionais*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROPPI, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 62, p. 33-54, 2005.
- _____. A justiça constitucional em Itália. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, Abr/Jun, p.79-90, 2004.
- GUERRA, Luis López. La fuerza vinculante de la Jurisprudencia. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Navarra, n. 442, p.01-04, 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. California: Stanford University Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montivideu, p. 299-325, 2004.Tomo 1.
- HESSE, Konrad. El tribunal constitucional federal en la ley fundamental de bonn. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 9, p. 141-151, 2005.

_____. *Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedent. In: HERSHOVITZ, Scott (Org.) *Exploring Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Monia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEAL, Pastora Do Socorro Teixeira. A vinculação da interpretação judicial: aspectos constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 43, p. 209-277, 2003.

LEAL, Roger Stiefelman. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, 2006a.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006b.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999.

LLORENTE, Francisco Rubio. Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en europa. In: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (Org.). *Tendencias Actuales Del Derecho*. 2. ed. México: UNAM, 2001.

_____. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____;ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Execução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting precedents: a Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

MAUÉS. Antonio G. Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez., p. 356-384, 2010.

_____. Perspectivas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no brasil. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, n. 10, 2009.

_____. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Org.) *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 83-97.

_____; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no brasil: As ADIns dos partidos políticos. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, jul/set, p.31-50, 2004.

_____; COLARES, Patrick Menezes. A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 39, p.251-266, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004

MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua Aplicação para o Respeito da Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A Reclamação prevista na constituição federal. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 441-452.

MOREIRA, Vital. O tribunal constitucional português: a fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. *Revista Direito Público*, Porto alegre, v. 1, n. 3, Jan/Mar, p.62-88, 2004.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob Princípio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo. Atlas. 2005.v.1.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR. Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PACHÚ, Cláudia Oliveira. Da reclamação perante o supremo tribunal federal. *Revista da ESMAP*, Recife, v.9, n. 20, Jul/Dez, p.153-183, 2004.

PAGES, Juan Luis Requejo. Juridicidad, precedente y jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 10, n. 29, maio/agosto, p.223-242, 1990.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PECZENIZ, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting precedents: a Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 42, n. 165, jan/mar, p.59-76,2005.

- _____. *La Justicia Constitucional: Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004a.
- _____. (prólogo). ASTUDILLO REYES, Cesar Iván. *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México: UNAM, 2004b.
- _____. Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, n. 2, p.131-158, 2004c, .
- PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review*. Nova York, v. 100, n.6, Out., p. 1454-1.574, 2000.
- PINTO, José Delgado. La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis e valoración. *Derechos Y Libertades*. Madrid, n. 11, p. 15-43,2002.
- QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da constituição, frente às cláusulas pétreas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Ano 13, n. 52, julho/setembro, 2005.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- RIVAS, Juan José González. *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. *Jurisprudência, modelo da experiência jurídica*. São Paulo: Resenha Universitária, 1975.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANCHES, Sidney. *Uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- SARTOR, Giovanni. Il precedente giudiziale. *Contratto e Impresa*, Padova, n. 11, p.234-275, 1996,
- SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- _____. Los inicios de la constitucionalidad en iberoamérica: del control político al control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 17, n. 49, enero/abril, p.79-118,1997.
- SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the supreme court bar. *Michigan Law Review*, Michiigan, v. 103, n. 8, Agosto, p. 1.951-2.019,2005.

SIERRA BOCANEGRA, Raul. Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones Del tribunal constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 1, n. 1, Jan./abril, p. 235-274, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 6, Jan/Dez, p. 09-19, 2002.

_____.Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n 3, Enero/Diciembre, 1999,p.09-29.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o Senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Francisco da Cunha. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Ano 15, n. 59, abril/junho, 2007.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

STEILEN, Mathew. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of õshallownessö. *Seattle University Law Review*, Seattle, v. 33, n. 2, p. 391-435, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass. Virtudes e veredictos: un comentario sobre *Justice in Robes*, de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 1, Julho, p. 45-54,2008.

_____. Second-order perfectionism. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 75, n. 6, Maio, p. 2.867-2.883, 2007..

_____. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, California, v. 58, n. 6, Abril, p. 1.899-1.918, 2006.

_____. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 104, n. 1, out., p. 129-135, 2005.

_____. *One case at time: judicial minimalism on the supreme court*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TARUFFO, Michele. Poderes Probatorios de las partes Y Del Juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Santa Fe, nº 10, 2007.

_____. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

_____; LA TORRE, Massimo. precedent in italy. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad: especial referencia a américa latina. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, jan/jun., p. 29-39, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.v.4.

VALDES, Roberto L. Blanco. *El valor de la constitución*. Madrid: Editorial Alianza Universidad, 1994.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 195-207, 2004.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918 ó 1939). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci. escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, Jan/Jun., p. 21-44, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.