



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

JAIR SÁ MAROCCO

**O STF COMO CORTE INTERPRETATIVA: REPERCUSSÕES NA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE (PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E
TIPOLOGIA DECISÓRIA)**

Belém, PA
2016

JAIR SÁ MAROCCO

**O STF COMO CORTE INTERPRETATIVA: REPERCUSSÕES NA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE (PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E
TIPOLOGIA DECISÓRIA)**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em direito pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Área de concentração: Constitucionalismo, Democracia e direitos fundamentais, e linha de pesquisa Processo Civil

Orientadora: Prof^a. Dr^a Rosalina Moitta Pinto

Belém, PA
2016

Internacionais de Catalogação de Publicação (CIP)
Biblioteca do ICJ

Marocco, Jair Sá

O STF Como corte interpretativa: repercussões na decisão de inconstitucionalidade (precedentes constitucionais e tipologia decisória)/Jair Sá Marocco; Orientadora, Rosalina Moitta Pinto. – 2016.

100 f. il.; 29 cm.
Inclui bibliografias

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Belém, 2016.

1. Corte Interpretativa. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Formação de precedentes. 5. Tipologia da decisão de constitucionalidade. I. Pinto, Rosalina Moita, Orientadora. II. Título

CDD 22. 341

JAIR SÁ MAROCCO

**O STF COMO CORTE INTERPRETATIVA: REPERCUSSÕES NA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE (PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS E
TIPOLOGIA DECISÓRIA)**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em direito pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Área de concentração: Constitucionalismo, Democracia e direitos fundamentais, e linha de pesquisa Processo Civil

Belém, 16 de agosto de 2016.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a Rosalina Moitta Pinto
Orientadora – UFPA/ICJ

Prof^o Dr^o. Ronald Corecha Bastos
Examinador Interna – UFPA/ICJ

Prof^a. Dr^a. Patrícia Kristiana Blagitz Cichovski
Examinador Externa – CESUPA

A Jair Marocco (in memorian).

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não seria possível sem o crescimento intelectual propiciado pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA), as disciplinas cursadas e o apoio bibliográfico.

Foi igualmente importante o Curso de Pós-graduação em Justiça Constitucional realizado em Pisa – Itália, no mês de janeiro de 2016, sob a coordenação científica do Prof. Dr. Roberto Romboli.

Agradeço, igualmente, ao apoio de minha família e a minha orientadora, pela paciência e dedicação.

RESUMO

O presente trabalho analisa de que forma as decisões de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), formam precedentes; mais especificamente, analisa a distinção entre os efeitos da decisão decorrentes do sistema difuso de constitucionalidade e o sistema concentrado e a respectiva formação de precedentes vinculante num e noutra caso. Com base na atual referência jurisprudencial e doutrinária, faz críticas ao sistema vigente e propõe uma nova roupagem legislativa para o tema, baseando-se no direito comparado. Na segunda parte, propõe uma tipologia da decisão de inconstitucionalidade que abarque as duas grandes formas citadas de controle de constitucionalidade – modelo *kelseniano* e *marshalliano*, com base na distinção consagrada entre *texto* e *norma*. Os dois pontos acima são precedidos por análise teórica de alguns dos pressupostos para a compreensão do STF como Corte Interpretativa, notadamente o papel da criação do direito via jurisprudencial.

Palavras-Chaves: Corte Interpretativa. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Formação de precedentes. Tipologia da decisão de constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper analyzes how the constitutionality of decisions by the Supreme Court (STF) were precedents; More specifically, it analyzes the distinction between the effects of the decision resulting from diffuse system of constitutional and concentrated system. Based on the current jurisprudential and doctrinal reference, is critical of the current system and proposes a new legislative garb for the theme. The second part proposes a typology of unconstitutionality decision that encompasses the two major forms of cited constitutional control - Kelsen model and marsshalliano, based on the distinction between text and consecrated standard. The above two points are preceded by theoretical analysis of some of the presuppositions for understanding the Supreme Court as Court Interpretative, notably the role of creating the right judicial decision.

Key Words: Court Interpretative. Judicial Review. Supreme Court. Previous training-constitutional decision of the typology.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O STF COMO CORTE INTERPRETATIVA	12
3	CORTE INTERPRETATIVA E AS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – OS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS	21
3.1	Os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade no controle abstrato (erga omnes) e no controle difuso (inter partes) e a tendência de unificação dos efeitos num e noutro caso: desenha-se um sistema de respeito aos precedentes no país	25
3.1.1	Alguns problemas no que diz respeito à divergência de efeitos no controle abstrato e no controle difuso.....	25
3.1.2	Adoção do princípio stare decisis à brasileira?.....	31
3.1.3	O sistema de precedentes e a eficácia vinculante nos controle difuso e concentrado de constitucionalidade: a situação atual.....	41
3.1.3.1	<i>A formação de precedentes vinculantes no controle concentrado de constitucionalidade: a reclamação constitucional e o rechaço à teoria dos motivos determinantes</i>	41
3.1.3.2	<i>A formação de precedentes vinculantes no controle difuso de constitucionalidade: efeito expansivo, recursos extraordinários e súmulas vinculantes</i>	46
3.1.4	Algumas observações críticas ao modelos brasileiro de precedentes vinculantes: uma proposta de conformação legislativa. A consolidação da distinção entre precedente com eficácia vinculante e precedente com eficácia expansiva.....	51
3.1.4.1	O precedente constitucional peruano e suas lições ao Brasil.....	54
4	POR UMA TIPOLOGIA DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDAD	61
4.1	<i>Análise dos elementos da sentença constitucional</i>	62
4.2	<i>Sentença Interpretativa</i>	64
4.2.1	A interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto.....	68
4.2.2	A questão da discussão da constitucionalidade em tese: ação declaratória de inconstitucionalidade (ADC) e ação direta de controle de constitucionalidade (ADI) arguição de preceito fundamental (ADPF).....	69

4.3	Sentença eliminativo-negativ.....	72
4.4	<i>Sentença manipulativa.....</i>	72
4.4.1	Manipulação e Sentença aditiva: tutela em face da omissão legislativa....	76
4.5	Transformações no ordenamento jurídico.....	92
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
	REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

A atividade criativa por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) é fenômeno que se mostra cada vez mais evidente. Embora haja certa resistência a admitir, tal atividade mais se aproxima de verdadeira criação do direito.

O presente trabalho tem como objetivo propor uma tipologia da decisão de inconstitucionalidade, que abarque as duas grandes formas operadas pelo STF para o controle de constitucionalidade das leis (controle concentrado x controle difuso). Bem assim, busca-se analisar de que forma tais sentenças podem influenciar o judiciário brasileiro no que diz respeito à formação de precedentes, analisando, para isso, as recentes reformas legislativas e as decisões da própria Corte.

O móvel principal do escrito reside na constatação de algumas incoerências legislativas e jurisprudenciais relacionadas aos temas listados, que tem, infelizmente, propiciado insegurança jurídica, morosidade e ineficiência no que diz com a administração da justiça em nossa complexa federação.

Com efeito, reputa-se de gravidade a questão da disparidade interpretativa entre o STF e os demais juízes brasileiros, mesmo quando o primeiro tribunal tenha decisão pacificada e tomada por maioria, situação essa que diz com a ausência de respeito aos precedentes da Corte. Se a decisão de legitimidade das leis é matéria que cabe, sobretudo, à Suprema Corte brasileira, parece despropositado ao legislador veicular efeitos vinculantes levando-se em conta o tipo de ação ou a um modo específico de discussão dentro da Corte (é o caso, por ex., da súmula vinculante).

Por que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade se ligam com o *meio processual* o qual se discute a lide (se discutida em Recurso Extraordinário seus efeitos são *inter partes*; se discutida por uma ação direta de inconstitucionalidade, possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes)? Ou em que medida é coerente discriminarem-se os efeitos da decisão de inconstitucionalidade levando-se em conta o modo de controle (por ocasião de uma controvérsia ou modelo americano-*marshalliano* x discussão de forma direta ou modelo *kelseniano*)? Por que o precedente judicial deve ser distinto em um e outro caso?

Por sua vez, é possível o desenho de uma tipologia única da decisão, que abarque as duas formas de controle de legitimidade das leis citadas, afinal, no fim das constas, não é tudo controle de legitimidade das leis? Embora seja discussão consagrada na doutrina a distinção entre disposição e norma, não se vê nenhuma proposta sistematizada que leve em conta como

premissa no desenho da tipologia da decisão de inconstitucionalidade. Se uma coisa difere da outra, essas podem ser cotejadas separadamente, vale dizer: “usar” uma norma não é mesmo que “usar” uma disposição.

O trabalho divide-se em três partes.

Na primeira parte, analisa-se brevemente (alguns) dos pressupostos para a compreensão do Supremo Tribunal Federal como Corte Interpretativa.

Na segunda parte, o autor enfrenta alguns problemas relacionados à disparidade interpretativa no que diz com o controle concentrado (exercido pelo STF) e o controle difuso, nomeadamente, a incoerência da ausência de uma técnica similar ao *stare decisis* no Brasil. Analisa-se criticamente a situação atual brasileira no que diz respeito aos precedentes com caráter vinculante.

Na última parte, defende-se uma tipologia única da decisão de inconstitucionalidade, que abarque as duas grandes formas de controle de legitimidade das leis previstas, levando-se em conta algumas premissas levantadas no primeiro capítulo, com destaque na já mencionada distinção entre *disposição* e *norma*.

2 O STF COMO CORTE INTERPRETATIVA

Ao realizar a jurisdição, o Supremo Tribunal Federal cria o direito. Essa criação se passa em dois planos distintos: no **plano constitucional** e no **plano legal** – o primeiro mediante a criação do conteúdo do preceito constitucional, já o segundo mediante o controle ou eliminação de um enunciado legal, de uma disposição ou de uma norma que confronte, contraste ou se mostre inconciliável com a Constituição.¹

Nesses dois planos, a atividade do órgão de cúpula do judiciário brasileiro é essencialmente interpretativa, vale dizer: parte-se de enunciados e criam-se as normas correspondentes. A interpretação, nesse sentido, é vista como um resultado da própria compreensão do texto interpretado. Na medida em que o texto escrito ganha autonomia em face de seu autor, precisa o intérprete, ao tentar compreendê-lo, superar a estranheza que dessa autonomia surge – há, aqui, um processo de reiluminação.² Ficou para trás a ideia de que a norma coincidia com o texto legal, havendo relação direta entre ambos³. Vale dizer: admite-se uma carga volitiva e decisória no processo de interpretação.

¹ LLORENTE. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 492.

² Gadamer (2004), *Verdade e Método I*, Terceira Parte) se vale da figura de um tradutor para fazer importantes observações quanto à tarefa de um intérprete ao lidar com um texto: “o tradutor tem, muitas vezes, dolorosa consciência da distância que o separa necessariamente do original”, esse só será um reconstituído caso consiga “trazer à linguagem o tema que o texto lhe mostra”, ou, equivale dizer, “significa que encontra uma linguagem que seja adequada não somente à sua língua, mas também àquela do original”, ao explicar que todo tradutor é intérprete, aduz que “o exemplo do tradutor que precisa superar o abismo entre as línguas mostra, com particular clareza, a relação recíproca que se desenrola entre intérprete e texto”. Para o autor, a interpretação é forma de compreensão, existindo, na linguagem escrita, certa autonomia: “a escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico, na medida em que, graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independentemente do escritor ou do autor, e do endereço concreto de um destinatário ou leitor”. A interpretação, assim, é uma atividade de reiluminação – quem interprete sempre realça uns aspectos em detrimento de outros. Há, portanto, sempre um elemento de estranheza (entre texto e intérprete) que precisa ser, tanto quanto possível, superado. Não obstante, a questão é como lidar-se com esses aportes da filosofia da linguagem no nosso direito moderno, sem ferirem-se os marcos centenários da divisão de poderes, Democracia, teoria política, etc. Se a norma decorre da interpretação de textos, acaba-se dando um papel de proeminência à jurisprudência e à atividade judicial, sobrelevando-se a atividade do judiciário e menosprezando os demais atores envolvidos. Embora, tal como será visto nos parágrafos abaixo, um sistema de precedentes vinculantes no Brasil seja um caminho crível a ser seguido, não se pode deixar de refletir, igualmente, que algumas conjunturas nossas diferem do modelo americano constitucional – uma delas diz respeito ao fato de que a Constituição americana dificilmente pode ser modificada, pelo o que, uma sociedade “em contínua modificação, o registro normativo das mutações é remetida à Corte Suprema que opera como oráculo” e, assim, “se a cultura jurídica norte-americana presta extraordinária atenção à Corte Suprema, não é necessário que ocorra o mesmo em países onde a Constituição vem modificada mais agilmente, e, portanto, como mais frequência” (Sabino Cassese, *Degli usi e abusi della giurisprudenza nell diritto pubblico*) – é o caso brasileiro, que conta com uma intensa produção legislativa, além do modificações constantes no texto da Constituição.

³ Riccardo Guastini aponta que a equivocidade dos textos normativos impõem que se distingam a “disposição” das “normas”, não havendo correspondência biunívoca entre ambos, apontando 3 razões principais a isso: a) enunciados normativos ambíguos podem expressar duas ou mais normas; b) enunciados normativos possuem

Nesse sentido, a atividade do intérprete mais se aproxima de um *reconstruir*:

a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecer limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídas pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual ⁴

Assim, pode-se afirmar que hoje é mais plausível defender-se: o intérprete reconstrói o sentido normativo a partir da disposição textual, sendo esse o seu ponto de partida (igualmente, a sentença criativa, diferentemente da lei, deve partir de disposição já existente).

Parece adequado, pois, a *teoria mediana*, que não descarta o caráter volitivo ínsito ao ato interpretativo, mas, igualmente, não descarta do produto imediato sobre o qual se passa essa atividade ‘volitiva’ dos intérpretes: os textos ou documentos.⁵ As teorias volitivas⁶ mais exageradas chegam a concentrar exclusivamente a atenção doutrinária na atividade dos intérpretes-aplicadores (no seu *farsi*, no *law in action*) – as Cortes – pregando que somente essas devem ser objeto de estudo e classificação.⁷

Tudo isso chama a atenção à distinção existente entre texto e norma.

Como anota Humberto Ávila, as normas são os sentidos construídos a partir da interpretação dos textos normativos, daí resultando que o dispositivo é objeto enquanto que as normas são o resultado. Mais ainda, não existe uma correspondência biunívoca entre os ambos “no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”⁸. Em igual sentido, explica Franco Modugno:

conteúdo de sentido complexo, podendo exprimir uma pluralidade de normas conjuntamente e c) o sistema jurídico estaria superpovoado de normas implícitas ou não expressas, vale dizer: normas as quais não corresponde nenhum enunciado – na acepção de que não foram formuladas por nenhuma autoridade normativa. ARACNE, Roma. Nuovi studi sull’interpretazione. Tradução ao espanhol contida na coletânea *Disposición vs Norma*, .Palestras, Lima: 2011. p.13-29

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 37.

⁵ Sobre o ponto, consulte-se: MODUGNO, Franco. Interpretazione Giuridica. *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, v. 18, p. 58, abr. 2001

⁶ À parte essas duas, também pode ser mencionada a teoria cognitiva: aqui o intérprete “conhece norma já produzida pelo legislador, norma que, portanto, preexiste à atividade interpretativa”; a interpretação seria atividade de mero conhecimento, cada enunciado possuiria um significado já correspondente. (MODUGNO, Franco, Op. cit. p. 58).

⁷ É o que talvez ocorra no realismo norte americano, que confunde o direito com o que ditado pelos tribunais. Porém, essa é uma limitação incompreensível, explica Sabino Cassese, principalmente quando se tem em mente a convicção do que realmente importa é a *law in action*; com efeito, o primeiro grande aplicador do direito seria o poder executivo, a administração pública e, igualmente, a sociedade em geral – seria um erro, pois, limitar-se ao estudo das decisões dos tribunais, olvidando-se os corredores ministeriais e a práxis social. (CASSESE, Sabino. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014. p. 16).

⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 33.

A superioridade (ou condicionalidade) da Constituição sobre a legislação não se resolve exclusivamente numa relação de validade-invalidade, porque as disposições normativas produzidas por fontes diversas tornam-se norma somente após a interpretação dos (atribuição de significado aos) enunciados linguísticos produzidos pelo legislador. Se não existe ainda a norma não se pode discutir sobre a validade-invalidade. É a norma, e não a disposição, que pode ser válida ou inválida.⁹

No Mandado de Injunção 721, o Ministro Eros Grau anotou que:

o que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

O mesmo ministro, no julgamento da Reclamação 4335/AC, aduziu que:

[...] a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido --- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete "produz a norma"

Essa distinção não deixa de ter um substrato prático notável estritamente relacionada à atividade judicial. Crisafuli explica que desde o início do funcionamento da Corte constitucional italiana (1956), essa já afirmava “poder livremente interpretar”, desvinculada de qualquer prévia interpretação dada na questão de constitucionalidade seja no processo principal ou incidental de discussão de constitucionalidade. Pode, então, a Corte, proferir sentença interpretativa, rejeitando a dúvida acerca da inconstitucionalidade, “mas apenas na medida em que” o verdadeiro significado normativo do texto (ou textos) seja aquela a qual a Corte lhe atribuiu¹⁰. Daí por que se consagrou a jurisprudência no sentido de que a Corte Constitucional italiana “*giudica su norme, ma pronuncia su disposizione*” e que a “disposição constitui o necessário veículo de acesso da norma ao controle jurisdicional da Corte” (Sentença 84 de 1996). Realmente, a experiência jurídica logo demonstrou que a mera indicação do texto legal nem sempre era o bastante e suficiente a “*individuare la vera questione*”¹¹ no controle de normas.

Até porque os sentidos das palavras não são unívocos, ou melhor, quase todas as palavras possuem sentidos potencialmente equívocos. Como explica Engisch, “os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito”, resumindo-se praticamente aos

⁹ MODUGNO, Franco. Difesa dell'interpretaione conforme a costituzione. *Rivista Associazione italiana dei Op. cit.*

¹⁰ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 5. ed. rev. Padova: CEDAM, 1984. p. 397-398, 404.

¹¹ CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale Plurale*. Milano: Giuffré, 2012. p.108.

conceitos numéricos; o que predomina na vida do direito, ao contrário, são os conceitos indeterminados “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”.¹² James Madison, em *O Federalista*, já aduzia que “não há lei nova que não possa dar lugar a indecisões e equívocos até que o seu verdadeiro sentido tenha sido determinado por uma longa série de discussões e aplicações particulares”, expondo ainda que isso ocorre “por mais precisos que sejam os termos em que foi concebida e por mais madura que fosse a deliberação com que foi organizada”.¹³

Daí por que não parece ser plausível que, na vida do Direito, exista uma única solução correta para os problemas interpretativos¹⁴. Expõe Mitidiero que a:

interpretação é um processo que visa à redução da equivocidade do enunciado e definição da norma que se última mediante uma escolha – ainda que lógica e argumentativamente guiada – do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível¹⁵.

A reforçar, indica-se o instituto da *opinião dissidente*: é normal que os juízes não concordem com as soluções interpretativas dentre de uma Corte. O juiz Robert Jackson, que ocupou cadeira na Corte americana, anotou que a Corte Suprema não era infalível porque tinha a última palavra, mas, justamente por haver a última palavra, a Corte era infalível (“*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”, *Brown vs Allen*, 1953). A necessidade de dar-se um fim à discussão judicial, que geralmente coincide com o *decisum* da Corte de cúpula, é que torna a Corte Suprema “infalível”.¹⁶

De sua volta, a ideia de um judiciário submetido somente à lei também não se sustenta nos tempos atuais. Primeiro porque, embora submetido à lei, o juiz é, agora, submetido também à Constituição e aos tratados de direito internacional que consagram normas supralégais¹⁷. De

¹²ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Fundação Caloute Gulbenkian, Lisboa: 2001. p .208.

¹³HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh, *O Federalista*. [S.l.:s.n.], p. 16

¹⁴Reputa-se inadequada a ideia do *one righ answer*, na qual o juiz herói ou Hércules encontraria a verdadeira e única interpretação correta da norma ao caso (Dworkin).

¹⁵MITIDIEIRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 60.

¹⁶Embora o ponto seja objeto de novas reflexões dado o influxo (crescente) de jurisprudência a nível de Cortes supranacionais a influenciar a jurisdição interna.

¹⁷No Brasil, os tratados internacionais, mesmo os de direito internacional dos direitos humanos, sempre foram vistos hierarquicamente como correspondentes às leis ordinárias. Essa concepção foi alterada (*leading case*: Recurso Extraordinário 466.343, STF) e atualmente se entende que o grau hierárquico é de supra-legalidade (ou seja, acima das leis ordinárias, porém ainda submetidos à Constituição), reconhecendo-se *status* constitucional somente àqueles aprovados na forma do §3º, art5 da CF. Essa decisão representa um marco de maior aproximação do ordenamento interno brasileiro ao ordenamento internacional, postura esse que potencializa um ambiente de diálogo entre o STF e a CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos), por exemplo – já que as duas cortes possuem em conjunto funções que se sobrepõem, equivale dizer: interpretar e aplicar as normas do tratado interamericano (o Pacto de San José).

há muito, pois, essa estrita vinculação deixou de ser dominante. Engisch observa que a própria metódica legislativa atual está de modo a “afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas”, de modo que essa expressão legislativa acarreta com que o “jugador (o órgão aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei”. Portanto, esse “afrouxamento” dos juízes à vinculação legal se faz presente pela ópera do próprio legislador, que, na técnica legislativa, se vale de “conceitos indeterminados”, “conceitos normativos”, “conceitos discricionários”, “cláusulas gerais” etc.¹⁸ De fato, conclui Michele Taruffo, nesses casos, “o legislador delega ao juiz o poder e a carga de decidir a *policy* que o próprio legislador não quis ou não pode eleger ao criar a norma – se fala, então de uma ‘supletividade do legislador’, na acepção de que o juiz deve formular decisões políticas que seriam afeitas ao legislador caso este houvesse realizado adequadamente sua função institucional.¹⁹

Se o vínculo que prende o juiz à lei não é tão forte assim; se o que se interpreta são os dispositivos legais e as normas consistem no resultado da interpretação (interpretação-produto), o judiciário, inegavelmente, também atua na *criação do direito*. Legislador e o judiciário concorrem na produção do direito, ou seja: “a produção do direito resulta da combinação da produção de textos com a produção *strictu sensu* de normas aplicáveis no caso concreto”²⁰. Não mais subsiste a lição clássica de *Montesquieu*, que via o juiz como mera “boca da lei”, vale dizer: não mais prevalece pura e simplesmente o direito político (direito criado pela lei), pois, igualmente, as sentenças passam a criar o direito. É oportuno afirmar que, nessa ordem de ideias, essencial foi a consagração de Cortes Constitucionais, uma invenção que, como lembra Pizzorusso, modificou a concepção dos direitos. Se a lei era justa apenas por emanar de uma maioria democrática, agora deve também respeitar os direitos humanos que não podem ser negados mesmo por vontade de maiorias – se cria uma jurisdição que a maioria parlamentar não pode contrastar porque voltada à proteção dos direitos perenes conquistados pela humanidade.

Como ressaltou a Corte Constitucional Peruana:

a jurisdição constitucional é o elemento de equilíbrio que garante o não retorno ao absolutismo parlamentar, que, sob o pretexto de representar ‘a maioria’, se culmina

¹⁸ Esse concepção da vinculação estrita do juiz à lei entrou em declínio no século XIX, sendo certo que tais técnicas repercutem de tal “forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes a decidir e a agir de modo semelhante ao do legislador”. ENGISCH, Op. cit. p. 207. V. igualmente, ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, Justicia*. Tradução de Marina Gascón. [S.l]: Trotta, 2008. p.136.

¹⁹TARUFFO, Michele. Jueces y política: de la subornación a la dialéctica. *Revista ISONOMIA*, n. 22, abr. 2005.

²⁰ MODUGNO, Franco. Op. cit. p. 262.

por instaurar o domínio autocrático frente a quem, alheios ao poder, não participam dos ideais do governo de ocasião.²¹

Em síntese que merece ser transcrita, o já citado juiz que ocupou cadeira na Corte Suprema Americana, Robert Jackson, sentenciou:

O grande propósito do *Bill of Rights* foi o de subtrair certas matérias das vicissitudes de controvérsias políticas, colocando-os fora do alcance de políticos e maiorias e estabelecê-los como princípios a serem aplicados por Tribunais. Direitos como vida, liberdade, propriedade, liberdade de culto, livre reunião e outros fundamentais não podem ser submetidos ao voto; não dependem do resultado de nenhuma eleição.²²

Enfim: direitos que não dependem do jogo político, das maiorias ocasionais, do êxito de alguma votação.

Uma Corte interpretativa, igualmente, pressupõe a normatividade dos princípios. As Constituições modernas se expressam essencialmente por princípios. Ademais disso, a Constituição brasileira, por ser uma Constituição-Programa, também influencia a atividade interpretativa dos poderes de Estado. O STF determinou, por exemplo, que a vedação ao nepotismo da Administração Pública “não exige [exigiria] a edição de lei formal para coibir a prática”, admitindo que essa proibição “decorre [ria] diretamente dos princípios contidos no art.37, caput, da CF”²³. O tema acerca dos princípios tem sido protagonista nas discussões atuais no direito. O que é importante destacar é que a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre os esses conduz a inviabilidade de uma ciência sobre sua articulação, mas sim que haja uma prudência em sua ponderação²⁴, e que “somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro”²⁵. Em suma: consagrada a normatividade dos princípios e sua aplicabilidade direta, resulta daí mais evidente o poder criativo dos juízes. O juiz deve interpretar a lei conforme a Constituição e essa é composta essencialmente por princípios. Corolário disso são as técnicas de resolução de conflitos quando princípios entrem em choque – a ponderação (que, igualmente, demonstra a essência da atividade criativa dos juízes).

²¹ Na mesma decisão, a Corte Constitucional Peruana anotou que: “A partir do momento em que a jurisdição reconhece força normativa à Constituição e assume que sua lealdade à lei se desvanece quando essa contraria os postulados constitucionais, sucumbe o princípio de soberania parlamentária e se consolida o princípio da supremacia constitucional. Essa verdade elementar nega o mérito das teses que pretendem sustentar que o Poder Legislativo é superior al Poder Jurisdicional. Entre os Poderes Legislativo e Jurisdicional não existem relações de hierarquia, mas sim de complementação e equilíbrio na execução de suas respectivas competências” (decisão Nº 0030-2005-AI/TC, publicada em 09.02.2006). V. decisão Nº 0030-2005-AI/TC, publicada em 09.02.2006.

²² Decisão: *West Virginia State Board of Education Vs. Barnette*

²³ V. RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-8-2008.

²⁴ZAGREBELSKY Op. cit. 2008. p.125.

²⁵BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 209.

Não sem razão, já anotava Cappelletti que a doutrina de *Marbury* – “é dizer, que se a Constituição há de ser ‘lei superior’, os juízes devem estar obrigados a aplica-la acima da lei ordinária que a contradiga” – enfrenta gravíssimos problemas, especialmente quando se estende a juízos de valor inevitavelmente vagos como aqueles inerentes a Constituições dedicados aos direitos e liberdades (vale acrescentar: a Constituições por princípios); embora Marshall tenha intentado minimizar o ponto, reduzindo esse controle judicial à “mera interpretação”, explica ainda Cappelletti, o fato é que o controle judicial, especialmente nesses casos:

não constitui ‘mera’ interpretação pela simples razão que quanto mais alta a categoria de uma ‘lei superior’, sua vaguidade tenderá a ser maior, requerendo, portanto, um grau sempre maior de atividade ou criatividade judicial para sua ‘interpretação’.²⁶

São, portanto, as decisões interpretativas parte do direito, ou melhor, ao criar o direito em coordenação com o legislador, o precedente do STF passa a ser visto como fonte do direito, integrando o ordenamento jurídico. Se é fora de dúvidas que “todos são iguais perante a lei”, é o momento de questionar-se, igualmente, o direito de igualdade resultante da atividade interpretativa do judiciário. Pizzorusso identifica no princípio geral *stare decisis* uma vinculação com a igualdade, ou seja, a “exigência de que os casos análogos devam ser decididos analogamente, à medida do possível, evitando assim a lesividade de que se deem soluções distintas para casos análogos”²⁷. Portanto, as decisões da Corte Suprema brasileira devem ser vistas como precedentes gerais e vinculantes, o que implica o julgamento de casos análogos de igual maneira²⁸. Equivale dizer: não é o tipo de ação que deve definir se a decisão deva ser geral e *erga omnes*, mas sim o resultado que impõe que haja essa qualidade na decisão judicial - em que pese o sistema discriminar a decisão que é emanada em ação direta de inconstitucionalidade da decisão de inconstitucionalidade dada em ocasião de um Recurso Extraordinário, por exemplo (como se sabe, no primeiro caso, é vista como abrangente a todos – *ultra partes*; no segundo, a decisão valeria *inter partes*, isto é, vincularia apenas as partes do processo). Essa

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *El “formidable problema del control judicial y la contribucion del analisis comparado”*, Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca), n. 13, ene./feb. 1980. p. 61, 73-74.

²⁷ Op.cit. p. 409.

²⁸ A fim de que se tutele a uniformidade, a sentença constitucional passa a ser vista como um raciocínio entorno ao precedente. No seu Diários de um juiz constitucional, Sabino Cassese, respondendo à pergunta – em que coisa consiste o juízo de constitucionalidade? – admite que, à luz da experiência, a decisão constitucional é “*un esercizio logico intorno al precedente*”, se analisa a conformidade da questão aos precedentes, “trata-se, portanto, como para o juiz anglo-saxão, de estabelecer quanto diversa é a questão proposta do precedente decidido”; como segundo aspecto – ressalta o mesmo autor – o juízo de constitucionalidade consiste em verificar a “não irrazoabilidade da conduta dos poderes públicos (legisladores, juízes, administradores) (= “*non irragionevolezza della condotta dei poteri pubblici (legislatore, giudice, amministratore)*” CASSESE, Sabino. Dentro la corte . Diario di un giudice costituzionale, Bologna: Il mulino, p. 25 - 26, 2015.

distinção perde sentido no estado atual das coisas, visto que o direito deve ser uniforme a todos e sendo certo que o judiciário se ocupa da produção do direito.²⁹

Daí por que uma corte interpretativa não deve apenas *explicitar* os fundamentos de sua decisão, mas, igualmente, *justifica-los*:

explicitar uma decisão significa em efeito mostrar quais são as causas que a motivaram ou o os fins que pretendem alcançar ao tomar essa decisão. Justificar, sem embargo, implica oferecer razões dirigidas a mostrar o caráter aceitável ou correto dessa decisão³⁰

Nesse sentido, o raciocínio jurídico “é um tipo de raciocínio prático, não dirigido a explicar, mas sim a justificar decisões”. Em suma: no Estado de Direito, a justificação das decisões não depende da autoridade de quem emana, mas sim do procedimento e do conteúdo contido. Trata-se, aqui, de ver-se o direito como argumentação jurídica. Ganha relevo, como Corte interpretativa, o direito como argumentação.³¹ A motivação da decisão judicial, portanto, é essencial para o controle do poder judiciário em sua função interpretativa, possibilitando a crítica de suas decisões e evitando-se o abuso e arbítrio.

Todo esse poder criativo aproxima bastante o judiciário ao papel exercido pelo legislador. Não à toa tem-se ressaltado o caráter “híbrido” no que diz respeito à função exercida pela Corte Constitucional, não sendo enquadrável nem como função legislativa nem como puramente jurisdicional:

mas vem a colocar-se em uma posição intermediária, que se caracteriza que de muita parte já se definiu como a ambiguidade no papel da Corte e o caráter ‘híbrido’ de suas funções o que decorreu em levar-se a definir o órgão de justiça constitucional como

²⁹ Ao ponto se retornará adiante, v. capítulo 2. Ressalte-se, de antemão, que a vinculação a precedentes superiores não está de modo algum a negar a atividade interpretativa dos demais juízes, na medida em que podem ser adotadas técnicas de superação de precedentes.

³⁰ ATIENZA, Manuel. *El Sentido Del Derecho*, p. 254. (nos originais: “*explicar una decisión significa em efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justiciar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.*”).

³¹ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra, 2015. p. 85. Não sem razão, aliás, que o papel da fundamentação judicial ganha importância crescente. A propósito disso, o novo CPC brasileiro (2015), prevê que: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

‘autoridade judicial com força política’, ‘juízes e legisladores ao mesmo tempo’ e suas funções como controle substancialmente político conduzido de forma jurídica ³²

Todos esses pontos ora expostos chamam a atenção ao que o já citado Mauro Cappelletti chamava de *problème formidable* ³³ no que diz com o controle de legitimidade das normas (e no que diz igualmente à criação do direito pelos tribunais), vale expor: seria essa função dos juízes (cada vez mais evidente, como visto) legítima, principalmente do ponto de vista democrático? Como Corte interpretativa, o fundamento e legitimidade dessa função judicial encontra-se, sobretudo, no respeito às regras e princípios que regem a atividade judicial (exercido por sujeitos que possuem independência de pressões externas, especialmente política ³⁴), alguns deles: necessidade de uma demanda (*ne procedet iudex ex officio*); o princípio do contraditório; obrigação de imparcialidade (o juiz deve ser imparcial, o legislador possui interesses diversos); dever de motivação; dever de responder a uma demanda (vedação ao *non liquet*). É inegável, nessa ordem de ideais, a importância do *processo* judicial, pelo o que suas categorias não podem ser descuradas.

Vistos alguns dos pressupostos acima, é o momento de avançar-se sobre o estudo dos precedentes da Corte Suprema brasileira, fazendo-se análise de como o controle de legitimidade das leis merece um tratamento mais coerente no que diz com seus efeitos, o que se faz a partir do estudo da situação atual jurisprudencial e legislativa. Em seguida, traça-se uma tipologia decisória que abarque as duas formas de controle (por via direta ou por ocasião de uma controvérsia), retomando-se a distinção entre texto e norma como critério de partida.

³²MALFATTI, Panizza, Romboli. *Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2013.p.318.

³³ Op cit.

³⁴“Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição” KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del Estado*. Op cit. p. 159-160, citação extraída em decisão do STF no HC 95009 MC, Relator(a): Min. EROS GRAU, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/07/2008, publicado em DJe-144 DIVULG 04/08/2008 PUBLIC 05/08/2008. A relação entre juízes e política tende a ser dialética quando se diminui a pressão política sobre os juízes, ou, em outras palavras, quando se garante a devida autonomia – essencial a um regime democrático – à Magistratura (ao ponto se retomará, v. item 2.2.3 – Sentenças Manipulativas).

3 CORTE INTERPRETATIVA E AS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – OS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

No Brasil, o STF possui competência originária para julgar “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” (art. 102, I, a, CF), por meio de um processo abstrato de controle de normas – isto é, sem levar em consideração um litígio judicial prévio.

Sem embargo disso, o órgão de cúpula da jurisdição brasileira, possui também competência recursal, em que julga levando uma controvérsia judicial anterior em consideração (notadamente o Recurso Extraordinário, art.102, III, CF)³⁵.

Nessas duas modalidades o Supremo faz o controle de constitucionalidade. Ocorre, porém, precisar que, se no primeiro caso, o resultado do controle tem “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”, no julgamento de Recurso Extraordinário, o resultado judicial não goza dos mesmos efeitos – equivale dizer, o resultado vale para as partes do processo (*inter partes*), funcionando como norma de decisão ao caso concreto.

Por aí já se vê que existe uma discriminação quanto aos efeitos da decisão judicial num e noutro caso, apesar de ambos emanarem do órgão de cúpula do judiciário brasileiro.

Esse paradoxo reflete a concepções distintas de controle de constitucionalidade das leis:

i) um modelo que concebia a guarda a uma Corte Constitucional cuja anulação da lei residiria num *actus contrarius* do ato do legislador – tal como se passa no processo de revogação de uma lei, isto é, legislar negativamente³⁶. Para Kelsen o ponto fulcral do controle de constitucionalidade “era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais”³⁷, não havendo nenhum significado relevante para a justiça constitucional de seu teorizado modelo a proteção dos direitos fundamentais³⁸.

³⁵ O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário” (STF, RE 361.829 – Edcl, 2º T. rel. Ministra Ellen Gracie, jul. 02.03.2010).

³⁶ SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. S.l]: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

p.42

³⁷ MAUÉS, Antonio Moreira. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural*. Pensas, Fortaleza, v.15, n. 2, p. 356-386, jul./dez.2010.

³⁸ Observando o modelo austríaco adotado em 1920, anotou que o esse era “totalmente insuficiente”, pois acabava limitado a “criar um óbice contra possíveis invasões inconstitucionais do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos Lander e vice-versa”, ficando fora do controle de constitucionalidade “as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade”, já que nem o Governo Federal nem os Governos dos Lander tinham um dever, “mas apenas uma faculdade discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade das leis por eles consideradas inconstitucionais”, sendo inevitável que esse interesse se passasse apenas “em casos um tanto raros e excepcionais” COPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de*

ii) outro modelo, *Marshalliano*, amparado na tradição norte-americana, em que o controle de normas nasce como consequência necessária de uma função judicial voltada a resolver litígios (*cases and controverses*), de tal modo que a preocupação primeira residia na defesa dos direitos individuais, amparado numa ideia de constituição como Higher Law, “lei superior, com um complexo normativo de igual natureza que a lei, porém com uma eficácia capaz de desencadear a invalidez das normas contrárias à constitucional”³⁹.

Como vê, é complexa a situação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que deve exercer o controle de normas nas duas maneiras citadas, isto é, não se levando em conta um litígio prévio (de forma abstrata) e com considerações acerca de situação litigiosa prévia.

Porém, deve ser acrescentado que um e outro modelo acarreta em distinção quanto ao objeto do controle de constitucionalidade: enquanto o modelo europeu-*kelseniano* coincide, no mais das vezes, com o texto legal aprovado pelo legislador, no modelo *marshalliano*, esse objeto é “a regra concreta que desse enunciado extrai o juiz inferior para resolver a controvérsia apresentada”⁴⁰.

Como ressaltado, o modelo de controle que leva em consideração um prévio litígio põe em evidência a insuficiência da “identificação simplista entre norma legal e o enunciado da Lei e, de outro lado, a redução da sentença à sua decisão” [parte dispositiva], tal como explica⁴¹.

Isso porque os países com forte tradição de direito escrito, como é o caso brasileiro e italiano por ex., colocam na lei o papel de definir o direito – um lugar de proeminência, portanto.⁴² Como aponta Marinoni, a “tradição do *civil law* acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei”, nesse sentido “a lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor”⁴³. Porém, já denunciava Jonh Marryman não passar de verdadeiro *folklore* o *italian Style* e a ideia que via o direito como produto da lei e o juiz como um papel limitado, quando, na realidade, a jurisprudência e os juízes operam um papel criativo de destaque.⁴⁴

constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p.106 - 107 .

³⁹ SEGADO, Francisco Fernández, Op.cit. p.60.

⁴⁰ LLORENTE, Rubio. Op. cit. p. 493.

⁴¹ Idem. p. 483.

⁴² Art.101 da Constituição italiana aduz que “I giudici sono soggetti soltanto alla legge.” (“Os juízes se submetem somente à lei”).

⁴³ *Precedentes Obrigatórios*, p 254.

⁴⁴ MARRYMAN, Jonh. The Italian Style. *Stanford Law Review*, v. 18, n.1, 1965.

Ficando evidente a constante atividade de construção e reconstrução do ordenamento por parte do judiciário – ou mesmo função criativa do direito, tal como acima aduzido, não há de se deixar de concluir uma assunção por parte das Cortes de uma *funzione sostanzialmente paralegislativa* ou a reconhecer-se que, de fato, *judge-make-law*.

A isso não deixaram de observar Bankowski, MacCormick, Neil, Miguel, analisando a influência das Cortes Constitucionais de países da *Civil Law* no desenvolvimento de decisões judiciais que explicitem os princípios fundamentais da ordem constitucional e legal – muitas vezes esclarecendo conceitos bastante vagos de textos normativos; bem assim a atual influência da Corte Europeia de Justiça no ordenamento nacional dos países signatários, inclusive com efeitos de tornarem proscritas leis do parlamento e jurisprudências assentadas dessas mesmas Cortes nacionais:

Here, where the judicial contribution operates by way of working out the underlying principles and giving them concrete effect in series of landmark decisions, it seems almost artificial or even fictional to draw a line between interpretative and law-making precedents. The interpretation is so far-reaching, and guided by such flimsy fragments of written law, that the 'law-making' rationale seems at least as credible as the 'interpretative' one'⁴⁵

Veja-se que essa crescente assunção de poder criativo da Jurisdição por parte de sistemas ligados ao europeu kelseniano (como é o caso brasileiro e italiano, por ex.), explica Francisco Fernandez Segado, reflete uma influência marcante do modelo americano de controle difuso (modelo *Marshalliano*) – “onde o tribunal supremo não leva a cabo um controle da lei com abstração de sua necessidade de aplicação, mas através de uma valoração da conformidade entre diversos fontes de diferentes graus” a demonstrar a centralidade e importância do *judicial review* no processo de consolidação da Justiça Constitucional Atual (ou no processo de convergência crescente entre os sistemas americanos e europeu-kelsenianos), seja no que diz ao emprego de novas técnicas decisórias, seja mesmo no que se refere à adoção de “atitudes mentais que em certa medida recordam a Suprema Corte [americana]”

o notabilíssimo enriquecimento que tem experimentado as decisões dos tribunais constitucionais, que já não se limitam a uma função meramente negativa, mas sim tem assumido com plenitude uma função criadora mediante o recurso a técnicas jurídicas muito díspares, próprias da *judicial review*, como a distinção entre disposições e normas: estas seriam o resultado de um processo hermenêutico extraídas da disposição que podem conduzir à extração de várias normas de uma só disposição, enquanto que as disposições constituiriam a expressão formalizada da vontade do órgão do qual emana um determinado ato jurídico⁴⁶

⁴⁵ BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 481.

⁴⁶ SEGADO, Francisco Fernández. op. cit. p. 56-57 (Trecho no original: “el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado los fallos de los tribunales constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente

Já Zagrebelsky observa que “O mecanismo incidental aproxima indubitavelmente a pronúncia da Corte à grande agonia da interpretação judiciária do direito”, situação essa não imaginada originalmente pelos juristas que trabalharam na promulgação da Constituição italiana, que tinham em mente a “tese mais rígida que vê o texto o objeto sobre o qual recai a pronúncia da Corte constitucional”⁴⁷

Portanto, tem-se, como regra geral, que o objeto de controle no sistema europeu-kelseniano liga-se ao texto da lei (a discussão é dita *principal*, ou seja, o controle ocorre questionando-se diretamente a disposição legislativa de maneira ampla, sem levar-se em conta uma controvérsia específica), e, por sua vez, o modelo americano analisa a regra concreta extraída pelo juízo na resolução de um conflito, tendo por objeto, portanto, a norma dele extraída.

Esse ponto remete à já mencionada distinção (revolucionária, segundo Pierluigi Chiassoni)⁴⁸ entre texto e norma.

A pergunta que se coloca é como uma distinção tão rígida entre o direito objetivo e a prática no seu fazer se colocou em ambientes tão estanques – a razão, opina Sabino Cassese, está na ideia positivista normativa que vincula um posto de maior importância à atividade do legislador, isso por um motivo prático relacionado ao princípio democrático, “o legislador representa a vontade do povo”; porém, “o positivismo normativo ou legislativo cometeu o erro de pensar que tudo que decorre da vontade legislativa fosse ópera de autômatas sem alma, vontade, interesse, cultura”.⁴⁹

Não há como negar que as disposições normativas, portanto, vivem na sua interpretação-aplicação.

negativa, sino que han asumido em plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias de la judicial review, como há sido el caso de la diferenciación entre disposiciones e normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana um determinado acto jurídico”).

⁴⁷ZAGREBELSKY, Gustavo *Processo Costituzionale*. Milano: Giuffré Editore, 1989, p.644 (trecho traduzido do original).

⁴⁸GUASTINI, Riccardo. Disposición y Norma: una distinción revolucionaria. *Giurisprudenza costituzionale*, n. 34, 1989.

⁴⁹CASSESE, Sabino. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014. p.16 (no original: “il positivismo normativistico o legislativo há comesso l’errore di pensare che tutto ciò che segue la volizione legislativa sia opera di automi senz’anima, vonlontá, interesse, cultura”).

3.1 Os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade no controle abstrato (*erga omnes*) e no controle difuso (*inter partes*) e a tendência de unificação dos efeitos num e noutra caso: desenha-se um sistema de respeito aos precedentes no país?

Já foi anotado que nossa legislação discrimina os efeitos emanados da decisão no controle dito abstrato daquele exercido por ocasião de uma anterior controvérsia. O ponto necessita de uma atenção mais acurada.

3.1.1 Alguns problemas no que diz respeito à divergência de efeitos no controle abstrato e no controle difuso

É verdade que a articulação entre o controle difuso e o controle abstrato no que diz com a disparidade de interpretações, no Brasil, apresenta problemas como a recorrente.

divergência entre as decisões tomadas pelo STF e pelas demais instâncias do Judiciário, especialmente nos casos em que o Supremo Tribunal negava, em ADIn, o pedido de cautelar de suspensão dos efeitos de uma norma, enquanto outros juízes declaravam-na inconstitucional no exercício do controle difuso. De modo semelhante, mesmo uma questão julgada repetidas vezes, em igual sentido, por meio de recurso extraordinário, poderia continuar recebendo decisões distintas dos demais juízes e tribunais⁵⁰,

o que redundaram, como resposta, no advento de técnicas de articulação consistentes no efeito vinculante e em súmulas também vinculantes – essa última inclusive reconhecida em reforma constitucional (art.103- A, CF, outorgado pela emenda constitucional n 45/2004).

Sabe-se que o artigo 52, X da CF prevê caber ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Tal dispositivo se aplica à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, por ocasião de uma controvérsia anterior, já que não há norma semelhante a esse controle como o previsto no art.28, parágrafo único, da Lei 9.868/99⁵¹ e no art.102 §3º da CF⁵², esse último para as decisões em controle direto de ações declaratórias de constitucionalidade (ADC).

⁵⁰ MAUÉS, Antônio Moreira. Op. cit.

⁵¹ Com a seguinte redação: art.28 [...] “Parágrafo Único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

⁵² Art.102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Tem-se, com isso, situação embaraçosa: pelo simples fato de a decisão ter sido exarada por recurso extraordinário, por exemplo, os efeitos da decisão permanecem *inter partes*, devendo-se aguardar ao Senado pronúncia quanto à suspensão da lei declarada inconstitucional.

Mauro Cappelletti já advertia dos notórios “inconvenientes do sistema difuso nos países de base romanista”, sem a aplicação do princípio *stare decisis*, explicando situações como as de “uma mesma lei ou disposição de lei ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros”; ou um “mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.”, mais:

tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo de justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do próprio órgão supremo .

Tudo isso, conclui, podendo ocasionar “verdadeiros contrastes de tendências” entre os órgãos jurisdicionais, incerteza do direito, em prejuízo aos indivíduos e para a sociedade em geral.⁵³

Um primeiro problema que deve ser levantado: como lidar-se com o art.52, X nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão? Veja-se que, para essa situação, o artigo é imprestável. Um outro questionamento: e nos casos de o controle incidir apenas sobre a norma (e retomando-se a distinção, acima abordada, entre dispositivo e norma ou entre *law in book* e *law in action*, na famosa distinção de Pound) tal como se passa, por ex., nos casos de interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto (bem assim nas chamadas sentenças interpretativas, vistas adiante).⁵⁴

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p.76 a 79.

⁵⁴ O ponto foi objeto de consideração no voto do Min. Relator Gilmar Mendes na Rcl 4335/AC, ao explicitar diversas situações que a comunicação ao Senado enfrenta dificuldades: “[...] Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta - redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos. 29 Cf. Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo 4.477-72, cit. 28 Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale per se. Da mesma forma, o vetusto instituto

Na Reclamação 4335/AC discutiu o STF acerca do real alcance do art.52, X, propondo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau um novo entendimento ao papel do Senado, conferindo ao órgão a função de dar publicidade à decisão exarada no controle difuso. Referida orientação decorreria de novo entendimento sobre o papel do Senado, reconhecendo-se, para tanto, que haveria mutação constitucional, vale dizer “uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto”, tal como ressaltou o Min. Gilmar Mendes. Refira orientação não prevaleceu, no entanto.

Importa aqui relatar que a intenção, como se vê, era de que as decisões levadas a cabo em casos concretos gozassem dos mesmos atributos da decisão dada de forma abstrata, ou seja com força vinculante e abrangência *erga omnes*.

Reconheceu-se, não obstante, que isso não descaracterizaria a existência de eficácia “expansiva” das decisões dadas, mesmo no controle por ocasião de uma controvérsia. Acerca do ponto, o ministro Teori Zavasck, na mesma ação, expôs que:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

É interessante, a propósito, avançar-se acerca da discussão que se deu no STF acerca das extensão de decisões no uso de sentenças aditivas em mandados de injunção.

No MI 712, relacionada à aposentadoria especial de servidores públicos na forma do art.40, § 4º da CF, o Min. Relator Marco Aurélio, salientou que era tempo de refletir “sobre a timidez inicial do Supremo quando ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes”, ressaltando a necessidade de uma decisão concreta na medida em que se busca o “Judiciário [com] a crença de lograr a Supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador”; concluindo, quanto ao resultado do julgamento que “ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito [...]”. Em voto vista, o Min. Eros Grau, ao concordar com a necessidade de solução efetiva à omissão

não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo [...]”.

legislativa, ponderou que, no Mandado de Injunção, o Judiciário “produz norma”, e que seria inevitável “seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado”; assim, e ao contrário do que expôs o relator, afirmou que: “No Mandado de injunção, o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial”.

Ainda que o resultado do Mandado de Injunção tenha sido relatado como decisão unânime, para o fim de aplicar-se, no que couber o art.57, §1º da Lei 8212/91 às aposentadorias especiais de servidores públicos, deve-se chamar a atenção no que diz com a distinção de efeitos da decisão apontados pelo Ministro relator e o Ministro Eros Grau: para o primeiro, a decisão valeria apenas ao caso concreto, funcionando como norma de decisão (vale dizer, *inter partes*); já o segundo, aduziu que os efeitos deveriam, por decorrência mesmo da superação do vácuo e em face da outorga de texto normativo ao ordenamento pela decisão, ser gerais (isto é, *erga omnes*).

O entendimento no sentido de que a decisão valeria apenas para o caso concreto, que ao final veio à tona⁵⁵, acabou decorrendo no ajuizamento de inúmeras outras ações de Mandado de Injunção no Supremo, decidindo-se, em face disso, e após questão de ordem, a possibilidade de monocraticamente o relator decidir o feito na linha do *leading case* acima.

Tal fato redundou no ajuizamento, pela Procuradoria Geral da República, de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 32, com relatoria Min. Rosa Weber), em face da omissão legislativa em regular o assunto: a ação teria como um dos objetivos estender os efeitos de anteriores decisões emanadas em mandados de injunção de modo que se estendesse a casos análogos. Mais recentemente, o tribunal outorgou a súmula vinculante de nº 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social

⁵⁵ Confira-se o teor do acórdão, com destaques: “MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. **Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.** APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)”.

sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

Algo semelhante se passou no MI 712, em que se julgou o direito de greve dos servidores públicos: verificada, por longos anos, a inadequação de sentenças declaratórias e destituídas de nenhum resultado prático, concluiu o Supremo pela aplicabilidade da lei da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.⁵⁶ O Min. Eros Grau, relator, inicialmente, questionou-se: “presta-se, esta Corte, quando se trata da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?”; prosseguiu, ao justificar a possibilidade de concretizar a norma faltante, e partindo-se da distinção inicial entre texto e norma, explicando que não se trata de o Tribunal legislar (exercer função legislativa), mas sim, e de forma suplementar, cumprir “função normativa”. Com relação ao resultado do julgamento, isto é, a sentença, ponderou: “O poder judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta-se o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão.”. Para, a seguir, concluir que os efeitos da decisão agregam-se ao ordenamento jurídico:

É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado aplicado.

Como se vê, mais uma vez, propõe que a pronúncia judicial funcione como texto normativo de modo a vincular os demais casos de maneira *erga omnes*, tal como se passa na súmula vinculante.

⁵⁶ Confira-se trecho do acórdão [...]. “9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar [...] o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] [...] é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

No entanto, no caso do direito de greve, apesar de a decisão ter sido tomada em Mandado de Injunção, a mesma pareceu ter caráter aditivo com eficácia *erga omnes*, isto é, para além das partes do processo. Isso pode ser confirmado vendo-se minuta da decisão, em que parte dos ministros se deram por vencidos: Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.⁵⁷

Vistas assim as coisas, se é fora de dúvidas que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão deve, por sua natureza objetiva e abstrata, possuir efeitos vinculantes e em relação a todos, o mesmo não ocorre com o alcance da pronúncia pelo Supremo nos Mandados de Injunção.

O ponto é saber-se se, a partir dessa guinada rumo às sentenças aditivas, as técnicas processuais de pronúncia no controle jurisdicional frente às omissões legislativas comportam apartar-se em categorias distintas quanto aos resultados. Ou melhor, se tão somente o fato de ter sido emanada em um tipo específico de ação a decisão jurisdicional não valha como um precedente geral, mas apenas para as partes do processo.

A questão das sentenças aditivas, portanto, também chama a atenção acerca da necessidade de o Judiciário Brasileiro valer-se de um sistema de precedentes.

Não há nenhuma justificativa lógica para discriminar-se o efeito de uma decisão tão somente por levar-se em conta o instrumento processual utilizado para a discussão jurídica (mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão, recurso extraordinário ou ação direta de inconstitucionalidade, por ex.).

Não é, portanto, o *tipo* de ação que deve ser decisivo para os efeitos do precedente serem gerais e vinculantes num caso e noutro.

⁵⁷ O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votou o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

3.1.2 Adoção do princípio *stare decisis* à brasileira?

Os (graves) inconvenientes acima apontados de articulação parecem ser melhor resolvidos com a adoção da princípio geral *stare decisis*.⁵⁸

Interessante, a propósito, as observações de Teori Zavasck:

[...] o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da civil law, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da common law. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (civil law e common law) é fenômeno em vias de franca generalização [...]⁵⁹

Como explica Ugo Mattei, o *stare decisis* não significa a simples prática judiciária de se seguir o precedente – a regra segundo a qual casos similares devem ser decididos de forma similar é um princípio de justiça reconhecido em toda a tradição jurídica ocidental – significa, e isso é sua peculiaridade, uma obrigação jurídica para o juízo sucessivo a não afastar-se de certos precedentes, mesmo que esses lhe pareça equivocado ou injusto. Fala-se, assim, em vinculação vertical e vinculação horizontal: o primeiro decorrente do fundamento hierárquico existente na organização judiciária, já o segundo leva em conta o valor vinculante como maneira mesmo de perpetuar a própria influência da Corte superior, reforçando-se o seu poder criativo.

60

Ocorre precisar que se, no Brasil, é o Supremo Tribunal quem tem a última palavra acerca da interpretação da Constituição (art.103, CF), parece evidente que as decisões de

⁵⁸ VELOSO, Zeno (referindo-se aos inconvenientes da eficácia *inter partes* no controle difuso) explica que: “Nos Estados Unidos, a questão se simplifica, porque há o vínculo aos precedentes; o juiz deve seguir as decisões já tomadas: *stare decisis*. Os tribunais, igualmente, devem obediência aos precedentes das cortes superiores, especialmente da *Suprema Court*. Se esta decide, a sentença será vinculatória para todos os órgãos judiciários do país” (Controle jurisdicional de constitucionalidade, p. 51). O Min. Gilmar Mendes, na já citada Reclamação 4335/AC questiona-se: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?”. Rubio Llorente, analisando o excesso de recursos de amparo que subia ao TC espanhol, conclui que “*la desviación de la jurisprudência constitucional hacia el desempeño de una tarea que no le es propia y que le abruma con un número creciente de demandas de amparo no sólo trae como consecuencia el retraso creciente em la resolución de los litígios que por esta vía acceden a ella, sino que también, inevitablemente, retrasa cada vez más la decisión que de ella esperan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidade y los conflictos de competência, que son, si cabe hablar así, su propia razón de ser*” (Seis Tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa, Revista Española de Derecho Constitucional, ano 12, núm.35, Mayo- Agosto de 1992).

⁵⁹ Voto – vista na Reclamação 4335/AC.

⁶⁰ MATTEI, Ugo. *Il Modello di common law*. 4. ed. Com la collaborazione de Emanuele Ariana. Torino: Giappichelli, 2014. p. 148

interpretação de direitos (máxime os direitos fundamentais postos a prova em casos e controvérsias) *deven ser respeitadas pelos demais juízes e valer para todos*, a não ser que existam boas razões para a superação da interpretação, o que, de resto, não se confunde com a possibilidade de decisões ordinárias totalmente alheias à jurisprudência de órgãos superiores (e, mais propriamente, totalmente alheias a um sistema orgânico de organização judiciária)⁶¹. De outro lado, se se trata, como se admite, de efetiva criação do direito, tais decisões, tais como as disposições legislativas outorgadas pelo legislador, não podem deixar de valer para todos, devendo ser interpretadas e levadas em conta pelos demais juízes – em suma: igualdade perante a lei ou *treat like alike*s.

Portanto, essa discriminação quanto aos efeitos do precedente tende a se esvaziar quando se adota a premissa de uma Corte interpretativa, tal como acima aduzido. Diversos são os fatores que reforçam a isso, conforme se passa a expor.

Se a atividade interpretativa é essencialmente criativa e o judiciário cria o direito em coordenação com o legislador, não há razão alguma para se discriminarem os efeitos com base apenas no *tipo de ação* veiculado (Recurso Extraordinário ou ação direta, mandado de injunção ou ação direta por omissão etc); a ideia aqui é de isonomia perante a interpretação, ou de aplicação da essência do *stare decisis*, que diz dever os casos análogos serem igualmente tratados.

Outro ponto chave para entender-se a fragilidade da distinção entre os efeitos reside na utilização, cada vez maior, das chamadas *sentenças interpretativas* pelo STF: essas, ao manterem intacto o *texto legal* questionado e ao lidarem, sobretudo, com as consequências normativas ou as interpretações que são ou não contrárias à Constituição, desembocam num estilo de raciocínio judicial ou estilo de sentença que muito se aproxima do modelo de decisão judicial existente na *common law*. Isso porque, ao contrário de uma conclusão meramente

⁶¹ A Corte Constitucional Peruana (CCP), analisando a relação entre a jurisprudência do Tribunal Constitucional e o Controle difuso exercido pelos demais juízes, decidiu que tal controle difuso deve observar a previsão do artigo IV do Código de Processo Constitucional Peruano, segundo o qual “*Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*”, significando isso que: “*que al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada*”. Importante destacar, portanto, a necessidade de o controle difuso ser feito de modo a levar em consideração as interpretações já realizadas pelo Tribunal – respeito vertical a esses precedentes.

negativo-eliminativa no controle de normas, o que importa, nessas sentenças, é o raciocínio do *decisum* constante na fundamentação da mesma, na construção da *ratio decidendi* em seus arrazoados. Vale dizer: as sentenças interpretativas chamam a atenção para a eficácia dos motivos determinantes e para a ideia de precedente.

De sua vez, existem razões de peso para que se tutele a uniformidade, a *nomofiláquia*, termo consagrado por Calamandrei: i) *igualdade de tratamento dos jurisdicionados* – se as normas são aplicadas de maneira não uniforme, é evidente que há tratamento desigual desses; ii) *previsibilidade das decisões* – cabem aos Tribunais uma práxis interpretativa uniforme, o que reduz a conflituosidade, obtendo-se segurança e previsibilidade do tráfico jurídico; iii) *credibilidade e autoridade das Cortes* – uma vez que a coerência interna de suas decisões reforçam seu papel nos quadros de poderes estatais; iv) *eficiência* – na medida em que seguir decisões já consagradas reduz o tempo em que os demais juízes se debruçarão nos casos similares que lhe são submetidos.⁶²

Enfim, não é o tipo de ação que será decisivo no que diz aos efeitos do controle, mas sim o fato de que o direito jurisprudencial passa a ser visto, nesse ambiente, como fonte do direito. Como Corte Interpretativa, portanto, deve o STF zelar pela uniformidade do direito. Na Reclamação 2.986/SE, destacou o Min. Celso de Mello, que

assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF, cuja função institucional é a ‘guarda da Constituição’, confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema.

Marinoni, Mitidiero e Sarlet opinam que em “um sistema como o brasileiro, é inevitável ter um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória”, expondo, em defesa da tese, que, perante

o pleno do STF, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos principal e incidental, não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas no recurso extraordinário em face das decisões tomadas em ação direta.

⁶² CHIARLONE Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: *Direito jurisprudencia*. Tereza Arruda Alvim Wanbier (Coord.) São Paulo: RT, 2012. p. 227- 228.

Em igual sentido, aponta Rodolfo de Camargo Mancuso: “Desnecessário enfatizar que o binômio *efeito vinculante-eficácia erga omnes*, próprio do controle de constitucionalidade realizado pelo STF, representa: i) torna dispensável o ajuizamento de inumeráveis ações individuais onde a querela constitucional, de outro modo, viria suscitada incidentalmente; ii) elimina a interposição de múltiplos recursos fazendários, de resto fadados ao insucesso, por sustentarem posições contrárias ao posicionamento do STF; iii) alivia a sobrecarga do serviço judiciário nos Tribunais Superiores, asoberbados pela pletora de recursos repetitivos; iv) outorga tratamento judicial isonômico aos jurisdicionados, mormente os enquadrados em segmentos numerosos, como os contribuintes, os aposentados, os mutuários, os servidores públicos, os participantes de planos governamentais” (Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, p.498, 499).

de tal modo que a adoção de precedentes obrigatórios agregaria ao sistema a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade, em contraste a incoerente articulação hoje existente.⁶³

Ressalte-se, no entanto, que a afirmação acima de que seriam praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos principal e incidental talvez não seja de toda procedente. Com efeito, a ampla legitimação dada ao controle abstrato no atual modelo, com órgãos de diferentes relevâncias institucionais, bem assim a abertura procedimental a qual se preocupou a lei 9.868 de 1991, inclusive com a previsão de *amicus curiae*, “estimulando o que se pode chamar de sociedade aberta de intérpretes da constituição” dá abertura democrática e legitimidade às decisões em controle abstrato, de tal modo que “equiparar esse tipo de decisão à proferida em simples recurso extraordinário é menosprezar todos os acessórios que o tempo incluiu no procedimento da jurisdição constitucional com intuito de legitimá-la”.⁶⁴ De qualquer forma, a legislação, certamente preocupada com o a questão, passou a prever a possibilidade de *amicus curiae* também ao momento da análise da existência ou não de repercussão geral para o recebimento de recursos extraordinários, dando-se assim, maior abertura e pluralidade na avaliação em juízo (art.1035, §4, NCPC).

Nesse sentido, vem ganhando corpo a ideia de que também as decisões exercidas em sede de Recurso Extraordinário (e, de modo geral, na interpretação da Constituição pelo tribunal) venham a possuir eficácia *erga omnes* (no que se denominou processo de objetivação do controle concreto) – assim como no sistema americano, em que o núcleo da sentença está na opinião que conduz o *decisum* – o conteúdo relevante, a chamada *ratio decidendi*.

No RE 376.852/SC, assentou o Min. Relator que as decisões em Recurso Extraordinário:

deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interessa das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Harberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’ dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta ultima em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ [...]. Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano.

⁶³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.843 a 851. No entanto, no próprio STF, há certa resistência quanto à adoção da tese da transcendência dos motivos como adiante será visto.

⁶⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Súmula Vinculante: necessidade e implicações prática de sua adoção (o processo civil em movimento)*, p.336, 337 (artigo na coletânea, Direito Jurisprudencial/Teresa Arruda Alvim Wanbier, Coord.).

Essa tendência parece ter sido confirmada, igualmente, com a consagração da repercussão geral da questão constitucional para a admissibilidade do recurso extraordinário, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004⁶⁵. Como cediço, passou-se a exigir, para o conhecimento do mencionado recurso, que a matéria debatida seja relevante do ponto de vista material (questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico) e subjetivo (que ultrapassem os interesses subjetivos do processo).

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, o Min. Relator, Teori Zavasck, bem observou que:

Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente.

Como se vê, respostas legislativas tem reconhecido a incoerência de não se adotar um sistema de precedentes. Se bem que um sistema de respeito aos precedentes não necessitasse de uma explícita reforma para tanto. De igual modo, não quer dizer que todas essas decisões devam ter caráter compulsório ou vinculante.

Exemplo que se direciona nesse sentido também vem do próprio novo Código de Processo Civil Brasileiro. O art.927 do novo CPC prevê que juízes e tribunais devem observar “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle Concentrado de Constitucionalidade” (inciso I), além das súmulas vinculantes (inciso II), os acórdãos firmados em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos ordinários e especial, esses quando firmados na sistemática dos recursos repetitivos (inciso III), além dos enunciados em súmulas do STF e do STJ (inciso IV) e a “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inciso V). Tal artigo consagra a ideia de orientação em sentido vertical, impondo comando imperativo aos juízes “devem observar”. Veja-se, no entanto, que, segundo nosso modelo constitucional, o efeito vinculante está presente apenas no que diz com a decisão em controle concentrado de constitucionalidade e na

⁶⁵ Art.102, §3º da CF: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

observância de súmula vinculante (incisos I e II), tal como adiante será visto; nos demais casos, pode-se dizer que o efeito expansivo operaria de forma natural – mas a questão ganha certa complexidade quando o art.988 do CPC prevê hipótese de reclamação para todas as hipóteses citadas, cabendo questionar-se se se inaugurou um novo sistema de precedentes vinculantes para tais casos.

Por sua vez, de significativa importância é a consagração do art.926 do mesmo CPC, ao estabelecer que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Isso quer dizer que a jurisprudência deve ser uniforme e estável, configurando como resposta institucional de um colegiado, evitando-se variações de entendimentos ao sabor de opiniões individuais de juízes. Vale mencionar: consagrou-se a ideia de orientação em sentido horizontal. Essa lógica de respeito aos precedentes também se vê no art.932, que trata dos poderes do relator em âmbito de tribunais, prevendo o inciso IV desse artigo a incumbência de “negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal, b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo”.⁶⁶

Óbices, no entanto, podem ser levantados no que diz respeito à vinculação a precedentes num sistema como o brasileiro, entre os quais a suposta ideia de que isso feriria o natural desenvolvimento do direito ou mesmo a independência dos juízes. A isso parece que a discussão vem sendo um tanto quanto exagerada, na medida em que existem, obviamente, técnicas de superação de precedentes, seja total (*overruling*) seja parcial (*overrinding*), superações essas normalmente antecedidas por uma sinalização (*signaling*).

Não há uma vinculação absoluta, por assim dizer, aos precedentes da Corte Suprema. A esse propósito, a *House Of Lord* (hoje *Supreme Court*, da Inglaterra) já proclamara, em 1966, a possibilidade de derrubar seus próprios precedentes – o que aqui já demonstra que, em nível horizontal, é perfeitamente possível a superação de um precedente.

Juristas de tomo, inclusive, chegam a questionar se realmente existe uma diferença substancial no que diz com o grau de vinculação de precedentes entre os juízes ingleses e americanos e os juízes continentais. “Acerca disso não se pode dizer nada de seguro”, anota Alf Ross, explicando que, para doutrina *stare decisis*:

não interessa a questão ideológica se os precedentes possuem ou não de fato ‘força vinculante’, mas a questão se a doutrina tem condições de oferecer critérios objetivos

⁶⁶ Algumas controvérsias relacionadas ao novel CPC, e que interessam ao presente estudo, serão abordadas no item 2.1.2.

tais quais se possa falar de uma efetiva restrição da liberdade do juiz ao avaliar a força vinculante das precedentes decisões jurídicas

dando, ainda, como razões que justificam seu ceticismo, os seguintes pontos: a) o precedente é considerado vinculante somente no que diz respeito a sua *ratio decidendi*, sendo certo que não se pode negar que o juiz tem considerável liberdade no interpretar da mesma; b) em segundo lugar, o juiz pode distinguir o caso novo do velho, hipótese em que pode descartar o precedente. Chega a concluir que “a doutrina do *stare decisis* em realidade é somente uma ilusão”.⁶⁷

Tradicionalmente, afirma Sérgio Chiarlone, se costuma dizer que o precedente tem eficácia vinculante nos sistemas *common law* e persuasiva nos de *civil law*. Porém, ambas as afirmações podem ser contestadas: a) primeiro porque se reconhece a faculdade das Cortes Supremas de não respeitarem o próprio precedente, b) depois porque, aos juízes de piso, inexistem nenhuma sanção para os que não seguem o precedente superior; de tal maneira que “rende impossível asserir, sob um plano estritamente jurídico, a vinculatividade vertical, do cima para baixo” (=rende impossibile asserire, su um piano strettamente giuridico, la loro vincolativitá verticale, dall’alto verso il basso”.⁶⁸

Tudo isso demonstra que o receio é infundado e que a razão de respeito aos precedentes em nada engessa o sistema ou diminui a capacidade interpretativa dos demais juízes.

E o exemplo pode ser colhido na própria jurisprudência do STF na aplicação de súmulas vinculantes por esse editadas. Mesmo nesses casos – súmulas vinculantes⁶⁹ – o STF tem operado distinções na sua aplicação a depender do caso.

Veja-se, primeiramente o caso da súmula que estabeleceu a excepcionalidade no uso de algemas (SV nº 11), que possui a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

⁶⁷ ROSS, Alf. *Diritto e giustizia*, p.81 a 86. (trecho no original: “non interessa la questione ideologica se i precedenti abbiano o no di fatto ‘forza vincolante’, ma la questione se la dottrina sai in grado di offrire critério oggettivi tali che si possa parlare di una effettiva restrizione dela libertá del giudice nel valutare la forza vincolante di precedenti decisioni giuridiche”).

⁶⁸ Op.cit, p 236-237.

⁶⁹ A doutrina brasileira aponta que as súmulas vinculantes seriam o exemplo de “precedentes com eficácia vinculante” (ao lado das decisões proferidas em controle concentrado e das decisões em recursos em incidentes de processos repetitivos), que teriam grau máximo de eficácia, convivendo com outras categorias de precedentes, vale dizer os “precedentes com eficácia meramente persuasiva” e os “precedentes com relativa eficácia vinculante” essa é a classificação de José Rogério Cruz e Tucci, “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, in: *Direito Jurisprudencial/Tereza Arruda Alvim coordenação*. São Paulo: Ed. RT, 2012.p. 98 a 131).

A redação parece ser clara que o uso de algemas é medida excepcional, que exige fundamentação idônea justificada por escrito. No entanto, na Reclamação 9470, de 2014, perante o STF, corroborou-se que a simples falta de policiais no fórum já seria medida bastante a justificar seu uso.⁷⁰

De igual maneira⁷¹, com efeito, o caso da súmula vinculante nº 5, segundo o qual

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuado a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

A exceção ao final da súmula se passa em virtude do entendimento que a concessão de aposentadoria é ato complexo, que necessita de manifestação do TCU para seu aperfeiçoamento. Porém, no MS 25.116, o STF concedeu segurança ao impetrante que teve ato negado pelo TCU, ato esse praticado com mais de cinco anos da ciência pelo órgão da aposentadoria concedida. Justificou-se que tal lapso “consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar”, pelo o que seria necessário o prévio contraditório, dando-se guarida aos princípios da segurança jurídica e da lealdade. Na ementa, fixou-se o seguinte entendimento:

O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º).⁷²

Já no caso do nepotismo (SV nº13), tem-se a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para

⁷⁰ Ementa: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO INADEQUADA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11. 1. Nos termos da súmula vinculante 11, “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. 2. **No caso dos autos, a decisão reclamada indeferiu a retirada das algemas em razão da falta de policiais no fórum.** 3. “Não é possível admitir-se, em sede de reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pela juíza para negar o pedido da defesa de retirada das algemas do reclamante.” (Rcl 6.870, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 9470 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 11-11-2014 PUBLIC 12-11-2014) – Destacado.

⁷¹ Os exemplos que seguem foram extraídos em Jogando com Precedentes, A. Maués.

⁷² MS 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107.

o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Em que pese a redação acima, não tardou o Supremo a excluir de sua hipótese normativa casos em que o cargo a ser ocupado fosse de natureza política:

1. A jurisprudência do STF preconiza que, ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13." (RE 825682 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 10.2.2015, DJe de 2.3.2015)

Por outro lado, o STF fez questão de ressaltar que a referida súmula não esgota todas as possibilidades de formas de configuração do ilícito nepotismo:

[...] 3. A redação do enunciado da Súmula Vinculante nº 13 não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo da Administração Pública, uma vez que a tese constitucional nele consagrada consiste na proposição de que essa irregularidade decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da edição de lei formal sobre o tema. (...) (Rcl 15451, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.2.2014, DJe de 3.4.2014)

Como se vê, o próprio STF parece se sentir à vontade para a extração da *ratio* de seus precedentes, operando distinções quando necessário e até mesmo “relativizando” a aparente “rigidez” desses.

Em estudo acerca de diversas Reclamações ajuizadas junto ao STF, Antonio Maues conclui que:

o STF admite que a vinculação dos juízes e tribunais às suas decisões e súmulas não os impede de fazer distinções e deixar de aplicar esses precedentes a determinados casos. Portanto, o efeito vinculante não significa que os demais órgãos judiciais estejam impedidos de reapreciar a constitucionalidade de uma norma no caso concreto e deixar de aplicá-la, mas sim que eles devem apresentar argumentos que justifiquem seu afastamento do precedente. Consequentemente, a diferença entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos precedentes do STF deve ser matizada, uma vez que, embora os demais órgãos judiciais não possam revogar esses precedentes, eles não estão obrigados a aplicá-los a todos os casos potencialmente compreendidos por eles.⁷³

E aqui vale a observação de José Oliveira Ascensão, ao analisar o sistema do *common law*, ressaltando que “não devemos pensar que a atuação do precedente torna a solução do caso numa atividade mecânica”, no sentido de que ao juiz caberia “a posição passiva de verificar se algum tribunal se pronunciou já sobre aquela matéria para depois decidir da mesma forma”, tal

⁷³ O efeito vinculante na jurisprudência do STF: análise das reclamações constitucionais n.11.000 a n.13.000.

maneira de proceder, explica, pode até ser a do mau juiz anglo-americano mas “não é a que corresponde ao espírito do sistema”, para a seguir ponderar:

a sua utilização do precedente não se basta com uma apreciação literal, antes impõe uma análise substancial de cada caso. E o elemento que desde os primeiros tempos evitou que se caísse na estagnação e deu ao sistema, apesar de tudo, uma certa possibilidade de evolução através da elaboração judicial, foi o uso criterioso das distinções.⁷⁴

Tudo isso exposto não quer dizer que o Brasil deve adotar um modelo idêntico ao previsto na América ou Inglaterra. Nossa ampla tradição de direito escrito e nosso atual arcabouço legislativo não permitem afirmar que toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade forme precedente de cunho vinculante.

Exatamente por isso, deve ser ressaltado que a atual legislação brasileira e a jurisprudência da Corte Superior ainda lidam de forma peculiar com as decisões e respectiva formação de precedentes. Vale expor: a formação de precedentes vinculantes no Brasil ainda se restringe a algumas decisões, geralmente relacionadas com o meio processual discutido. É notório, ainda, destacar que o próprio STF tem reiteradamente deixado de seguir suas decisões pretéritas.

A fim de melhor analisar tais pontos, parte-se, a seguir, ao estudo do estado atual das coisas, à luz das recentes reformas legislativas e da jurisprudência atual da Corte. Posteriormente, avançar-se-á no estudo de um modelo aplicável que reconheça a essência *stare decisis* no Brasil.

É preciso aduzir-se, de antemão, que, para os fins aqui estudados, e em corroboração à ideia de dissolução da discriminação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade quanto ao meio processual usado, atenção deve ser dada a dois pontos específicos: i) o procedimento pelo qual se forma o precedente (e, como dito na introdução do trabalho, as categorias processuais não podem ser descuradas) e ii) qual a razão de fixar-se um precedente de cunho vinculante no contexto brasileiro (haja vista nossa forte tradição de direito escrito).

⁷⁴ Fontes do direito no Sistema do “Common Law”.

3.1.3 O sistema de precedentes e a eficácia vinculante nos controle difuso e concentrado de constitucionalidade: a situação atual

Analisa-se, nesse momento, de que forma a jurisprudência e a legislação nacional lidam com o tema. Vale ressaltar: o que pode ser entendido como precedente de cunho vinculante no contexto brasileiro.

As observações serão divididas em duas partes: i) decisões relacionadas ao controle concentrado de constitucionalidade (modelo *Kelseniano*) e ii) decisões relacionadas às decisões por ocasião de uma controvérsia (modelo *marshalliano*).

A pergunta que se quer responder: toda e qualquer decisão no controle de normas pelo STF tem caráter vinculante para os juízos posteriores? a resposta, no contexto atual, é negativa, conforme se passa a expor.

3.1.3.1 A formação de precedentes vinculantes no controle concentrado de constitucionalidade: a reclamação constitucional e o rechaço à teoria dos motivos determinantes

Interessa, aqui, analisar-se o chamado efeito vinculante e como esse impõe obrigatoriedade no que diz com as decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

Para entender-se o efeito vinculante no Brasil, é preciso fazer-se um breve retrospecto de sua positivação em nosso ordenamento.

Com efeito, sua primeira previsão deu-se com a outorga da Emenda Constitucional n.3, que previu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Tal emenda acrescentou o §2 ao art.102 da CF, com a seguinte redação:

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

Veja-se que tal efeito dirigia-se somente ao novel instituto da ADC.

Importante mencionar que a repercussão prática do efeito vinculante – logo após sua previsão - consistiu na possibilidade de utilização da Reclamação (RCL) como meio processual apto a questionar decisões que contrariassem a autoridade do julgado do STF, vale dizer o comando do *decisum*, o seu dispositivo.⁷⁵

⁷⁵ “A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão – precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas” (STF, no julgamento da ADC 8- Mc, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j.03.10.1999).

Embora a Emenda Constitucional aduzisse apenas à ADC, não tardou para que o efeito vinculante também fosse previsto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): primeiramente, pelo artigo 28, par. único da lei 9898/98, após, pela Emenda Constitucional n.45, que conferiu novo dispositivo ao mesmo art.102, §2 da CF:

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.

Nota-se que a própria criação e concepção da ADC levava em conta a questão da divergência entre decisões tomadas em controle difuso daquelas exercidas pelo STF em controle concentrado, sendo que o “instrumento utilizado para lograr essa ‘uniformização’, preservando a hierarquia entre as instâncias do Poder Judiciário, foi o efeito vinculante, instituto até então inexistente no Direito brasileiro”.⁷⁶

O pano de fundo, portanto, era exatamente a coerência interpretativa, a estabilidade dentro do Poder Judiciário e a segurança jurídica aos jurisdicionados – evitando-se, também, o chamado *Forum Shopping*, situação em que o judiciário resolve casos similares de diferentes modos, a depender do juízo em que distribuída a ação.

Questão importante diz respeito aos limites objetivos do mencionado efeito vinculante. Foi ressaltado que a utilização da Reclamação se daria em caso de desrespeito ao *dispositivo* da decisão dada em controle concentrado de constitucionalidade. A questão deve avançar para saber-se se o STF encampou a tese da *teoria dos motivos determinantes*. O que, afinal, vincula na decisão de constitucionalidade?

Gilmar Ferreira Mendes aduz que a criação da ADC deve ser cotejada à luz do modelo germânico, uma vez que sua disciplina teria se inspirado no § 31-2 da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã: “enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que eles não de se limitar à parte dispositiva da decisão”, explica Mendes, “sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão”⁷⁷. Defende, portanto, que a decisão valha para além da parte dispositiva, de modo a abranger “a norma abstrata que dela se extrai”, vale expor: “que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso ser preservado ou eliminado”.

⁷⁶ SCAFF, Antonio G. Moreira Maués. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. fls.39.

⁷⁷ BRANCO, Gilmar; COELHO. *Curso de direito constitucional*, p.1283.

Essa ideia permitiria que o uso da Reclamação se passasse não apenas em relação à decisão específica de determinada lei ou ato normativo em que o STF tenha se pronunciado, mas, igualmente, a situações análogas ao decidido, tal como uma lei de Estado *x* da federação que regulamentasse uma mesma disciplina já objeto de inconstitucionalidade no Estado *y*.

A orientação atual do STF, no entanto, é de negar o uso de Reclamação nessas hipóteses. Vale dizer: o Tribunal tem rechaçado a tese da transcendência dos motivos determinantes para o controle concentrado.

Na Reclamação 3.014/SP, constou-se na ementa da decisão que “o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas”, tese essa “rejeitada pela maioria do Tribunal”. Ponderou-se, no caso, a inexistência de parâmetro entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático, já que uma e outra dizia respeito à regulamentação legal de diferentes municipalidades.⁷⁸

Porém, para além da discussão acerca da transcendência dos motivos determinantes, de igual interesse na mencionada reclamação foi a tentativa do Min. Gilmar Mendes no sentido de controlar incidentalmente a constitucionalidade da norma questionada na referida ação, tese essa que também acabou sendo não acolhida. Com efeito, em voto-vista, ressaltou o ministro que “ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante aos motivos determinantes) à decisão”, seria o caso de o Tribunal admitir, “em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional” a possibilidade de se “declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade”, a preocupação, segundo o ministro, era de resolver a situação de imediato e em conformidade com os precedentes da Corte (de se observar, mais uma vez, a

⁷⁸ EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 "por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)", este se limitou "a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional". 3. Reclamação julgada improcedente. (Rcl 3014, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-02 PP-00372)

tentativa do ministro de conferir entendimento que prestigie a força do precedente constitucional).

Os pontos acenderam vivo debate no âmbito do tribunal: a Min. Carmem Lúcia apresentou grande preocupação no sentido de melhor sopesar-se “qual rota o Tribunal vai [iria] tomar”, na acepção de que “qual diretriz do STF relativamente às decisões que poderão ser objeto” de reclamação. O Min. Sepúlveda demonstrou receio que o número de Reclamações ultrapassassem os de agravo de instrumento na Corte; a Min. Ellen Gracie expôs que a reclamação não seria “instrumento adequado para declaração de inconstitucionalidade”, temendo ainda acerca das consequências da tese (“teremos que revisar todas as decisões do país”), além de expor que, com o pretendido alargamento do uso da reclamação, e considerando o número de ADI e ADC julgadas - com temas “cobrindo praticamente todos os ramos do Direito”, decorria um efeito inimaginável no número de processos. O Min. Gilmar Mendes, em defesa, ponderou que a solução deveria merecer logo julgamento, e que “a Suprema Corte Americana tem menos processos exatamente porque aplica o modelo *stare decisis*”. Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa observou que “em matéria de *stare decisis* estamos no jardim de infância”, dizendo ainda que o Tribunal “deveria ir com muita cautela, porque mesmo lá nos Estados Unidos isso foi desenvolvido paulatinamente, ao longo de séculos”, ao contrário do Brasil, “que não temos essa cultura, a adotamos há pouquíssimo tempo e já estamos querendo dar passos larguíssimos”.

Além de negar-se a possibilidade de controle incidental em âmbito de RCL, o fato é que o Tribunal rechaçou também a chamada tese da transcendência dos motivos determinantes, pelo o que, para fins de fixação do precedente constitucional, não há que se falar de uso de Reclamação (RCL) para fazer valer a norma de decisão fixada ou a *ratio decidendi* da causa para os casos análogos.

A preocupação maior, como se vê no citado debate, foi no sentido da sobrecarga de trabalho que tal orientação poderia repercutir no próprio STF.

Mas tudo isso ganha um maior complicador se se considerar o atual novo código de Processo Civil brasileiro. De fato, o art.927, tem-se que: “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, mais ainda, cabe Reclamação, segundo o novel Código para “garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art.988, III, NCPC). Se não se admite a transcendência dos motivos determinantes que exsurtem das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, questiona-se em que medida devem os juízes e tribunais observarem o resultado dessa forma de controle?

Se a censura é de ordem *textual*, naturalmente a decisão tem o condão de expulsar a norma questionado do ordenamento jurídico, a consequência natural parece ser mais simples; de fato, declarada a norma inconstitucional, essa não poderá servir de base como causa de pedir em ações posteriores ou mesmo o juízo amparar uma decisão valendo-se dessa. Decorre daí, a possibilidade de uso de RCL, a fim de fazer valer a decisão firmada pelo STF que concluir que a norma objeto de controle é “letra morta”.

A questão ganha contorno especial quando a censura é de ordem *normativa*. Aqui é mais importante, como ressaltado, o raciocínio desenvolvido na sentença, a *ratio decidendi*, os motivos determinantes da sentença. Trata-se de como as sentenças interpretativas formam precedentes e como é essencial o argumento desenvolvido nessas. Defendeu-se, no início desse trabalho, que essas decisões desembocam num estilo de sentença que muito se aproxima aos do modelo da *common law*, já que não importa a censura textual, mas sim a fundamentação ou os arrazoadas no sentença, vale insistir: o direito como argumentação.

Esse importantíssimo ponto, não obstante, não foi de forma clara regulamentada no novo CPC. Resta saber de que forma o STF irá se manifestar, já que o dever de seguir precedentes liga-se com elementos da sentença constitucional que não se resume ao comando efetivo dado no dispositivo⁷⁹.

De qualquer modo, restringir ao comando efetivo da sentença o efeito vinculante é medida que não parece se encaixar com a ideia mesma de respeito a precedentes. As coisas serão facilitadas, se, por ex., se fixar no *decisum* a interpretação conforme a constituição de determinada norma ou, ainda, a declaração de nulidade sem redução de texto.⁸⁰ Porém nos casos de sentença interpretativa, de um modo geral, mais útil seria dar guarida aos motivos determinantes da sentença. Se o objetivo maior é conferir unidade perante a interpretação e previsibilidade das decisões dadas pelo Poder Judiciário, seria necessário dar-se guarida a *ratio decidendi*, que, como cediço, não se confunde com o comando dispositivo da sentença.

⁷⁹ Acerca dos elementos da sentença que avalia a inconstitucionalidade, v.item 3.1; sobre a sentença que analisa em tese a legitimidade das leis em tese, v.item3.2.2

⁸⁰ Tais técnicas serão vistas adiante, v.3.2.1

3.1.3.2 *A formação de precedentes vinculantes no controle difuso de constitucionalidade: efeito expansivo, recursos extraordinários e súmulas vinculantes.*

Já se aduzia em outro tópico acerca de alguns pontos de discussão da RCL 4335 junto ao STF. É o momento de aprofundar-se um pouco mais acerca dos importantes temas tratados naquela oportunidade, relacionando-os com o controle de legitimidade por ocasião de uma controvérsia.

Relembre-se a menção crítica do Min. Gilmar Mendes acerca do alcance ao art.52, X da CF, no sentido de que a função do Senado vem sendo inútil caso não se considere outra coisa “que não [a função] de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade”, propondo para isso a tese da mutação constitucional.

Vale relembrar o caso: em anterior *habeas corpus* julgado pelo STF (HC 82.959/SP), esse decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em crimes hediondos (art.2, §1 da lei 8.072/1990), decisão de inconstitucionalidade essa, como se vê pelo veículo processual, dada incidentalmente. A Defensoria Pública da União ajuizara Reclamação para que se sustasse decisão de vara penal do Acre que, em situação análoga, proibira a progressão para a situação concreta. Lembre-se que, apesar de declarada inconstitucional, não havia o Senado operado com a sustação do artigo, na forma do art.52, X.

Importa focar-se no voto que, ao final, prevaleceu. Com efeito, o Min. Teori Zavasck explicitou que a força expansiva dos precedentes da Corte não operaria apenas em caso do cumprimento, pelo Senado, do art.52, X. Mas, ainda que se opere essa força expansiva de outro modo, isso não quer dizer que automaticamente se abra a via da Reclamação para que o cumprimento da orientação seja desde já decidido pelo STF.

Destacou o voto que, no âmbito do controle jurisdicional de normas, duas modificações introduzidas pela EC 45 de 2004 comprovam essa evolução no que diz com a força expansiva: a autorização a edição de súmulas vinculantes (art.103- A da CF) e a instituição de novo requisito para conhecimento do Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral (103, §3, CF). Isso, repise-se, não quer dizer, ressaltou o Min., que o descumprimento dessas decisões com força expansiva decorreria o efeito de abrir a via da Reclamação para questionamento junto ao Supremo:

É que, considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante erga

omnes a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação.

Dessa feita, concluiu o Min., e essa parece ser a orientação atual do STF:

Assim, sem negar a força expansiva de uma significativa gama de decisões do Supremo Tribunal Federal, é de ser mantida a sua jurisprudência, segundo a qual, em princípio, a reclamação somente é admitida quando ajuizada por quem tenha sido parte na relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar. A legitimação ativa mais ampla somente será cabível nas hipóteses expressamente previstas na Constituição ou em lei ou de atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* - notadamente contra atos ofensivos a decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade e a súmulas vinculantes, em que se admite legitimação ativa mais ampla (CF, art. 102, § 2º, e art. 103-A, caput e § 3º; Lei 9.882/99, art. 13, e Lei 11.419/06, art. 7º). Por imposição do sistema e para dar sentido prático ao caráter expansivo das decisões sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental, há de se considerar também essas decisões suscetíveis de controle por reclamação, quando ajuizada por entidade ou autoridade legitimada para a propositura de ação de controle concentrado (CF, art. 103).

Vistas assim as coisas, tem-se que o STF seguiu a orientação seguinte: não há possibilidade de valer-se da via da RLC para afirmar a decisão tomada por ocasião de uma controvérsia específica, no controle difuso de constitucionalidade, caso tal decisão não se converta em súmula vinculante (ressalvada a hipótese de a Reclamação ser ajuizada por entidade ou autoridade que possui legitimação para o controle concentrado, na forma do art.103).

Isso quer dizer que, se o que marca o efeito vinculante relativamente ao controle concentrado é a nota da abertura processual do uso da RCL, o mesmo não ocorre quando a decisão de legitimidade da lei se passa no âmbito de uma controvérsia específica, que, apesar de ter força expansiva, terá vinculação com outros contornos. Sob tal ótica, portanto, não parece ser adequado aduzir-se a efeito vinculante do precedente tão somente levando-se em conta a possibilidade de RCL para questionar dada decisão que se afaste de sua autoridade, ou, então, deve-se considerar que força expansiva e força vinculante não são institutos toalmente similares, já que somente o segundo abriria a via da RCL como meio de questionamento processual.

No entanto, deve-se acrescentar, no caso específico do Recurso Extraordinário, as coisas mudam um pouco. Com efeito, com o advento do NCPC, tornou-se possível valer-se da RCL para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (art.988, IV, NCPC). Vale dizer: o RE, discutido e decidido no rito dos recursos repetitivos, abre a possibilidade, igualmente, para o uso desse instrumento processual.

Ocorre destacar, no entanto, que a sistemática das causas repetitivas mais se liga com as chamadas demandas de massa, o que não necessariamente se relaciona com o problema da articulação entre os controle difuso e o controle dado pelo STF no processamento do RE que levam em consideração o controle de legitimidade das leis (como por ex. o processamento com base no art.102, III, b da CF, que leva em conta decisão recorrida que julga inconstitucional lei federal).

Importa, portanto, ter em mente a eficácia da decisão de inconstitucionalidade dada em RE e sua força de precedente, sem que esse recurso tenha sido discutido no bojo dos chamados “recursos repetitivos”, já que o NCPC assim o fez.

Na RCL 10.793, foi consignado, por unanimidade de votos, que as decisões proferidas pelo plenário do STF “quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por esses, de outros feitos sobre idêntica controvérsia”, ressaltando-se ainda que os juízes e desembargadores devem “respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema”⁸¹.

A ministra relatora Ellen Gracie destacou que a matéria da citada RCL tinha como pano de fundo importante discussão, qual seja a admissibilidade de reclamação em casos de “decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal quando a matéria tratada no recurso tenha a repercussão geral reconhecida”. Ressaltou que seria inerente a sistemática inaugurada pela EC 45 que as decisões do plenário do STF tomadas em julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculassem os demais membros do judiciário quanto a solução dada. Não obstante, isso não quer dizer que tal desrespeito abriria a via da RCL para que o STF cassasse a decisão em sentido contrário:

Não é dado às partes de uma ação judicial, portanto, ajuizarem Reclamação perante esta Corte quando se depararem com decisões contrárias ao entendimento firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Não se deve substituir as vias recursais ordinária e extraordinária pela via da reclamação. O acesso ao STF não se faz per *saltum*

Como se vê, a ideia aqui é semelhante à conclusão chegada na RCL 4335. Posto que se reconheça o efeito expansivo das decisões da Corte (as processadas por RE com repercussão geral reconhecida), o desrespeito do *decisum* pelos demais juízes brasileiros não autorizaria o

⁸¹ Rcl 10793, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011.

uso da RCL como meio de cassação da decisão que se distancia da autoridade do precedente, devendo a parte valer-se dos meios recursais ordinários.

Observe-se que, ficará ao cargo do STF, ao momento do controle por ocasião de uma controvérsia, valer-se da possibilidade de outorga de súmula vinculante (obviamente, observados seus requisitos, “após reiteradas decisões em matéria constitucional”, além do quórum de dois terços dos seus membros, na forma do art.103 da CF), e, dessa forma, conferir força obrigatória ao resultado do julgado com a peculiar nota de abertura do uso da reclamationária.

Atente-se, no entanto, que, a força expansiva e a obrigatoriedade de seguir os precedentes do STF em controle concreto é medida que parece estar se consagrando, superando-se a orientação tradicional de eficácia *inter partes*, tal como discutido ao longo desse estudo.

No entanto, o que significa o respeito a esses precedentes, que possuem força expansiva (na acepção dita pelo Min. Teori Zavasck)? A *ratio decidendi* deveria ser seguida?

Nos parece que a resposta é positiva, e a razão é reforçada numa das inovações que mais chamam atenção no novo Código de Processo Civil. Trata-se do §1 do art.489 do NCPC (relacionada ao dever de fundamentação judicial), que possui a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O respeito aos precedentes com força expansiva significa, fundamentalmente, o seguinte: *o dever de levar em consideração o precedente, trabalhando-se em ampla perspectiva argumentativa*. De fato, na dicção do inciso V a resolução do caso amparado em precedente ou enunciado de súmula (súmula não vinculante, ressalte-se) deve identificar os fundamentos determinantes do precedente ou da súmula invocada de tal modo que esses se ajustem à controvérsia. Vale ressaltar: entre em jogo os motivos determinantes, o raciocínio jurídico da decisão anterior invocada como precedente.

De igual maneira, a força expansiva dos precedentes pode ser invocada pelas partes em seus arrazoados e o juízo terá o *dever de levar em consideração*, aplicando-o ou fazendo as distinções cabíveis, tudo à luz da *ratio decidendi* do precedente. Imagine-se, por ex., o caso que serviu de base para a reclamação 4335, visto acima. O STF, em *habeas corpus* decidiu pela

inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime para crimes hediondos - desconsiderando o fato que hoje esse entendimento fora veiculada por súmula vinculante, se a parte invoca, num determinado caso, tal precedente, deverá o juiz ter em consideração sua *ratio decidendi*, tendo o dever de segui-lo, a não ser que seja o caso de distinção.

Do mesmo modo, o STF veiculou interessante sentença interpretativa ao julgar o mérito do *Habes Corpus* 126.292, oportunidade na qual fixou-se a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Veja-se que o precedente citado modificou anterior linha decisória do tribunal que entendia que o cumprimento da pena só seria possível após o trânsito em julgado da decisão, o que implicava esperar o trâmite do processo junto aos tribunais superiores. Sem entrar no mérito da questão da eficácia temporal de decisões que se afastem de precedentes anteriores, não parece lógico que a nova tese firmada, por que fixada em *habeas corpus*, não tenha força expansiva para o judiciário como um todo (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e Superior Tribunal de Justiça). Assim, se o Ministério Público, por ex., invoca o mencionado precedente do STF (que fora fixado pelo julgamento de mérito, e por maioria de votos), o juízo terá que levar em consideração em seu julgamento, dele se afastando apenas nas hipóteses de distinção ou caso já tenha sido superada a orientação, não podendo simplesmente desconsiderá-lo sob a hipótese que a decisão superior não seria fonte vinculante.

Se a criação do direito é feita em coordenação com o legislador (tal como discutido no capítulo 1 desse estudo), os precedentes passam a ser vistos como fonte do direito, verdadeiras decisões aptas à diminuição da equivocidade das leis e códigos e responsáveis por propiciar maior coerência ao ordenamento jurídico. Daí por que a decisão posterior que se afasta do precedente firmado simplesmente desconsiderando-o se assemelha à decisão que desconsidera artigo de lei aplicável ao caso.

Nessa ordem de ideias, o precedente com força expansiva se distinguiria do efeito vinculante, no sistema brasileiro, da seguinte forma: o precedente vinculante será o precedente formado quando a crise interpretativa do direito o justifique, de tal maneira que essa instabilidade provoque grave conflitualidade no seio sócio-jurídico (assim se justifica, por exemplo, a outorga de uma súmula vinculante) havendo necessidade de um mecanismo compulsório de orientação interpretativa, apta a vincular o judiciário e a estrutura administrativa; a decisão que outorgue eficácia vinculante deve ser respeitar a ampla participação de setores da sociedade, terceiros interessados etc, muito embora o surgimento dessa possa advir de *qualquer* processo judicial, no atual sistema brasileiro, isso só ocorre: as

ações de controle abstrato de constitucionalidade, na outorga de súmulas vinculantes, e, mais recentemente, nos processos feitos na sistemática de recursos repetitivos – embora possa surgir a dúvida quanto à validade desse último, já que não previsto no texto constitucional.

3.1.4 Algumas observações críticas ao modelo brasileiro de precedentes vinculantes: uma proposta de conformação legislativa. A consolidação da distinção entre precedente com eficácia vinculante e precedente com eficácia expansiva

Como já se deixou consignado, não é o tipo de ação ou o meio processual que deve definir se precedente da Corte (que analisou a constitucionalidade de uma norma) deve ter caráter obrigatório e valer para todos – em que pese o nosso sistema classicamente fazer a discriminação do resultado decorrente da ação direta de inconstitucionalidade daquela exarada por ocasião de um certa controvérsia.

Rubio Llorente foi preciso em observar que a “natureza própria das decisões jurisdicionais limita sua eficácia a quem fosse parte do processo”, porém, quando tais decisões implicam pronunciamento sobre a invalidade de uma dada norma de caráter geral, “parece surgir uma contradição entre a limitação própria da coisa *res judicata* e a eficácia *erga omnes* da norma questionada”.⁸² Rodolfo Mancuso, em igual direção anota que, mesmo quando o controle se passe diante de uma controvérsia específica “fica visível que o controle judicial da constitucionalidade não é vocacionado a ser um *processo de partes*”, isso porque há “preponderância do interesse público no desfecho da causa, levando à configuração de um contencioso objetivo, o que vem explicar a vedação ao ingresso de assistentes no feito (art.1 8 da Lei 9.868/99; RISTF, art.169, §2º).”⁸³

A própria possibilidade, reconhecida jurisprudencialmente, de modulação de efeitos temporais em controle difuso indica que o *thema decidum*, no controle de normas, se trata de questão geral ou *erga omnes*.⁸⁴

Deve-se ter em conta que o Brasil, e os países de tradição de *civil law*, tradicionalmente, não confere ao precedente judicial a autoridade que lhe é peculiar nos países do sistema de *common law*. Como explica Franco Modugno, da ideia de sujeição do juiz somente à lei decorre o corolário de que o precedente judicial não tem caráter vinculante; embora não se negue sua

⁸² *La jurisdicción Constitucional como forma de creación de derecho*, p.13.

⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013p.486.

⁸⁴ Confira-se, por todas, a seguinte orientação: "A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade." (AI 472.768-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-11-2006, DJ de 16-2-2007.)

eficácia persuasiva, tais precedentes não são tidos como fonte do direito, não podendo identificar-se com a “lei”.⁸⁵

Trata-se, com efeito, de diferença típica entre esses dois sistemas jurídicos. Isso obviamente não impede que a distinção venha a ser amenizada. A situação brasileira é particularmente interessante, já que se previu a adoção de duas grandes formas de controle de constitucionalidade conhecidas (*marshalliano e kelseniano*), fruto da tradição dos dois citados sistemas.

Os sintomas dessa dissolução, em plena evolução, é evidente ante as reformas legislativas recentes, tal como acima visto, com destaque ao novo processamento do RE e a instituição de súmulas vinculantes. Igualmente, a “explosão” das sentenças ditas interpretativas escancararam a necessidade de levar-se em conta o direito como argumentação, incidindo o raciocínio dessas sentenças de forma muito parecida com as decisões dadas no sistema do *common law*.

Não se pode deixar de expor que essa aproximação (ou superação) entre os sistemas pode sofrer contra tendência consistente justamente na insurreição da liberdade interpretativa dos juízes, tal como lembra Modugno.⁸⁶ Aliás, diga-se de passo, que essa insurreição tem sido a grande alegação dos que criticam o efeito vinculante das decisões do STF.⁸⁷

As críticas parecem ser improcedentes e sobre isso se aduziu um pouco acerca das técnicas de distinção (ver item 2.1.2), com a advertência de que o que separa o bom juiz do mau

⁸⁵ *Interpretazione*, fls.272.

⁸⁶ Idem, p.271. Episódio interessante, a propósito, ocorrido na Itália, conhecido como Guerra entre Cortes. Itália é país cujo ordenamento tradicionalmente não vê o precedente judicial com valor vinculante, tal como o Brasil. Sucedeu que decisões da Corte Constitucional italiana (que, observe-se, não é órgão do judiciário nacional), que indicavam a interpretação constitucionalmente conforme de leis questionadas, muitas vezes eram rejeitadas pela Corte de Cassação, que continuava a interpretar com o sentido diverso do indicado pela Corte Constitucional. O impasse da “*guerra tra le due Corti*” foi superado com a adoção e valorização, pela Corte Constitucional, do “direito vivente” (vale dizer: da jurisprudência dominante da Cassação). Com efeito, os questionamentos de constitucionalidade passaram a levar em conta o direito vivente, e a Corte Constitucional, na análise de tais questionamentos, poderia decidir que o direito vivente não contrastaria com a Constituição ou declarar que esse era orientação inconstitucional, mas não avançando ou indicando orientações interpretativas diversas (senão em casos que essa orientação dominante não existisse - ausência de direito vivente, portanto - quando a Corte, aí sim, colabora com a própria formação de um direito vivente com sua interpretação). PANIZZA, V. Malfatti; ROMBOLI, p.333.

⁸⁷ Por exemplo, a crítica de: “É temerário- repito- a adoção do efeito vinculante das decisões em interpretação conforme a Constituição, da decisão denegatória de ação direta de inconstitucionalidade (bem como às emanadas de decisões declaratórias de constitucionalidade, questão que deve(ria) continuar a desafiar a reflexão jurídica no Brasil), nos termos em que está sendo pretendida. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art.5º, II, da Constituição Federal (além disso, o próprio art.97 da Constituição estabelece quórum qualificado para declarar a inconstitucionalidade de leis, e não a constitucionalidade!). Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que esse efeito vinculante é uma camisa-de-força que atinge, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro”. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p.794.)

juiz será a não aplicação mecânica dos precedentes – assim com a própria lei não pode ser mecanicamente aplicada.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que tudo isso proporciona imensos desafios para o jurista de formação continental (ver item 3.5).

Ante todo o exposto, parece ser ideal que a decisão de inconstitucionalidade, *independentemente da forma de controle*, uma vez, por maioria, decida o mérito da questão, funcione como precedente obrigatório para os demais juízes. Adota-se, aqui, a ideia de isonomia perante a interpretação, garantindo-se uniformidade na aplicação da lei. Numa federação complexa e de dimensões continentais como o Brasil essa solução é antes de tudo, uma necessidade inadiável para a sociedade.

Deve ser reconhecido, não obstante, que esse avanço ocorra dentro de um marco legal que propicie a referida unificação de regimes, o que, como acima se viu, não é ainda o caso brasileiro.

Dá por que o presente estudo deve avançar no sentido de esboçar-se proposta de modificação, de *lege ferenda*, de nosso programa normativo, a fim de que se reconheça, como pilares os seguintes pontos de partidas: a) não é o procedimento ou tipo de ação de que deve ser decisivo para que a Corte Suprema outorgue precedente vinculante, b) a decisão de outorga de força vinculante (nos moldes brasileiros, tal como adiante se aprofundará) a um precedente deve partir de um raciocínio que a fundamente, vale dizer: a conflituosidade e disparidade interpretativas que propiciam insegurança jurídica, ausência de previsibilidade e descrédito do judiciário, c) a posição institucional do STF como Corte de vértice e sua função interpretativa e outros pontos correlatos relatados no capítulo 1.

O estudo do direito comparado, para a empreitada, pode ser de particular utilidade.

É o caso do sistema peruano, que reconhece ao precedente vinculante não uma atributo que decorre de um tipo específico de ação ou procedimento específico (como insiste o legislador brasileiro), mas sim uma especial qualidade a ser reconhecida, preenchidos pressupostos, na decisão judicial em que a Corte se manifeste (seja ela decorrente de uma ação direta ou por ocasião de um controvérsia específica).

Vale a pena, portanto, fazer-se uma breve digressão acerca desse sistema, o qual também consagra a existência do controle legitimidade das leis de forma direta e de forma difusa. É o que se faz a seguir:

3.1.4.1 O precedente constitucional peruano e suas lições ao Brasil

Das decisões da Corte Constitucional Peruana (CCP) podem derivar precedentes vinculante ou persuasivos. A possibilidade que uma decisão venha a tornar-se precedente vinculante encontra expressa previsão no Código de Processo Constitucional Peruano (CPCP), Lei 28.237 de 12004, em seu título preliminar, artigo VIII, que aduz: “As sentenças do Tribunal Constitucional que adquirem a autoridade de coisa julgada constituem precedente vinculante quando assim expresse a sentença, precisando o fim de seu efeito normativo.”.

Como se vê, para que venha a tornar-se vinculante exige-se que: i) a sentença constitucional faça coisa julgada, o que, no sistema peruano, só é possível quando a decisão venha a efetivamente analisar o mérito da causa (art.6 do CPCP) e ii) deve o Tribunal expressamente indicar que a decisão em causa terá essa qualidade.

Não se trata, portanto, de efeito automático de toda decisão judicial, o Tribunal, para conferir eficácia vinculante, deve obedecer os requisitos acima e respeitar pressupostos básicos que também foram listados no caso *Demarcación Territorial (Santo Domingo de Los Olleros)*, quais sejam: a) quando se observa que operadores jurídicos vêm resolvendo de forma distintas modalidades de casos e interpretações sobre dada figura jurídica (precedentes conflituosos e contraditórios); b) quando tais operadores vêm resolvendo de forma equivocada a interpretação dada a norma que compõe o bloco de constitucionalidade – aplicação indevida da norma; c) em casos de vácuos normativos; d) disparidades interpretativas em geral e e) quando se tem necessidade de modificação de um precedente também vinculante – nesse caso, e à luz do art.VII do título preliminar do CPCP, deve a Corte expressar os fundamentos de fato e de direito que sustentam a sentença e as razões pelas quais se aparta do precedente.⁸⁸

De mais a mais, esses precedentes vinculantes podem se formar tanto numa ação direta de inconstitucionalidade, como por ocasião de uma controvérsia anterior (o chamado controle difuso de constitucionalidade, discussão que geralmente chega à Corte pelas vias recursais, relacionadas a ações de tutela de direitos fundamentais como o *amparo*, *habeas corpus*, *habeas data* e o *cumplimiento*).

De prudência, então, fazer-se a análise do precedente vinculante num e noutra caso:

a) *Proceso de inconstitucionalidad discutido de forma abstrata:*

⁸⁸ “Quando o Tribunal Constitucional resolve apartar-se do precedente, deve expressar os fundamentos de fato e de direito que sustentam a sentença e as razões pelas quais se aparta do precedente”.

Se bem que se diferencie o processo de discussão da constitucionalidade de forma objetiva daquela relacionada a uma controvérsia específica, a Corte Peruana destaca que mesmo nessas ações é possível falar-se em uma dimensão subjetiva, já que se “o controle concentrado das normas possui como finalidade imediata a supremacia normativa da Constituição, depurando o ordenamento daquelas disposições que as contraria, tem, como fim mediato, impedir sua aplicação, é dizer, impedir que essas possam gerar afetações concretas (subjetivas) aos direitos fundamentais dos indivíduos”.⁸⁹

Mencione-se que a decisão de procedência no processo abstrato (nos *procesos de inconstitucionalidad*) tem como consequência natural “deixar sem efeito as normas sobre as quais se pronuncia” (art.81 do CPCP), e, uma vez que formem coisa julgada, vinculam a todos os poderes públicos e possuem efeitos gerais, contados, bem de ver, no dia seguinte à sua publicação oficial (art.82 do mesmo código).

A Corte parece dar guarida à chamada *teria dos motivos determinantes*, rechaçada atualmente no Brasil, mas que no Peru encontra interessante formatação.

De fato, na Sentença 00053-2004-PI-TC, o Tribunal, a despeito de se pronunciar em demanda de constitucionalidade de dada municipalidade, ressaltou que a decisão proferida, ao possuir coisa julgada, e ter força de lei, “resulta de inquestionável cumprimento obrigatório para todos os aplicadores públicos e privados de normas jurídicas, na integridade de seus termos”; vale dizer: “devem ser aplicados [seus termos] no processo que hoje se resolve e, *por conexão*, a aqueles outros casos similares que, sem ser parte do presente processo de inconstitucionalidade, apresentam [...] a mesma problemática”.

Nessa demanda, a Corte invocou o artigo 78 do CPCP que prevê “A sentença que declara a ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada, declarará igualmente àquela outra a que deve estender-se por conexão ou consequência”. Embora o artigo mais pareça se ligar às situações relacionadas à inconstitucionalidade por arrastamento, a Corte valeu-se do dispositivo a fim de que a *ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade fixasse precedente vinculante.

Conforme explica Victorhugo Montoya Chavez:

é pertinente afirmar que a sentença em seu conjunto, a partir de sua natureza de coisa julgada, adquire força vinculante para todos os poderes públicos, inclusive sua *ratio decidendi* de sua parte considerativa. Por isso, bastaria o só fato de que se detalhassem tais critérios interpretativos nos fundamentos da sentença para que estes adquiram a autoridade de coisa julgada, toda vez que tal argumentação constitua concretização da atividade interpretativa do Tribunal Constitucional. É por esta razão que as sentenças ditadas pelo Tribunal Constitucional vinculam, no marco de um processo de

⁸⁹ Confira-se Sentença N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC

inconstitucionalidade, não só no que diz respeito ao *decisum* ou dispositivo da sentença mas sim também no que diz aos argumentos – *ratio decidendi* – que constitui sua fundamentação. É que, diferentemente das *obiter dicta*, a *ratio decidendi* constitui finalmente a explicitação ou concretização da atividade interpretativa do Tribunal Constitucional e, dada sua estreita vinculação com o *decisum*, adquire também força vinculante para os tribunais e juízes ordinários, tanto se se declara a inconstitucionalidade da norma como se, no mérito, a rejeita.⁹⁰

Não obstante as lições, o que se pode perceber em algumas sentenças das Corte é que, ao fixar a orientação vinculante, o *dispositivo* outorga a ordem para que se respeitem os cânones fixados na fundamentação, fazendo remissão aos parágrafos em que desenvolvidas as premissas fundantes da sentença. É o que aconteceu na própria decisão acima comentada, bem assim, por exemplo, na Sentença STC n° 0030-2005-AI (que fixou os chamados “limites” às sentenças manipulativas – *Caso Ley de la Barrera Electoral*).

b) *O precedente constitucional fixado por ocasião de uma controvérsia específica.*

Nos termos do artigo 202 da Constituição Peruana, Cabe ao Tribunal Constitucional Peruano conhecer, em última e definitiva instância, as decisões denegatórias de processos de *habeas corpus*, *amparo*, *habeas data* e *cumplimiento*.

Em tais casos, a decisão é efetuada levando-se em conta uma controvérsia específica, podendo funcionar como precedente vinculante para os demais juízes se assim manifestamente decidir a Corte, observando-se os requisitos próprios (vistos acima). Veja-se que, embora a decisão tenha a tradicional eficácia *inter partes* reconhecida aos processos judiciais, a *ratio decidendi* formada pode tornar-se orientação que vincule os demais juízes.

A identificação dessa *ratio decidendi* é facilitada pela Corte, na medida em que, no próprio *decisum* ou dispositivo da sentença se remete expressamente aos parágrafos desenvolvidos na fundamentação que funcionarão como orientação vinculante.

Citem-se dois exemplos de temas em que fora outorgada eficácia vinculante às decisões da Corte Peruana:

c) Prazo razoável à prisão preventiva: na sentença STN n°3771- 2004- Habeas Corpus estabeleceu-se que a prisão preventiva não se ordenará senão quando estritamente necessária para assegurar que o processo se desenvolva sem obstáculos até sua finalização, fixando-se parâmetros a tanto, na medida em que a não extrapolação de prazo razoável se trata de manifestação implícita da liberdade pessoal.

⁹⁰ MONTOYA, Víctorhugo Chávez. *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia* (1966-2014). Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

A decisão da Corte segue o modelo de decisão em parágrafos numerados e, como já ressaltado, a própria decisão remete aos parágrafos em que a *ratio* foi desenvolvida para fins de fixação do precedente vinculante. Confira-se o exemplo desse caso:

[...] 33. De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, “*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*”.

34. En aplicación de la citada norma, son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos Nos. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26.

[...]

d) Liberdade empresarial: na sentença STN 2802-2005-PA, caso *Julia Benavides Garcia*, a Corte interpretou critérios para a liberdade de iniciar negócios e em que medida atitudes de municipalidades poderiam ferir a liberdade empresarial.

Até o fechamento desse trabalho, o número de Sentenças que fixaram precedentes vinculantes, no Peru, se resumia a 46 casos⁹¹. Tais casos representam uma variedade significativa, porém a maioria enquadrável a questões de direitos e liberdades fundamentais, tais como inabilitação política, liberdade de trânsito, tutela de urgência, jornadas atípicas de trabalho, limites às sentenças manipulativas, pensão mínima inicial, direito de retificação em órgãos públicos etc.

Mas não se pense que as decisões da Corte Constitucional devem ser cumpridas apenas se presente o efeito vinculante. A isso o Código de Processo Constitucional Peruano é claro em aduzir que:

Os juízos interpretam e aplicam as leis e toda norma com valor de lei e os regulamentos segundo os preceitos e princípios constitucionais, conforme a interpretação dos mesmos que resulte das resoluções ditadas pelo Tribunal Constitucional (artigo VI da Parte Geral).

Reconhece-se, com razão, que as decisões da Corte naturalmente possuem força expansiva, corolário da ideia de que as Cortes Supremas criam o direito em coordenação com o legislador – assim como se defendeu na primeira parte desse estudo.

Como já visto, no Brasil, a outorga de eficácia vinculante às decisões exaradas em ocasião de controvérsias específicas tem se passando acaso se aprove um enunciado de súmula vinculante, ou caso venha-se respeitada a regra do art.52, X da CF (função do Senado). De sua vez, embora reconhecida a eficácia vinculante das decisões abstratas de inconstitucionalidade, tal vinculação não parece atingir a *ratio decidendi*, tal como acima discutido.

⁹¹ Disponível em <: <http://www.tc.gob.pe/tc/resolucion/precedente/lista>>.

O sistema peruano parece ser mais coerente que o brasileiro, na medida em que: a) leva em conta que a necessidade de vinculação a precedentes pode ocorrer independentemente do meio processual levado à discussão perante a Corte, b) dá guarida expressamente aos motivos determinantes da sentença, facilitando essa busca ao remeter os parágrafos em que os critérios interpretativos essenciais ao caso foram desenvolvidos, c) a decisão da Corte Peruana é o resultado do trabalho de todos os Ministros, com redação unificada, representando uma resposta única, portanto, da Corte e não a opinião pessoal de seus membros – ao contrário do Brasil, em que cada ministro elabora seu voto de forma apartada, mesmo em caso de unanimidade, por exemplo.

Acerca desse último ponto, é necessário trazer ao texto as observações de estudo realizado a partir de decisões de nossa Corte Superior. Explicando José Rodrigo Rodríguez⁹²:

Temos a formação de padrões decisórios especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam. Os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registo dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal. A decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões de decidir.

Pondera o autor ainda que essa variável institucional “resulta em um padrão de argumentação que tende a ser baseado em argumentos de autoridade. Há pouca incidência de argumentação sistemática, que procure reconstruir racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz dessa reconstrução.”. Concorde-se, ainda, com o autor, quando aduz que as reformas recentes do Judiciário tem sido compreendida em termos quantitativos, relacionadas à velocidade do proferir da decisão, sem maiores preocupações com a qualidade intrínseca da mesma – e aqui é necessário frisar que o tema merece maior estudo e reflexão, especialmente ante a relevada importância do direito como argumentação jurídica.

Nessa ordem de ideias, a técnica brasileira das súmulas vinculantes se demonstra insatisfatória, na medida em que o precedente dever ser visto, repita-se, em virtude da qualidade da decisão judicial e não em face de um procedimento alheio⁹³ em que se visa outorgar

⁹² Para um aprofundamento, remeta-se ao estudo do autor: *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, cap.4.

⁹³ Art. 103-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

uniformidade e efeitos vinculantes por meio de um enunciado sumular, que, como é cediço, muitas vezes é incapaz de esclarecer a *ratio decidendi* que o justifica.

Para ficar-se com um exemplo, cite-se a recente súmula vinculante n.56, com a seguinte redação: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”. Parece um pouco mais do que evidente que a ideia seria vincular os demais juízes à *ratio* exposta no mencionado Recurso Extraordinário; cria-se, portanto, um verbete sumular apenas para declarar o que deveria ser óbvio: o dever de levar em consideração o julgamento citado. Melhor seria, como no sistema peruano, que, a partir da decisão levada em consideração, o RE passasse a ter efeitos vinculantes, considerando os requisitos para tanto, a partir da própria decisão em que veiculada. O efeito vinculante seria um efeito especial agregado à própria sentença, que passaria a ser de orientação obrigatório para os juízes e a administração pública.

De igual modo, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, as coisas se facilitariam se o STF pudesse expressamente desenvolver na sentença quais os critérios interpretativos adotados para a declaração de uma lei municipal x ser considerada inconstitucional, por ex. A partir daí, a *ratio decidendi* seria explicitada na própria sentença, podendo a Corte remeter aos parágrafos a qual desenvolvida a tese ou, expressamente, fixar a tese geral que deu guarida à conclusão (tal como no sistema peruano). Por exemplo: imagine-se a declaração de inconstitucionalidade de lei de uma determinada municipalidade que previsse o recebimento de honorários a auditores fiscais por produtividade, e que esses honorários não se submetessem ao teto do funcionalismo público; ao declarar a norma inconstitucional, o STF poderia fixar a *ratio decidendi* e outorgar efeitos vinculantes à tese fixada, não com relação apenas ao município de abrangência, mas sim fixando a orientação interpretativa de forma clara. A fixação da *ratio* deveria se passar de forma clara, inequívoca, uma verdadeira resposta institucional de um poder vocacionado a essa tarefa – havendo a necessidade de outorga de eficácia vinculante (um remédio amargo a fazer frente por ex. à alta conflitualidade interpretativa, a existência de verdadeiro conflito sócio jurídico) à tese mesma essa deveria se dirigir, dando-se guarida, pois, aos motivos determinantes da sentença. Observe-se bem: naturalmente a sentença, no exemplo dado, será vinculante relativamente ao caso julgado e à lei do município questionada; poderá ser vinculante a outros entes federativos em caso haja necessidade de conter os efeitos deletérios das disparidades interpretativas (possibilitando, por ex., que o ajuizamento de RCL para que prevaleça a tese fixada – município y com lei idêntica), caso em que a sentença deve ser expressa nesse sentido. De sua vez, a eficácia expansiva desse

entendimento também é medida natural que se agrega a decisão: servirá de base para que se questione leis de idêntico teor, porém não com a abertura da RCL direta ao Supremo por qualquer um (mas sim aos legitimados a propositura da ADI, por ex).

Útil, por fim, uma proposta de Emenda à Constituição em nosso país:

(Efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade) Art.1. As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Supremo Tribunal Federal, produzirão efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal:

I - nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade;

II – nos processos de sua competência, sempre que, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, a sentença assim se manifeste.

§1º Nos casos do inciso I e II, o STF deverá fixar na decisão a tese jurídica vinculante, cabendo o uso de reclamação, pelos legitimados previstos no art.103, para a hipótese de seu descumprimento.

(Controle Difuso de constitucionalidade e Interpretação) Art.2 Os juízes devem interpretar as leis e normas com valor de lei segundo os preceitos e princípios constitucionais, observando-se a interpretação resultante das decisões do STF.

4 POR UMA TIPOLOGIA DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Independentemente de como a discussão chega ao STF (vale destacar: independente do meio processual, seja por ocasião de uma controvérsia anterior – Recurso Extraordinário, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança, *Habeas Corpus etc*, ou questionando-se o dispositivo de forma direta – Ação direta de (in)constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão *etc*), as sentenças, que devem ter efeitos gerais e expansivos (para o próprio STF, horizontalmente, e para os demais juízes, verticalmente), podem assim ser classificadas.

O critério fundamental retoma a distinção entre texto e norma. O controle pode incidir tanto no primeiro quanto no segundo caso (nada impedindo de a mesma decisão combinarem as técnicas): tem-se, portanto, controle incidente no plano textual (sentença *eliminativo-negativa*), e, bem assim, incidente sobre as consequências normativas (ou seja, um controle sobre o produto da interpretação – que resvala, pois, no âmbito argumentativo: sentença *interpretativa* e sentença *manipulativa*). Todo controle, é bem de ver, parte de uma dispositivo-veículo para a discussão da questão – como ressaltado, a sentença criativa, ao contrário do legislador, cria direito a partir de dispositivos legais tidos como objeto do controle (não é ato de pura criação, por assim dizer), mesmo que esse objeto se constitua de cláusulas indeterminadas, princípios, normas supranacionais etc.

Tem-se a impressão, na classificação que se segue, que boa parte das soluções possa ser enquadrada no esquema proposto, embora não seja capaz de abarcar todas as complexas decisões e refinadas técnicas que exsurgem da necessidade prática. De qualquer forma, como pondera Hohfeld, “as palavras ‘camaleões’ constituem um perigo tanto para o pensamento claro como para a expressão lúcida”⁹⁴, vale dizer, a utilização das palavras adequadas para contextos diversos é importante para a melhor correspondência entre os conceitos jurídicos.

Antes, porém, importante fazer-se algumas considerações sobre a estrutura interna de uma sentença constitucional quanto a seus elementos constitutivos.

⁹⁴ HOHFELD, Wesley Newcom. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Tradução de Genaro R. Carrió. New Haven: [s.n.], 1913. p. 47.

4.1 Análise dos elementos da sentença constitucional

É possível extrair-se da sentença constitucional alguns elementos que a compõem.

Do ponto de vista estrutural (divisão), as sentenças proferidas pelo STF seguem os requisitos previstos no Código de Processo Civil brasileiro, que prevê a obrigatoriedade do relatório, dos fundamentos e do dispositivo (*decisum*). No entanto, do ponto de vista de seus elementos internos é possível arrolarem-se os seguintes pontos essenciais: i) a razão declarativa-axiológica, ii) a razão fundante (*ratio decidendi*), iii) a razão acidental ou subsidiária (*obter dicta*) e iv) a decisão (*decisum*).

No caso *Demarcación Territorial (Santo Domingo de Los Olleros)*⁹⁵ a Corte Constitucional Peruana exarou importante decisão explicitando cada um dos citados pontos:

a) a razão declarativa-axiológica: “é aquela parte da sentença constitucional que oferece reflexões referentes aos valores e princípios políticos contidos nas normas declarativas e teleológicas inseridas na Constituição”, isso implica “o conjunto de juízos de valores e princípios contidos nas normas declarativas e teleológicas inseridas na Constituição, que permitem justificar uma determinada opção escolhida pelo Colegiado”

b) a razão fundante (*ratio decidendi*) “expõe uma formulação geral do princípio ou regra jurídica que se constitui a base da decisão específica, precisa ou precisável, que adota o Tribunal Constitucional” ou seja, a regra ou princípio tido como indispensável para a resolução da demanda: é o fundamento direto da decisão; expondo ainda a Corte que tal razão fundante ou *ratio decidendi* “pode encontrar-se expressamente formulada na sentença ou pode ser inferida por via da análise da decisão adotada, as situações fáticas e o conteúdo das considerações argumentativas”.

c) a razão acessória ou acidental (*obter dicta*), por sua vez, é o trecho da sentença que “oferece reflexões, anotações ou apostilas jurídicas marginais ou aleatórias que, não sendo imprescindíveis para fundamentar a decisão adotada pelo Tribunal Constitucional, se justifica por razões pedagógicas ou orientativas [...]”; portanto, implica uma visão que vai além do caso em concreto.

d) a decisão ou *decisum* constitui a parte da sentença que:

em conformidade com os juízos estabelecidos através da razão declarativa-axiológica, a razão suficiente, a invocação normativa e, eventualmente, até mesmo na razão subsidiária ou acidental, de modo a precisar as consequências jurídicas estabelecidas para o caso objeto do exame constitucional.

⁹⁵ N.º 0024-2003-AI/TC

O precedente constitucional, como linhas atrás já se aduziu, só vincula no que diz com sua razão fundante (*ratio decidendi*). A razão acessória ou *obiter dicta* não possui valor vinculante, embora tenha função importante, sinalizando certa opinião do tribunal.

Não é tão importante, portanto, a coisa julgada estabelecida na decisão de inconstitucionalidade para a extração do precedente. Sabe-se que, em nosso sistema processual civil, a coisa julgada restringe-se a parte dispositiva da sentença. O art.503 do novo CPC aduz que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, e em seguida, no art.504, estabelece que não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inciso I) e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. É preciso ter em mente, bem de ver, que a vinculação a um precedente de decisão de inconstitucionalidade não se confunde com a coisa julgada exarada (ou com o dispositivo da sentença): a coisa julgada restringe-se ao elemento decisão (*decisum*).⁹⁶

O que vincula em um precedente, portanto, é sua *ratio decidendi* ou os seus motivos determinantes. Muito embora o ponto, e como já ressaltado no capítulo passado, no próprio STF há certa resistência quanto à adoção da *tese da transcendência dos motivos determinantes*, já que essa

implica[ria] prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígios 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 a democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo” (Reclamação, 5585, Rel.Min. Ayres Britto, decisão monocrática);

Mais ainda: “Em recente julgamento, o Plenário do STF rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 2.475-AgR, julgado em 2-8-2007)⁹⁷.

⁹⁶ Sobre o tema, Marinoni adverte que “Para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de (in)constitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes. Se não for assim, em caso de decisão de inconstitucionalidade não haverá sequer razão para falar em precedente. Só há sentido em pensar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares e não os casos já julgados, uma vez que estes, como é obvio, já estão protegidos pela autoridade da coisa julgada material. *O verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la.*” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, São Paulo: RT, 2010. p.259 (grifo nosso).

⁹⁷ Vejam-se, ainda, os seguintes julgados, mais recentes: Ementa: RECLAMAÇÃO. VALOR REFERENCIAL DE RPV FIXADO EM LEI LOCAL. ADI 2.868. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA. JUROS E CORREÇÃO. OFENSA À CAUTELAR NA ADI 4.425. INOCORRÊNCIA. 1. A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em processos objetivos abrange apenas o objeto na ação. Inaplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes. 2. A decisão reclamada não afastou os critérios previstos no art. 100, § 12, da Constituição. 3. Agravo regimental desprovido. (Rcl 18714 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO,

Tais decisões são questionáveis do ponto de vista técnico, pois infirmam a própria autoridade da Corte, menosprezando a função de uniformização da interpretação de suas decisões. Outrossim, negar a teoria dos motivos determinantes é negar a própria sistemática da vinculação a precedentes, ínsita a ideia de *stare decisis*, tal como fundamentando também no capítulo anterior.

Outro ponto importante: a decisão, para fixar precedente da Corte, deve ter sido exarada pelo órgão plenário competente. O precedente é uma qualidade da decisão dada pela Corte, não a opinião isolada de seus membros. Exatamente por isso, não fazem precedentes, entre outros, a opinião dissidente, decisões monocráticas não amparadas em precedente do colegiado etc.

4.2 Sentença Interpretativa

Um esquema decisório que vê na decisão de inconstitucionalidade a retirada do dispositivo impugnado do ordenamento pode contentar-se com a dúlice fórmula: *acolhimento* (declarando-se procedente a ação e reconhecendo-se, como no caso brasileiro, a sua nulidade) x *rejeição* (julgando-se improcedente a ação e declarando-se o dispositivo constitucional, com a permanência do mesmo no ordenamento). Ocorre ter em conta que a ausência de univocidade entre disposição e norma coloca em questão a possibilidade de rejeitar-se a interpretação dada a certo dispositivo questionado. O STF pode, então, atribuir um significado diverso daquele que foi questionado na ação de controle de legitimidade e, assim, concluir a questão aduzindo que determinada interpretação é ou não legítima.

A sentença que separa as normas constitucionais daquelas incompatíveis com a Constituição são as chamadas **sentenças interpretativas**. Incluem-se no conceito as sentenças que adotam as técnicas da “interpretação conforme a Constituição”, bem assim a “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. As sentenças interpretativas, assim,

Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 22-02-2016 PUBLIC 23-02-2016). RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 849-5/MT, 1.779-1/PE e 3.715-3/TO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. À míngua de identidade material entre os paradigmas invocados e os atos reclamados, não há como divisar a alegada afronta à autoridade de decisão desta Excelsa Corte, mormente porque a exegese jurisprudencial conferida ao art. 102, I, I, da Magna Carta rechaça o cabimento de reclamação constitucional fundada na tese da transcendência dos motivos determinantes. Agravo regimental conhecido e não provido. (Rcl 20727 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 12-11-2015 PUBLIC 13-11-2015).

deixam intacto o dispositivo textual questionado, embora incidam sobre o significado desses (as normas dele decorrentes).⁹⁸

Como explicam Zagrebelsky e Marcenó⁹⁹, não interessa mais a simples censura e eliminação do ato legislativo, mas sim de censurar o ato legislativo “quando não idôneo a dar efetividade aos princípios constitucionais”. A inconstitucionalidade, nesses casos, surge como uma “falha da interpretação” e é essa ordem de fatores que contribui para que, cada vez mais, tenha-se por superada a ideia de visão negativa da jurisdição, para uma posição positiva, de “recomposição interpretativa” do ordenamento. Trata-se, como concluem os autores, de uma substancial modificação no papel da Corte: que, de jurisdição de repressão passa à jurisdição de interpretação. Na sentença 356 de 1996, ressaltou a Corte italiana que, “em linha de princípio, as leis não são declaradas constitucionalmente ilegítimas porque é possível dar-lhes interpretações inconstitucionais (e alguns juízes podem assim concluir), mas porque é impossível dar-lhes interpretações constitucionais”. Em igual direção, o Código de Processo Constitucional peruano, estabelece que quando uma norma de inferior hierarquia é incompatível com outra norma constitucional, o juiz, ao realizar o controle difuso, deve preferir essa, sempre “isso seja relevante para resolver a controvérsia e não seja possível obter uma interpretação conforme a Constituição” (artigo IV – Controle difuso e interpretação Constitucional, Lei 28237, de 2004).

De sua volta, as sentenças interpretativas, ao contrário de uma sentença de acolhimento e eliminação do dispositivo legal questionado na ação de inconstitucionalidade, representam uma menor intervenção na tarefa do legislador (pelo simples fato de não censurar-se o ato legislativo outorgado pelo Legislador), e, em última análise, num maior prestígio à Democracia deliberativa¹⁰⁰.

⁹⁸ Como adiante será visto, a sentença interpretativa também possibilita que a própria CF seja “reforçada” em sua normatividade, de modo que seja interpretada levando-se em conta dispositivos de proteção internacional dos direitos humanos (função hermenêutica dos tratados de direitos humanos, que passam a ser parâmetro para a interpretação da própria Constituição).

⁹⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI. *Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2013 p.337,338.

¹⁰⁰ Como explica Nino Santiago, o discurso procedimental democrático é o melhor sucedâneo de um discurso moral ideal de tomada de decisões, na medida em que é o modelo que mais se aproxima de exigências de deliberação livre e de consenso; corolário desse entendimento é o dever de respeito das normas daí emanadas, cuja presunção de validade *prima facie* deve ser respeitada. Equivale dizer: os juízes, explica o mesmo autor, que não possuem designação e atividade submetidas aos mecanismos de discussão pública e aprovação majoritária, devem, em princípio “*acceptar la presunción de justicia de las normas que si se originan en esos mecanismos, salvo que ellas violen los derechos básicos que subyacen a la capacidad justificatoria de procedimiento democrático [...]*” (*La validez del derecho, cap., V, fls.89-107*). Bem interessante a propósito, o que decidiu a Corte Constitucional Peruana (CCP), ao tratar da legitimidade das sentenças interpretativas, bem como o dever de presumir a constitucionalidade das leis: “*Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución.*”

As sentenças interpretativas trabalham na perspectiva de análise da validade material de normas (não de dispositivos). Quando uma dada norma N1 contrasta com outras normas N2, N3, N4 [...] tidas como parâmetro, tem-se o reconhecimento da invalidade da mesma. Embora não se negue que a verificação de uma invalidade material possa ocasionar também a derrubada de um dispositivo – especialmente quando a relação entre texto e norma se mostra mais imediata ou necessariamente decorrente.

A propósito, oportuna a ponderação de Giorgio Pino a respeito:

O juízo de validade/invalidade material implica múltiplos níveis interpretativos: a interpretação da norma cuja validade se questiona, a interpretação das normas-parâmetros, as quais a primeira deve conformar-se, e finalmente, também, a interpretação das meta-normas que atribuem a um órgão o poder de declarar a invalidade de uma norma. O juízo de validade/invalidade material pode, portanto, ser muito controvertido, podendo ser controvertida a “correta” interpretação de todas essas normas. Ademais, até que não se leve a efeito um pronunciamento autoritativo do órgão competente para declarar a invalidade, é possível que a norma materialmente inválida produza os efeitos típicos que lhes são próprios. Finalmente, sendo necessário um pronunciamento autoritativo que declare a invalidade da norma, tal pronunciamento pode não vir a ocorrer ou ser errôneo (negando invalidade de uma norma que deveria ser considerada válida ou, vice versa, afirmando a validade de uma norma que deveria ser considerada inválida), mantendo-se desse modo a eficácia de uma norma inválida; dada a natureza institucional e nomodinâmica do direito não existe nenhum modo de impedir que isso se verifique¹⁰¹

No construir das sentenças interpretativas deve o STF dialogar com a jurisprudência como vivida-aplicada pelos demais tribunais e juízes inferiores – é importante que a construção da decisão dê guarida ao que os italianos chamam de *direito vivente* (vale expor: o direito consolidado da práxis jurisprudencial, a experiência dos órgãos e decisões dadas pelos membros do judiciário brasileiro).¹⁰²

As sentenças interpretativas, por trabalharem no âmbito normativo¹⁰³ – validade material dessas, incidem num raciocínio que muito se aproxima das decisões dos países de

De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución.” V. decisão Nº 0030-2005-AI/TC, publicada em 09.02.2006.

¹⁰¹ PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico em ek Estado constitucional*. Traducción de Horacio Sánchez Pulido; Pedro Caballero Elberseim Andrés Morales Velásquez; Federico Orlando, Diego dei Vecchi. 3. ed. Bogotá: Universidade Externado de Colombia (posição 543 e ss). 2014. Cap. 2

¹⁰² Sobre o dever de diálogo e a comparação como fonte do direito, v. mais adiante, cap.3.

¹⁰³ Observa Giorgio Pino, a propósito, que “‘Usar uma norma significa emprega-la numa argumentação jurídica: para aplica-la a casos concretos ou também efetuar sobre essa norma várias operações interpretativas: por exemplo, uma norma é ‘usada’ quando dessa são extraídas várias outras normas, ou quando é empregada para introduzir exceções implícitas a outras normas (derrogabilidade), ou quando é balanceada com outras normas, ou quando é utilizada como parâmetro de adequação para a interpretação de outras normas, etc. Resumindo, uma norma é usada cada vez que está presente em uma argumentação jurídica.”. (V. Capítulo 2, item 1, Op.cit.).

tradição da *common law* – não importa, aqui, a simples conclusão no dispositivo da sentença no que diz com a rejeição ou acolhimento da demanda, mas sim a *ratio decidendi*, a argumentação utilizada no raciocínio interpretativa (o direito como argumentação). Daí por que, como já defendido, essencial que tais sentenças valham como precedente geral e vinculante não em razão da coisa julgada para o caso, mas em virtude da eficácia transcendente do raciocínio desenvolvido¹⁰⁴ – para os jurisdicionados isso tutela a igualdade perante a interpretação (*treat like alike*) e para os demais juízes isso impõe o dever de seguir o precedente (não sendo o caso de sua distinção para o caso ou sua superação), dando-se guarida à uniformidade e coerência ao Judiciário.

Não obstante tudo isso, não se pode perder de vista que o STF também é um órgão constituído, o que chama a atenção, portanto, acerca dos limites da sentença interpretativa (de um modo geral) e da sentença manipulativa (modalidade que adiante será vista). A fronteira entre uma e outra, é verdade, nem sempre é bem delimitada ou esclarecida.

O ponto, bem de ver, é de grande tormento, não sendo o caso, no presente, em entrar nas minúcias que dele recorrem. Cite-se, porém, decisão que merece ser transcrita, da lavra da Corte Constitucional Peruana, em oportunidade que teve de balizar as seguintes assertivas sobre os chamados “limites” da sentença interpretativa.¹⁰⁵

- a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía secundum constitutionem.
- b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el

¹⁰⁴ A propósito, explica Michelle Taruffo: “o precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas fattispecie concretas não é determinada in re ipsa, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente. Além desse perfil – sobre o qual voltarei em seguida –, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo” (Precedente e Jurisprudência, *Repro*).

¹⁰⁵ Decisão N.º 0030-2005-AI/TC, publicação em: 09/02/2006

vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Algumas particularidades, porém, ainda devem ser objeto de considerações à parte, conforme se segue:

4.2.1 A interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto

A referida possibilidade de distinguir-se o direito interpretado (norma) do texto (dispositivo) abre perspectiva para diferentes técnicas de controle. Na *interpretação conforme*, o texto normativo permanece íntegro, determinando o STF, entretanto, que são “ilegítimas algumas hipóteses interpretativas, eliminando-as, dada sua incompatibilidade com a Constituição, indicando, outrossim, o sentido da norma que se harmoniza com a Carta Magna”, tal como explica Zeno Veloso.¹⁰⁶ Mais hoje a interpretação conforme não opera de forma solitária, deve a norma ser igualmente conforme os tratados de direitos humanos, em vigência no Brasil, com valor supralegal e os aprovados com valor constitucional, pelo o que, além da interpretação conforme, a interpretação também deve ser convencionalmente conforme.

Assim, enquanto a *interpretação conforme* se utiliza para fixar certo sentido normativo que deva ser utilizado (excluem-se as normas N1, N2, reconhecendo-se que somente N3 é viável, por exemplo), a *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* tem sido empregada apenas para excluir determinada aplicação da lei à hipótese ou situação, por ex.: “a

¹⁰⁶ VELOSO, Zeno. Op. cit. p.171.

aplicação da lei tributária X é inconstitucional caso aplicada a seu primeiro ano de vigência (desrespeito ao princípio da anterioridade)”¹⁰⁷.

Como sentenças interpretativas as técnicas trabalham na perspectiva de análise da validade material de normas (não de dispositivos).

Tem-se apontado que a interpretação conforme enfrenta limites, máxime os de ordens textuais (os sentidos que se espera do dispositivo, adotando-se métodos usuais e consagrados de interpretação), evitando-se uma cabal transformação desses sentidos - a fim de que essa técnica não se convole em *manipulação* do sentido do texto; além disso, costuma-se chamar a atenção, igualmente, a chamada intenção do legislador.

4.2.2 A questão da discussão da constitucionalidade em tese: ação declaratória de inconstitucionalidade (ADC) e ação direta de controle de constitucionalidade (ADI) arguição de preceito fundamental (ADPF).

Como talvez já se deixou ter entendido, censurar uma disposição não é o mesmo que censurar uma norma. Daí por que uma ação que se volta a questionar primariamente um dispositivo-normativo em tese enfrenta problemas de não fácil solução.

É o que ocorre nos modelos de ação de controle em abstrato – chamando-se a atenção, no caso brasileiro, da ADI, da ADC e da ADPF.

Se não há relação unívoca entre disposição e norma - podendo da primeira decorrer diversas normas, então é possível fazer-se a seguinte distinção acerca de “usar” uma disposição (interpretar uma disposição):

Em primeiro lugar, em realizar um elenco de todas as possíveis interpretações (todas as possíveis normas) que podem ser obtidas de uma disposição fazendo uso de critérios linguísticos ou técnico-jurídicos aceitos em uma determinada cultura-jurídica, ou também todas as normas que *de fato* foram efetivamente obtidas de uma disposição. Em segundo lugar, ‘interpretar uma disposição’ pode consistir em individuar uma possível interpretação (uma norma) como a mais correta, a mais adequada, a melhor levando-se em conta os critérios linguísticos ou técnicos-jurídicos de referência.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Como expõe Gilmar Ferreira Mendes, analisando a jurisprudência do STF: “Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme é se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é inconstitucional com a interpretação que lhe conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto da legal.” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Op. cit. p.1253).

¹⁰⁸ PINO, Giorgio. *Op. cit.* v. capítulo 2, item 1.

Assim, tais ações só podem ser entendidas levando-se em conta o citado primeiro aspecto de “uso” das disposições (textos normativos). Vale dizer: a discussão se passa na argumentação em abstrato. A indeterminação aqui é quanto ao sistema jurídico: é saber se é possível interpretar a disposição em coerência com o ordenamento jurídico desvencilhado de um prévio litígio (uma complexa operação que, como ressaltado, requer o contraste entre outros: i) da disposição questionada quanto às possíveis normas dela decorrentes ii) dessas normas em tese possíveis, contrastar com as normas parâmetros que com ela conflitam – ex.: normas constitucionais, normas supralegais ou mesmo normas internacionais) e mantê-la, assim, preservada.

Veja-se, por exemplo, a discussão travada no STF por ocasião da ADI 223-6 DF que questionava Medida Provisória que estabelecia vedações a liminares em ações de mandado de segurança e ações ordinárias.

O Min. Relator Paulo Brossard aduziu que “*in abstracto*, a proibição de liminares não chega a constituir novidade e tem sido admitida”, após expor uma série de medidas legislativas que restringiam a possibilidade de medidas liminares. Analisando as séries de restrições trazidas pela MP questionada, o relator concluiu ser o caso de conceder liminar especificamente quanto às restrições estabelecidas a ação de mandado de segurança.

Por sua vez, o Min. Celso de Mello anotou que, no caso, as medidas que limitavam liminares inviabilizaria “o acesso a uma das modalidades de tutela jurisdicional do Estado e, por via de consequência, frustra, pela ausência de amparo imediato, a própria eficácia da proteção a ser conferida pelo Poder Judiciário em outro processo”, pelo que opinou pela concessão da liminar para suspender a Medida Provisória impugnada.

Prevaleceu, no entanto o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que concluiu pela rejeição da suspensão liminar da norma questionada¹⁰⁹. Referido ministro anotou que “cercear os

¹⁰⁹ A emente ficou assim redigida: “ação direta de inconstitucionalidade contra a medida provisória 173, de 18.3.90, que veda a concessão de 'medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas provisórias números 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168': indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores. Sentido da inovadora alusão constitucional a plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase a função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do poder judiciário. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. a tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do

instrumentos da ação cautelar [...] pode resultar na subtração do Poder Judiciário da tutela contra a ameaça ao direito”; no entanto, seria:

impossível [...] distinguir, em tese e só assim poderemos decidir nesse processo -, até onde as restrições são razoáveis , até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e à afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário.

Para mais adiante acrescentar:

O caso, a meu ver, faz eloquente a extrema fertilidade desta inédita institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado. Mostrei as dificuldades que vejo na suspensão cautelar da eficácia da própria lei em tese.

Seguindo, conclui:

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame de constitucionalidade, inclusive sobre o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva esse restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.

A discussão é interessante pois demonstra que a análise em tese da disposição questionada quanto a sua validade material dificilmente pode abarcar as diversas normas (Na, Nb, Nc, Nd [...]) que podem ser extraídas da mesma nos casos concretos. O supremo pode apenas fazer um elenco – sempre incompleto - das possíveis interpretações para a disposição, aceitáveis do ponto de vista técnico-jurídico.

Veja-se que, quando a controvérsia ocorre por ocasião de um caso concreto, a discussão sobre a validade material das normas é mais contextualizada, certa, precisa, acurada. A extração da *ratio decidendi* do precedente, portanto, é mais facilmente operada em discussões de controvérsias específicas.

poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a plenitude da jurisdição e ao poder judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.” (ADI 223 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/1990, DJ 29-06-1990 PP-06218 EMENT VOL-01587-01 PP-00001)

4.3 Sentença *eliminativo-negativa*

Por sua vez, **sentença eliminativo-negativa** é aquela que destrói o dispositivo legal questionado. Vale dizer: retira-o do ordenamento jurídico. Na medida em que operam uma forte censura à atividade do legislador, essas devem ser vistas como *ultima ratio*; ou seja, levando-se em conta o princípio Democrático, aliado à noção de presunção de constitucionalidade das leis, a mesma só deve ser utilizada quando não for possível o uso da sentença interpretativa. Sendo inadmissível salvar-se o dispositivo legal por meio de soluções interpretativas, tais sentenças operam uma censura de ordem textual.

Em termos numéricos, esse tipo de sentença é a protagonista no STF. Com efeito, grande parte das declarações de inconstitucionalidade ocorrem na censura de leis que desrespeitam o sistema constitucional de repartição de competências estatais. Em tais hipóteses, essas sentenças questionam a validade formal dos dispositivos, já que essa (a validade formal) “é uma propriedade das disposições (não de normas), e a relação entre as disposições e as meta-normas sobre sua produção é uma hierarquia estrutural”.¹¹⁰

4.4 Sentença *manipulativa*

Por fim, ter-se-á **sentença manipulativa**, adotando-se terminologia consagrada na jurisprudência italiana, naqueles casos em que “*incidono sulla disposizione, senza annullarla, ma trasformandola*” (=incidem sobre a disposição, sem anulá-la, mas transformando-a)¹¹¹ ou, como aduz Zagrebelsky, a pronúncia ocorre sobre o texto, mas não com escopo destrutivo (sentença eliminativa) ou interpretativo (sentença interpretativa), mas sim com intuito “*riscostruttivo*”¹¹².

Há, na manipulação, uma cabal transformação dos sentidos normativos, com o objetivo de adequá-la a uma formatação constitucional. É o que acontece, por exemplo, quando se supre uma omissão normativa inconstitucional (recorrendo-se a analogias) ou quando se constrói significado normativo distinto do que se poderia esperar pela via interpretativa ou, ainda,

¹¹⁰ PINO, Giorgio. Op. cit. v. capítulo 2.

¹¹¹ SILVESTRI, Gaetano. La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale. 2013. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

¹¹² Op. cit. p. 390.

“quando uma norma é manipulada de tal modo que não seja aplicada com base no significado linguístico da respectiva disposição”.¹¹³

A norma (ou normas) obtidas na sentença manipulativa, por assim dizer, representa(m) uma discrepância máxima com relação ao(s) dispositivo(s) de partida – representam uma distanciação máxima do significado literal do texto.

Cite-se o que ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, rel. Marco Aurélio, em que se questionou a constitucionalidade de ter-se como conduta criminosa o aborto de fetos anencéfalos. O art.128 do Código penal contém as excludentes de ilicitude para a conduta de aborto nos seguintes casos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Tribunal julgou “procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal”. Na prática, porém, criou-se uma nova excludente de ilicitude ao artigo 128 transcrito. Melhor fosse concluir-se pela inconstitucionalidade do art.128 do CP “*nella parte in cui non*” se previu como excludente de tipicidade o aborto de fetos anencéfalos. Ficaria claro, nesse aspecto, que a censura se dirigiria ao legislador e não ao intérprete da lei, já que é um pouco mais do que evidente que a inclusão de excludente de ilicitude para o caso não é solução interpretativa obrigatória; por outro lado, a pronúncia bem se adequaria ao esquema da decisão manipulativa – já que houve cabal transformação do significado da lei (indo além de sua mera interpretação, criando-se novo valor normativo não originalmente previsto).

Outro exemplo: no acórdão da Adi 4277 – que discutiu a questão da união homoafetiva, o STF relatou que:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Acontece, porém, que o art. 1723 do Código Civil apenas reproduzia redação idêntica ao art.226, § 3º da CF:

¹¹³ PINO, Giorgio. Op. cit. v. capítulo 2.

Código Civil: Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Constituição Federal: Art.226, §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento

A decisão, apesar de ter-se valido da “interpretação conforme”, é nitidamente manipulativa – houve a transformação cabal do próprio dispositivo constitucional levado em consideração como parâmetro. De censurável equívoco técnico, pois.

A solução italiana - melhor do ponto de vista técnico - reconheceu aos casais homoafetivos uma formação social digna de tutela, mas excluiu o reconhecimento de que tais direitos devem ser realizados pura e simplesmente “*attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*” (= “através de uma equiparação da união homossexual ao matrimônio”); esperando-se do Parlamento uma regulamentação individual em caráter geral a forma de garantia e reconhecimento dessas uniões, sem, no entanto, vedar-se à Corte a possibilidade de intervir em tutelas de situações específicas (*sentenza* n.138/2010). Com efeito, parece mais do que evidente que o art.1723 do CC brasileiro não padece de nenhuma inconstitucionalidade: não impunha nenhuma disciplina inconstitucional sobre as uniões homoafetivas, apenas continha uma não-disciplina quanto ao tema. É um típico caso de “lacuna ideológica”: “*ipotesi in cui s’invoca una disciplina di materie e situazione che il legislatore non ha, per il momento, ancora preso in considerazione*” (= “hipótese a qual se invoca uma disciplina de matéria e situação que o legislador não tenha, para o momento, ainda levado em consideração”).¹¹⁴

¹¹⁴ ZABREBELSKY, Gustavo. MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*, p.339. Confirma-se o teor da decisão: “*per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l’esame, anche se non esauritivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxoria: sentenze n.559 del 1989 e n.404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ed ipotesi particolare, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.*” (Sentença 138 de 2010).

Ressalte-se, de antemão, que a manipulação¹¹⁵ não significa uma mazela em si mesma, na medida em que a mesma deve orientar-se a “adequação do ordenamento positivo aos princípios constitucionais” (Pizzorusso). A manipulação, bem de ver, escancara um fenômeno de nosso tempo, vale dizer: *a consagração da relação dialética entre judiciário e legislador*. Se antes, como ressalta Taruffo, essa relação se marcava por uma subordinação (controle direto do poder político pela magistratura, concepção passiva do juiz como “boca inanimada da lei” e, ligada a essa última, ideia de um raciocínio judicial como mera técnica silogística), hoje (autonomia da magistratura, a interpretação como ato de criação volitiva, poder discricionário no raciocínio judicial, jurisdição como intérprete dos valores constitucionais) se estabelece uma relação dialética entre juízes e a política.¹¹⁶

Dentro das soluções ditas manipulativas, ocorre destacar as sentenças usadas em face de omissões do legislador, na medida em que, como já ressaltado, nosso sistema tem ampla tradição de direito escrito. À sentença que colmata a lacuna legislativa em caso de omissão inconstitucional dar-se-á o nome de *aditiva*.

¹¹⁵ Deve ser mencionado que a manipulação enfrenta críticas de diversas ordens, como o de violentar “*al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional*” (Llorrente, 1997, 491). Na própria Itália, como será visto mais adiante, o uso de tais sentenças sofre críticas de tomo, admitindo-se, no geral, apenas em hipóteses de solução “a rima obrigatória” - *rima obligata*, expressão consagrada por Vezio Crisafulli a defender que a norma “positiva” advinda da pronúncia judicial nada mais seria que uma revelação do que já se encontrava em estado latente no ordenamento jurídico. Para Crisafulli, o resultado não decorre “*dalla fantasia della Corte*”, mas de “*analogia, da altre norme e principio contenuti nel sistema*”. Dessa feita, não se estaria diante de escolha política, mas sim de consequência para uma solução constitucionalmente obrigatória no controle da omissão do legislador (*estensione logicamente imposta*, tal como se aduziu na sentença 109, de 1986). (Cf. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni Di Diritto Costituzionale*. Quinta edizione interamente riveduta. Tomo II, 2 – L’ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale). Pizzorusso (1984, p.342) ressalta que o recurso a essas técnicas pode redundar em desbordamento do “marco geral de distribuições de funções entre os órgãos constitucionais do Estado”, expondo o mestre italiano que isso pode ser evitado com os seguintes “freios”: “a) mediante a propia autolimitación (*self-restraint*) a la que recurre frecuentemente el Tribunal, no ya solo em virtud de una genérica prudencia por parte de sus miembros sino también por la advertencia de la posibilidad com que cuenta el Parlamento *to curb the Court* mediante intervenciones legislativas o a través de la revisión constitucional em el caso de una grave situación de conflicto [...] b) por la circunstancia de que la iniciativa em el processo constitucional corresponde a sujetos extráneos al proprio Tribunal, sobre los que éste tiene sólo una influencia limitada: le queda sólo al Tribunal la posibilidad de proceder ante sí mismo como juez *a quo*; c) por la posibilidad – ratificada prácticamente a lo largo de toda una diversidad de casos – de llegar a acuerdos informales entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales con vistas, al menos, a la aceleración o atemperamiento em el ritmo de determinados procesos”.

¹¹⁶ *Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica*.

4.4.1 Manipulação e Sentença aditiva: tutela em face da omissão legislativa

a) Sentença aditiva: aspectos gerais

Sentença aditiva é modalidade empregada pela Corte Constitucional italiana para a superação da omissão legislativa; declara-se a inconstitucionalidade da omissão e colmata-se a lacuna existente “*nella parte in cui*” não prevê algo que, constitucionalmente, deveria conter. Trata-se de importante papel (alternativo ao que caberia ao Parlamento) de “adequação do ordenamento positivo aos princípios constitucionais”¹¹⁷.

A nomenclatura parece ser adaptável a nossa realidade, que também consagra a tutela em face da omissão legislativa inconstitucional (art.5, LXXI e 103, §2º CF) e que também, como já ressaltado, dá tradicionalmente proeminência ao direito legislado.

A sentença aditiva, portanto, insere-se no contexto das chamadas sentenças manipulativas (*sentenze manipulative ou paralegislative*). Para Zagrebelsky e Marcenó¹¹⁸ manipular é diverso de interpretar: na decisão manipulativa, a Corte declara a inconstitucionalidade da lei, redefinindo seu valor normativo; há um controle de constitucionalidade não interpretativo, mas modificativo; o escopo da manipulação é a transformação do significado lei, indo-se além de sua eliminação ou interpretação conforme.¹¹⁹

No Brasil, existem duas grandes ações judiciais pensadas para a tutela em face das omissões legislativas: o Mandado de Injunção (MI, art.5, LXXI) e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO, art.103, §2º). Tradicionalmente, a primeira é vista como instrumento de utilização individual, cuja decisão vale *inter partes*; já a segunda, faz parte

¹¹⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p.26.

¹¹⁸ Ob.cit, p.390.

¹¹⁹ Analisando, na Itália, os condicionamentos políticos-institucionais para o advento das sentenças manipulativas, observou Augusto Martín de La Veja (La Sentencia Constitucional em Italia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2013., p.229, 230) que: “é difícil entender a proliferação das sentenças manipulativas sem ter em conta a combinação de três fatores determinantes no caso italiano: a existência de uma Constituição com uma forte carga programática e “condenada” a um desenvolvimento progressivo, a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios não apenas protoliberais, mas inclusive autoritários, e a simultânea ineficácia do Parlamento para dar resposta no tempo socialmente requerido tanto às demandas de atuação da Constituição, como a necessária adequação do preexistente ordenamento legal à ordem constitucional”(no original: “*es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes em el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y <<avocada>> a um desarrollo progressivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia do Parlamento para dar una respuesta em el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional.*”

do rol das ações abstratas, e a decisão judicial resultante, portanto, seria *erga omnes* e vinculante.

O STF, durante algum tempo, equiparou o resultado prático das duas medidas, ao fixar o entendimento de que ambas serviriam para obter uma certificação judicial de que existiria a mora¹²⁰ em regulamentar por parte do demandado (Congresso Nacional), sendo que o efeito da decisão residiria na comunicação formal dessa mora. Assim, reconhecia-se a mora em legislar, e, em seguida, dava-se ciência ao órgão “para a adoção das providências necessárias”¹²¹.

Como se vê, a eficácia da sentença esgotava-se em si mesma, não havendo nenhuma repercussão prática, já que qualquer solução aditiva seria proscrita ao Tribunal.

Houve notável modificação desse esquema no resultado do julgamento do MI 283, em que, agregada à declaração da mora, utilizou-se em sentença a fixação de prazo para o cumprimento da decisão por parte do Legislador, além de possibilitar-se aos juízes ordinários a supressão do obstáculo da mora (ausência de legislação) no caso concreto.¹²²

Tratou-se de decisão que modificaria o esquema anterior, e colocaria em evidência a necessidade de sentenças com perfil aditivo; no caso do mandado de injunção citado, uma sentença que estabeleceria um duplo diálogo: com o legislador (ao estabelecer-se prazo para a supressão da mora) e com os juízes ordinários (ao possibilitar, no caso concreto, que se desse a solução agregadora, a despeito da omissão legislativa).

Em decisões mais recentes, porém, evidenciou-se que a solução aditiva deveria ser definitivamente empregada, não se bastando a mera declaração da mora ao legislador.

Foi o que se passou no MI relacionado à aposentadoria especial de servidores públicos (MI 721); igualmente, na demanda envolvendo o direito de greve no serviço público (MI 712)

¹²⁰ Para o STF, a mora “- que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental [...]” (MI, 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-4-1994, Plenário, DJ de 17-6-1994.).

¹²¹ Art. 12- H, da lei 9.868/1999, inserida pela Lei 12.063/2009. Nesse sentido: vejam-se os Mandados de Injunção 168, 107, e 283. Para Silva (1997, p. 58), a decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto ao reconhecimento da inação e mandamental quanto ao sentido de exigir do legislador a adoção de medidas concretas ao suprimento da mesma. No entanto, a despeito da alcunha “mandamental”, tais sentenças, em verdade, possuíam carga “inescondivelmente, declaratória, já que a ‘ciência’ à parte demandada, como é óbvio, nada agrega de significativo a qualquer sentença” SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Op. cit. 2012. p. 1075.

¹²² Tratava-se da regulamentação da norma constitucional p revista nos Atos de Disposições Transitórias ADCT, art. 8, par. 3: "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição".

e da decisão, que ao final não foi necessária, em virtude da supressão da mora, do prazo do aviso prévio (MI 943).

Examinando a discussão do direito de greve, Gilmar Mendes explica que o Tribunal adotou solução normativa e concretizadora; aduz, ainda, em sua obra doutrinária, e reportando-se ao caso, que “entendi devesse recomendar a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.”¹²³.

b) Sentença aditiva: a experiência italiana

Já na Itália, consagrou-se a subdivisão das sentença aditivas em: i) aditivas de regra (essas podendo ser de garantia e de prestação) e ii) aditivas de princípio.

Na sentença 190 de 1970, tida como um dos primeiros modelos de decisão aditiva, a Corte declarou a inconstitucionalidade da não previsão, pelo art.304 do Código de Processo Penal Italiano, da obrigatoriedade de assistência do defensor no interrogatório do acusado – o citado artigo previa a assistência para determinados atos, mas simplesmente era omissa no que diz respeito a outros, decidindo-se, a partir do direito constitucional à defesa (art.3,24 Constituição italiana), que a omissão era inconstitucional, e agregando-se, a partir daí, o reconhecimento normativo que garantia a presença do defensor do acusado nos demais atos processuais. A técnica decisória foi incluída no rol das *sentenze additive di garanzia* – equivale dizer, sentença aditiva de garantia.

Nos casos de concessão de benefício social em violação ao princípio da igualdade, a Corte Italiana vale-se de sentença que estende o mesmo à parcela inconstitucionalmente tolhida (fala-se, aqui, em *sentenze additive de prestazione* – sentença aditiva de prestação).

Na sentença 1 de 1991, a Corte, mesmo destacando que a atividade legislativa implica certa discricionariedade, assentou que é essencial que essa se passe de modo a respeitar os cânones da racionalidade e razoabilidade, estendendo-se, daí, e a partir da isonomia, o benefício previdenciário à parcela de sujeitos excluídos pela norma.

Tais sentenças, não obstante, não escaparam de severas críticas da doutrina italiana. Antes de tudo por implicarem no intrincado campo de atividade que deveria ser típica do parlamento (criação de normas). Zagrebelsky questiona-se acerca da legitimidade de a Corte, e não os juízes ordinários, ser a responsável pela aristocrática (e exclusiva) posição de colmatar a lacuna decorrente da omissão legislativa, inclusive com efeitos *erga omnes*.¹²⁴ Em várias

¹²³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Op. cit. p.1215.

¹²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Processo Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1989. p.657,658

oportunidades, explicam Malfatti, Panizza e Romboli, foram apresentados projetos de leis com o escopo de eliminar não apenas a possibilidade de pronúncias manipulativas, mas igualmente interpretativas, tudo em reação a decisões que desagradavam a classe política.¹²⁵

Na prática, contudo, o citado Tribunal tem se comportado de maneira restrita quando a tutela do direito relativamente à omissão e uma solução aditiva comportar adoção de escolhas discricionárias típicas do legislador – diz-se ser preclusa uma decisão aditiva quando comporte a adoção de escolhas discricionárias.

A isso tem-se dado o argumento de que as sentenças aditivas decorreriam de solução constitucionalmente necessária (“*costituzionalmente necessaria*”); equivale dizer, se trataria de solução de “rima obrigatório” (*a rime obbligate*, na expressão consagrada por Vezio Crisafulli): a norma “positiva” advinda da pronúncia judicial nada mais seria que uma revelação do que já se encontrava em estado latente no ordenamento jurídico. Crisafulli¹²⁶ ressalta que o resultado aditivo não decorre “da imaginação da Corte” mas sim fruto de “analogia, de outras normas e princípios contidos no sistema”. Dessa feita, não se estaria diante de escolha política, mas sim de consequência para uma solução constitucionalmente obrigatória no controle da omissão do legislador (*estensione logicamente imposta*, tal como se aduziu na sentença 109, de 1986).

Assentou-se, pois, que, quando a atividade interpretativa resvalar em escolhas tipicamente afeitas ao legislador, o Tribunal deveria conter-se, declinando sua competência e pontuando que se deve esperar do legislador a solução para o caso. As questões que assim emergem são usualmente rejeitadas “*per inammissibilitá*” (exemplos: sentenças 267, 268, 287, todas de 2009).¹²⁷

Solução a “rima obrigatória”, por exemplo, se passa na concessão legal de benefícios sociais que desrespeitem parcela de membros da benesse em violação ao princípio da isonomia (as já mencionadas sentenças aditivas de prestação). No entanto, mesmo nesses casos, e em face dos efeitos financeiros imediatos emanados a partir do pronunciamento da Corte, tais decisões aditivas de prestações adentram em outro problema consistente nas profundas implicações orçamentárias a fazer frente a despesa, principalmente quando se tem em vista o artigo 81 da

¹²⁵ AGREBELSKY, Gustavo MARCENÓ, Valeria *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012 p.326

¹²⁶ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni Di Diritto costituzionale*. Quinta edizione interamente riveduta. Tomo II, 2 – L’ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale), p. 404

¹²⁷ Outro exemplo nesse sentido foi a tentativa de declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos do código civil, por discriminação e violação a direitos fundamentais, no que diz com o regulamento do matrimônio de pessoas de sexo diverso em detrimento da união homossexual; para a Corte, porém, não haveria nada a se impugnar, pois se estaria não diante de uma prescrição inconstitucional quanto aos homossexuais, mas simplesmente diante de uma “não disciplina” (Sentença 138, de 2010). Nesse rol devem-se incluir hipóteses em que se invoca uma disciplina de matéria e situação que o legislador ainda não levou em consideração – “lacuna ideológica” (ZAGREBELSKY; MARCENÓ, Op.cit. p.339).

Constituição que exige fonte de recurso obrigatória para assunção de novas despesas públicas¹²⁸.

Como informa Silvestri¹²⁹, as difíceis consequências de ordem financeira e os encargos decorrentes da solução aditiva de prestação, especialmente em período de crise financeira e déficit nas contas públicas, vêm ocasionando progressiva diminuição desse tipo de tutela – não sendo poucos os que apontam como uma das causas fundamentais a constante intervenção da jurisdição constitucional na concessão de sentenças aditivas de prestação.

Essa situação é particularmente agravada porque, ao contrário do Brasil, não existe, na Itália, um sistema de pagamento via precatório (Constituição Federal, art.100), além do que as decisões do Tribunal, tal como prevê o art.136.1 da Constituição italiana, têm efeitos no dia seguinte à publicação da decisão.

Daí por que, mais recentemente a Corte viria a desenvolver uma nova variante da adição.

Em virtude da gravidade das sentenças que custam ou mesmo nos casos em cuja superação da omissão importa uma zona aberta de possibilidades (escapando-se do esquema “rima obrigatória”), tem-se valido a Corte de outra técnica, qual seja as sentenças aditivas de princípio (*sentenze additive di principio*), pronúncia a qual se remete ao legislador a possibilidade de corrigir a omissão, oferecendo ao mesmo uma espécie de roteiro, na medida em que se indicam quais princípios jurídicos envolvidos e quais bases devem ser seguidas ao momento de se proceder sua atividade legislativa – *um esboço de projeto legislativo*¹³⁰; ao mesmo tempo, permitem-se aos juízes ordinários, a partir das linhas gerais da decisão, resolver os casos concretos que lhe são submetidos (a despeito da omissão constatada).¹³¹

¹²⁸ PIZZORUSSO, Op. cit. p.53 A questão rendeu interessante debate na doutrina italiana acerca da possibilidade de tais sentenças determinarem custos sem um correspondente ingresso financeiro para fazer frente à nova despesa. Alguns defendiam a inadmissibilidade da aditiva de prestação uma vez que não respeitariam o princípio da prévia cobertura financeira; outros opinavam que o artigo não se dirigiria ao judiciário, mas sim ao legislador; outros, ainda, defendiam soluções intermediárias, como a fórmula tedesca da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. Augusto Cerri expõe que um remédio poderia consistir na previsão, na legislação financeira, de algum tributo com alíquota elevável por ato do governo, quando novas despesas fossem ocasionadas por efeito de decisões judiciais – e que isso responsabilizaria a própria Corte e juízes sem influência no seu labor interpretativo (*Corso di Giustizia Costituzionale Plurale*, p. 264.). Pela práxis da Corte, no entanto, essa viria a admitir que o art.81 não seria um limite direto a capacidade para ditar sentenças aditivas de prestação, embora devesse se considerar o equilíbrio financeiro com um valor constitucional importante a ser levado em conta no controle de constitucionalidade. (Cf. DE LA VEJA, Augusto Martí, *La Sentencia Constitucional em Italia*, p 319).

¹²⁹ *La corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*. 2013.

¹³⁰ CERRI, Augusto. Op. cit. 2012.

¹³¹ Exemplo desse mecanismo se deu na sentença 307 de 1997, em que se declarou inconstitucional legislação “nella parte in cui non” previa, a cargo do Estado, uma indenização em caso de dano à saúde dos que tiveram que se submeter de maneira compulsória à vacinação pública contra a poliomielite; decidiu-se que caberia ao legislador prever essa obrigação geral, mas permitiu-se aos juízes estabelecer, até que a disciplina legislativa viesse a tona, a indenização cabível nos casos de danos particulares.

Como se vê, os precedentes italianos demonstram certa cautela no uso da técnica, na medida em que implicam, em maior ou menor medida, uma função que mais parece se ligar à competência do legislador. Não se pode perder de vista, igualmente, que o direito positivo italiano prevê que o controle de constitucionalidade de leis exclui qualquer “avaliação de critério político” e, igualmente veda o “controle acerca do uso do poder discricionário” do legislador (art.28 da lei 87 de 1953). Embora taxada de ingênua, infeliz, supérflua, inconstitucional e aberrante por Sabino Cassese, tem-se que, na prática, ainda se vê *self-restraint* no uso de decisões que importem amplas soluções de regulamentação na superação da omissão.

Portanto, é delicada a questão no que diz até aonde deve ir a Corte no uso de soluções aditivas e em que medida deve conter-se. As dificuldades de justificação das mesmas redundaram num esquema que não impõem diretamente a norma para-legislativa (aditivas de regra e de prestação), mas indicam os princípios constitucionais que devem ser atuados (aditivas de princípio), ressaltando a participação dialogal na construção da decisão.

Em tempos mais recentes, a Corte deparou-se com uma a delicada questão do caso que ficou conhecido como Dorigo (Sentença 113, ano 2011): se tratava de um condenado terrorista que teve sua pena decretada a partir de uma prova adquirida invalidamente, porque não respeitado o contraditório, segundo entendeu a Corte de Estrasburgo. O caso chegou até a Tribunal Constitucional com o questionamento acerca da inconstitucionalidade do código de processo penal “*nella parte in cui non*” previa hipótese de revisão do processo quando a prova resultante da condenação não tenha sido colhida em contraditório. Tratou-se de um caso em que adição da norma faltante recairia em hipóteses múltiplas cuja solução não seria a “*rima obriatória*”.

Sabino Cassese bem pontuou a questão:

haveria uma contraposição entre a concepção tradicional de *judicial modesty*, que invoca a soberania parlamentar e um diminuto papel do juiz constitucional e uma concepção segundo a qual se põe em evidência o dever de os juízes constitucionais adequarem o ordenamento jurídico¹³².

A Corte, após inicial hesitação, decidiu que a decisão mais justa seria a de rever a sentença, pelo o que se admitiu a possibilidade de sentença transitada em julgado ser rescindida em mais uma hipótese que não as previstas pelo legislador; no caso, a reabertura do processo

¹³² CASSESE, Sabino. *Dentro la Corte. Diario de in giudice costituzionale*. Bologna: Il mulino, 2015. p. 156

quando seja necessário em face de uma sentença definitiva pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

c) Novamente a experiência brasileira:

De volta do Brasil, tem-se que a experiência italiana pode ser particularmente útil para a classificação de nossas sentenças aditivas.

Decisão semelhante que pode ser reconduzida à técnica da *sentença aditiva de princípio* se passou no resultado do MI 283: nessa ação, declarou-se a mora do legislador no relativo à ausência de regulamentação da norma constitucional que previa o dever de indenização a atingidos por ato governamental em período da ditadura, fixando-se prazo ao órgão; porém, possibilitou-se aos juízes ordinários a supressão em concreto do obstáculo da mora.¹³³

Já no caso do Aviso Prévio (MI 943- DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), o STF iria dar um passo ousado – ao admitir solução normativa decisória que resvalaria em múltiplas escolhas de normatização. O caso merece contextualização: nos termos da Constituição Brasileira, artigo 7 , XXI é dever de o empregador conceder aviso prévio ao empregado demitido, que deverá ser proporcional ao tempo de serviço prestado e não podendo ser inferior, em qualquer caso, a trinta dias: (Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei); No entanto, desde o advento da Carta de 88, a prática tem sido a concessão de 30 dias em todos os casos, haja vista a ausência de regulamentação legislativa sobre o assunto – o que represente, como se vê, desprestígio ao mandamento constitucional.

A contenda era especial na medida em que, como notou o Min. Gilmar Mendes no MI 943 DF, diferentemente dos precedentes do direito de greve e aposentadoria especial, “o aviso prévio proporcional não possui qualquer parâmetro normativo preestabelecido ou outro critério para ser utilizado provisoriamente na integração do vácuo normativo.”, pelo que uma solução

¹³³ Trecho do acórdão, com destaque: “[...] Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

aditiva redundaria em abrangentes opções de regulamentação – tratava-se, pois, de caso em que se distanciaria da “rima obrigatória”. No entanto, observou o Ministro que seria dever da Corte “concretizar o direito constitucional ao aviso prévio proporcional”, concluindo que o julgamento deveria ser adiado em virtude das diversas soluções alvitadas e “[...] para consolidar as propostas apresentadas e formular solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional.”. A discussão levada a efeito pelos ministros demonstrou certa perplexidade no que diz com parâmetro a ser definido. O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a fixação de prazo aleatório por parte do Supremo poderia ser objeto de questionamentos, haja vista que se “careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna”. De outro lado, o Min. Luiz Fux acrescentou que: “o art. 8º da Consolidação de Lei Trabalhistas admitiria como método de hetero-integração o direito comparado [...] Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a extinção da relação trabalhista”. Por sua vez, o Min. Cesar Peluso propôs fixação de regra no sentido de “que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço”.

O mandado de injunção foi julgado procedente, mas o julgamento foi suspenso a fim de que se deliberasse quanto a sua parte dispositiva, ou melhor, quanto à solução da controvérsia ante as inúmeras possibilidades abertas. Entretanto, o resultado da decisão não se concretizou uma vez que o legislador, logo após, outorgou a lei 12.505 de 2011.

No tocante às *sentenças aditivas de prestação*, o Supremo Tribunal tem histórico mais reservado quanto à possibilidade de estender-se benefícios econômicos a parcela de sujeitos tolhidos da benesse, não se admitindo, de modo geral, a extensão de vantagem social outorgado por lei, mas violadora do princípio da isonomia. De fato, consolidou-se, já em 1963, o entendimento estampado na súmula 339, segundo o qual “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia”; o entendimento foi reafirmado mais recentemente, dessa vez por meio de súmula vinculante (súmula vinculante nº 37, com a mesma redação). Por outro lado, em diferentes casos, os critérios parecem modificar-se: em medida liminar – ou seja, com efeitos imediatos - tomada na Ação Originária 1773, o STF determinou que todos os juízes federais passassem a receber o auxílio-moradia nos termos do art.65, II da LOMAN (que textualmente remetia a matéria à regulação legislativa), no valor estabelecido aos ministros do STF até que regulamentação viesse a ser feita, invocando-se, dentre outras razões, o fato de que

um juiz federal percebe mensalmente a metade do que recebe um Promotor de Justiça, um Juiz de Direito estadual e, até mesmo, vencimentos inferiores aos servidores de entidades paraestatais [...]” e que “Mais de cem candidatos aprovados no árduo

concurso público para Juiz Federal preferiram não assumir o cargo e se enfileiram ao lado de outras centenas de juízes que estão, ano a ano, se exonerando do cargo, em razão de carreiras mais atrativas, porquanto menos estressantes e que muito melhor remuneram.¹³⁴

Chama-se a atenção, sem olvidar das pertinentes e plausíveis razões, para o fato de que não houve nenhuma menção, na decisão, acerca dos impactos financeiros da medida, impondo-se, por medida liminar dada monocraticamente, custos exorbitantes às finanças públicas. Isso demonstra que as sentenças que custam, no Brasil, tem sido incoerentemente manejadas.

Pela importância das sentenças que custam – especialmente em períodos de escassez financeira, o tema merece uma breve digressão à parte:

d) As sentenças aditivas de prestação social: incoerências jurisprudenciais, custos desdenhados e problemas de efetividade.

Ao contrário de Portugal, onde António José Avelãs Nunes desconhece “sentença de um tribunal português sobre pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamento, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgias ou outro tipo de tratamento).”¹³⁵, no Brasil observa-se um notável incremento de sujeitos que recorrem ao poder judiciário na busca desses direitos.

Tema recorrente no judiciário brasileiro, pois, diz respeito à outorga de direitos que “custam” – equivale dizer, direitos sociais concedidos pelo judiciário.

Desenhou-se farta jurisprudência em temas sensíveis, como acesso à saúde e à educação; confira-se, a partir das manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do judiciário brasileiro:

¹³⁴ O dispositivo, assim como a fundamentação, foi claro a aduzir que a simetria deveria ser observada: “Ex positis, e considerando, primordialmente, que o CNJ já reconhece o direito à ajuda de custo para fins de moradia aos magistrados e Conselheiros que lá atuam, ex vi da sua Instrução Normativa nº 9, de 8 de agosto de 2012, tendo em vista que todos os magistrados desta Corte têm o direito à ajuda de custo assegurado por ato administrativo, haja vista que os Membros do Ministério Público Federal, inúmeros Juízes de Direito e Promotores de Justiça já percebem o referido direito, e em razão, também, da simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, que são estruturadas com um eminente caráter nacional, DEFIRO a tutela antecipada requerida, a fim de que todos os juízes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC nº 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem,: i) o artigo 65 da LOMAN ora referido, que, apenas, veda o pagamento da parcela se, na localidade em que atua o magistrado, houver residência oficial à sua disposição; ii) os valores pagos pelo STF a título de auxílio moradia a seus magistrados.” (destacados).

¹³⁵ Os tribunais e o Direito à Saúde.

a) STF e Direito à saúde

No Brasil houve um incremento substancial de demandas relativas ao direito à saúde, influenciado tanto pela Constituição de 88 e seu rol de direitos, mas também por uma jurisprudência relativamente “generosa” a esse respeito. Paradigmática, nessa ordem de ideias, a decisão Pet. 1246-1 do STF, em que o tribunal chancelou decisão de primeiro grau em que o autor pleiteava tratamento a doença degenerativa em uma clínica norte-americana (e não oferecido no país), requerendo quantia de mais de sessenta mil dólares para esse fim.

Em igual direção, o mesmo STF ressaltou que tratamentos não fornecidos pelo serviço regular de saúde possam ser ponderados em decisões judiciais, o que inclui aqueles experimentais:

[...] podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiada o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em detrimento de opção diversa da escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente [...]. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa [...] (STA 175, STF.).

No que diz com o dever de fornecer medicamentos, o STF tem jurisprudência no sentido de que esse dever é solidário entre União, Estado e Municípios (Recurso Extraordinário RE, 882513, STF).

b) STF e acesso à educação

Algo similar se passa no direito à educação; para o STF, a educação infantil, nos termos do art.208 da CF compreende o reconhecimento de um

direito subjetivo público de crianças de até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas [...] também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele primeiro direito constitucional” (RE 544.075, STF).

Nesses dois temas (saúde e educação) não se vê, por parte do mesmo tribunal, maiores preocupações com os *impactos financeiros de tais medidas judiciais* e do *programa financeiro* elaborado pelo legislativo e executivo. Isso ocasiona, como explica José Maurício Conti:

[...] evidente inconsistência no sistema, pois a elaboração e a execução dos orçamentos públicos, atividades compartilhadas entre os Poderes Executivo e Legislativo, são frequentemente modificadas pelas decisões judiciais que concedem benefícios por vezes não contemplados nos referidos diplomas normativos, obrigando a uma realocação de recursos financeiros, materiais e humanos sem que houvesse uma previsão e um planejamento prévios.¹³⁶

¹³⁶ CONTI, José Maurício Org. Estevão Hovarth, José Maurício Conti, Fernando Scaff). *Ed. Quartier Latin*. CONTI, José Maurício. Orçamento público e o financiamento da educação no Brasil. In: *Direito financeiro*,

Por outro lado, o mesmo comportamento não se passa em outros setores sensíveis (como acesso à moradia - dada à escassez de pronunciamentos judiciais sobre o assunto), e, por sua vez, há comportamento inverso em matérias como os direitos previdenciários – onde se vê diversas decisões de inconstitucionalidade em face de benefícios previdenciários concedidos pelo legislativo sem que haja custeio prévio para garantir a medida.

Nessa ordem de ideias, Fernando Scaff¹³⁷ conclui que “a) quando o Poder judiciário concede direitos sociais diretamente da Constituição lhe é irrelevante a fonte de custeio; mas, b) quando o Poder legislativo amplia benefício previdenciário a fonte de custeio torna-se relevante”.

O que deve ser chamado a atenção, e aqui a observação vale para o judiciário brasileiro como um todo, à relevante questão da outorga de direitos sociais concedidos - às vezes sem um amparo legal prévio e específico - à margem de qualquer previsão orçamentária.

Uma sistematização do assunto pode ser consultada pelo já citado Fernando Scaff. O autor conceitua como caso de “sentença aditiva”, aquela que “implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.”¹³⁸

A importância do estudo está nas graves implicações que a intervenção judicial na concessão desses direitos pode ocasionar à própria eficácia desses, seja porque a decisão é pontual, atingindo especificamente aqueles que tiveram acesso ao judiciário ou mesmo porque se acaba dando ao judiciário a curiosa atribuição de “ordenador de despesas”, o que “dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, no que tange as políticas públicas aprovadas por lei, e com recursos dirigidos para sua implementação através do sistema orçamentário.”

Em suma, como explicita o mesmo autor:

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma

econômico e tributário. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. (Org.). Estevão Hovarth, José Maurício Conti, Fernando Scaff. [S.l.: Quartier Latin, 2010.

¹³⁷ SCAFF, Fernando Facury. Op. cit. 2010

¹³⁸ Idem, p.133

verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito pela Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão. O exercício de um direito social que gera benefícios apenas a um indivíduo ou a um pequeno grupo certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um direito social, tratando-o como um direito que possa ser usufruído de forma individual ou coletiva, e não pelo conjunto de cidadãos que dele necessitam.

A questão é preocupante principalmente se se considerar que o próprio STF parece desdenhar desses impactos que suas decisões podem ocasionar, já que as mesmas funcionam como precedentes para os demais juízes (vale acrescentar: vinculam verticalmente).

Deturpa-se, dessa forma, a função do judiciário, marginalizando-se a função do legislador democrático na concretização dos valores do Estado.

Heleno Taveira Torres explica que a prevalência da hermenêutica constitucional sobre a Teoria do Estado teve o condão de reduzir a importância do legislador, e isso tem sido frequente no que diz com a matéria financeira e das escolhas públicas pelo Judiciário. Há, nesse sentido, uma evidente inversão de papéis:

Nesse cenário, a política e a força da democracia são, passo a passo, substituídas pela expectativa da decisão judicial. Passa-se, assim, a um direito responsivo, cuja segurança jurídica já não depende da lei ou da Constituição, mas da interpretação que poderá ser conferida pelo Judiciário anos mais tarde. Nesta praxe, o direito asfixia a política, mediante o fenômeno da ‘despolíticação’ da Constituição, numa absorção de todos os seus modos de decisão (político e jurídico), e, pela ‘judicialização da política’, promove o fenecimento da autoridade de escolhas legítimas na atividade financeira do Estado, segundo suas preferências democráticas. A Constituição, porém, não tem um único poder como detentor do direito de exclusiva interpretação do texto constitucional, como sempre pondera Peter Haberle.¹³⁹

Diante de todos esses problemas, explicita o mesmo autor, é essencial que o Judiciário se dê conta das inconsistências de sua anômala atuação na concretização de direitos sociais. O dever de auto-contenção (*self-restraint*) deve prevalecer quando a lei ou ato normativo (que organizam a política pública) estiverem de acordo com a Constituição:

Casos há em que decisões políticas conforme à Constituição foram adotadas, mas a Administração realiza o cumprimento equivocado ou restritivo dos direitos prestacionais. Nestes, justifica-se a imediata atuação judicial. É algo muito comum no setor de saúde, quando a direito a medicamentos ou práticas cirúrgicas. Contudo, persistem aqueles nos quais a pretensão gira em torno de direitos a prestações que sequer foram objeto de deliberação legislativa ou política. Nestes, à evidência, qualquer invasão judicial revela-se como verdadeira afronta a Constituição..¹⁴⁰

¹³⁹ TAVEIRA, Heleno Torres. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. [S.l.]: RT, p.153.

¹⁴⁰ Idem, p.156.

Com razão Carlos Ari Sunfeld quando aduz que os juízes possuem o *ônus do regulador* quando julgam com base em princípios. Explica que nosso sistema “pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes”, porém, continua, “é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores.”, para concluir:

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existentes da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.¹⁴¹

Num contexto de escassez de recursos como o brasileiro, cada decisão de sentença “aditiva de prestação” não deixa de ser uma escolha trágica (são *scelte tragiche*, para ficar-se com expressão consagrada por Guido Calabresi).

Como se vê, muito se deve avançar na discussão acerca do papel, limites e possibilidades nesse tipo de intervenção judicial aditivo de prestação. Muitas vezes o programa legislativo é desconsiderado, atuando os juízes (e o STF) de forma a manipular as disposições e programas regularmente outorgados pelo legislador – eis aí uma manipulação particularmente danosa à realidade brasileira.

Não se pode descuidar, portanto, acerca dos impactos das sentenças que custam.

A repercussão financeira influencia diretamente nas categorias processuais e de tutela dos direitos - como mostram o exemplo da Itália e o freio às sentenças aditivas de prestação, com o advento de meios menos “incisivos” tal como demonstrou ser a sentença aditiva de princípio. De igual maneira, no Brasil, a concessão de direitos sociais em desamparo à legislação pátria e à margem de qualquer previsão orçamentária tem efeito decisivo na própria eficácia desses direitos e no agravamento da crise orçamentário que o país vive.

Essa realidade, portanto, impacta nas categorias processuais e na efetividade dos direitos. Para que haja uma tutela coerente, o ideal é que a jurisdição constitucional não seja alheia ou despreze acerca desses desdobramentos. Trata-se de valor a ser levado em conta.

Não é, no entanto, o que vem ocorrendo nos tempos atuais.

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para Céticos*. [S.l.]:Malheiros, 2012. p.83 e 84.

Em Portugal, por exemplo, digno de estudo foi o resultado do acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional Português.

A Constituição Portuguesa (CP) prevê como regra geral que a declaração de inconstitucionalidade fruto do controle abstrato de constitucionalidade terá “força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado” (art.282.1 da CP). A decisão, portanto, comporta eficácia retroativa (*ex tunc*), consagrando a Constituição Portuguesa a regra da sanção por nulidade da lei inconstitucional, bem como determinando a repristinação de eventual norma revogada.

Não obstante o ponto, a mesma CP, prevê uma exceção ao efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, tal como se vê no art.282.4:

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

Como se vê, é possível que a decisão tenha “alcance mais restrito” se razões de tomo como a segurança jurídica, equidade ou interesse de excepcional relevo assim o permitirem. Foge-se, assim, da consequência rígida da fórmula inconstitucionalidade x nulidade, permitindo-se opções que levem em conta fatores de relevo jurídico.¹⁴²

Gilmar Mendes, reportando-se ao contexto português, observa que “além de razões estritamente jurídicas – segurança jurídica e equidade -, o constituinte português consagrou uma cláusula da limitação de efeito também de caráter político – o interesse público de excepcional relevo”.¹⁴³

Não é preciso muito esforço para se notar que tais exceções - *segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo* – não são de conteúdo facilmente identificável.

Para Canotilho, o mencionado artigo trata de norma de “particular importância, pois, ao permitir ao TC a ‘manipulação’ dos efeitos da sentença da declaração de inconstitucionalidade,

¹⁴² Trata-se, com efeito, de tendência universal: na Áustria, apesar de consagrada a regra de a norma inconstitucional ser anulável, operando a sentença de maneira *ex nunc*, permite-se à Corte Constitucional que fixe prazo diverso para que a sentença entre em vigor; Na Alemanha é permitida ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia da nulidade, possibilitando que a norma, a despeito da decisão, regule casos pretéritos; No Brasil, sob nítida inspiração do art.282.4 português, o art.27 da lei 9.898/99 estabelece que “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. (VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Op. cit.).

¹⁴³ *Jurisdição Constitucional*, p. 392.

abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos”¹⁴⁴. O autor observa, no entanto, que essa possibilidade “de efeitos mais restritos” permitidos pelo art.282.4 da CP comporta apenas a declaração com efeitos prospectivos (*ex nunc*), o que representa uma nulidade parcial, além de possibilitar que não haja efeitos repristinatórios. Nesse sentido, rechaça outras modalidades de conteúdos “intermediários” que fujam dos efeitos acima.

Essa posição doutrinária – no sentido de que o 282.4 permitiria apenas declaração com eficácia *ex nunc* (rechaçando-se eventual efeito *pro futuro*, isto é adiando-se a data em que a decisão surta efeitos) -, em Portugal, é de notável alcance, tendo o Tribunal Constitucional português no Acórdão 866/96 (Lei da Caça) adiado a publicação do acórdão para que o legislador pudesse regular a situação tida por inconstitucional, de tal modo a permitir um efeito diferido à eficácia da mesma.

Porém algo significativo distinto viria a ocorrer num dos mencionados acórdãos da “crise” – no caso, o acórdão 353 de 2012, marcado pelo resultado controvertido, já detectável pela simples existência de diversas declarações de votos apartadas.

As normas (artigos 21 e 25 da lei 64-B de 2011 – Orçamento do Estado para 2012) questionadas suspendiam total ou parcialmente o pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13º e/ou 14º meses, para pessoas que auferissem remuneração salarial de entidade pública e para pensionistas do sistema público de segurança social durante os anos de 2012 a 2014.

As medidas eram temporárias e se inseriam no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) acordadas por Portugal junto à União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, tendentes à redução do défice público como parte dos condicionantes dos empréstimos junto a tais órgãos.

O Tribunal ponderou que “a liberdade do legislador recorrer ao corte de remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada”, daí porque a “diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites”, expondo ainda que a “dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”.

¹⁴⁴ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 952.

Explicou o Tribunal que as restrições impostas pelos artigos questionados não possuíam “equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes”, pontuando, ainda:

a diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do déficit público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença.

Por tudo isso, concluiu “o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”.

A decisão parecia encaminhar-se para a total declaração de inconstitucionalidade com efeitos imediatos; porém, em desfecho muito questionado, o Tribunal achou por bem manipular os efeitos da mesma para excluí-la do ano de 2012 (primeiro ano de efeito dos cortes financeiros impostos pela lei), já que era importante ao Estado português “no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo”.

De tal modo que, o Tribunal, valendo-se do art.282.4 da CP determinou que apesar da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, por violação à igualdade, das normas constantes nos artigos atacados, aduziu que “os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem [aplicassem] à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13º e, ou 14º meses, relativos ao no de 2012”, o que seria um objetivo de excepcional interesse público.

Carlos Blanco de Moraes foi um dos críticos da decisão, afirmando que a manipulação fora feita à margem da letra constitucional:

Criou-se, assim, um precedente instável e duvidoso, criticado por uma larga maioria da doutrina, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro, volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito de um legislador que exclui essa hipótese nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1982.

Sob o manto diáfino da interpretação da Lei Fundamental foi gerada uma primícia de mutação constitucional, informal e algo sorrateira, operada por via jurisprudencial e contida numa “sentença aditiva de revisão constitucional.”¹⁴⁵

a) Sentenças aditivas e Formação de Precedentes

Viu-se que a nota que possibilita a chamada sentença aditiva é a configuração da omissão do legislador.

¹⁴⁵ *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso.*

Mais recentemente, foi outorgada a lei 13.300 de junho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo; importa reportar-se ao art.9 da mencionada lei, que trata dos efeitos da decisão:

Art. 9o A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1o Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2o Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3o O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Como se vê, reconheceu-se, como regra geral, que a decisão tem eficácia subjetiva limitada às partes, produzindo efeito até o advento da norma regulamentadora. Porém, possibilitou-se a possibilidade de se conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”, e, mais ainda, possibilitou-se ao relator, em casos análogos ao já decidido com trânsito em julgado, a extensão da decisão no que diz com seus efeitos.

Ora, vale a crítica mais uma vez: a eficácia do precedente deve ser vista em virtude da qualidade da decisão judicial dada pelo STF, como apta a criar a norma que passa a compor o ordenamento; o relator que julga a causa análoga ao já decidido em precedente não está estendendo a eficácia subjetiva da decisão no que diz com seus efeitos, mas apenas aplicando o precedente para aquele caso concreto, o qual, por coerência à igualdade ínsita ao sistema *stare decisis*, deve possuir solução similar.

A dificuldade de o legislador e os operadores do direito quanto ao assunto repercutem em soluções equivocadas como a presente regulamentação legislativa.

É intuitivo que essa incoerência repercute na crise numérica consistente no excesso de recursos que sobrecarregam o Tribunal Supremo.

4.5 Transformações no ordenamento jurídico

Não há dúvidas que todos esses pontos implicam transformações em nosso ordenamento jurídico, baseado, como dito, em forte tradição de direito escrito.

Alguns deles:

i) o modelo de criação normativa pelo processo judicial se aparta radicalmente do modelo que se está habituado (legislativo; disposições; normas decorrentes das disposições);

ii) em consequência, as categorias processuais relacionadas ao *decisum* ganham importância prática, o que chama a atenção não apenas ao dispositivo da sentença, mas igualmente à *ratio decidendi*, à eficácia *erga omnes* e também à questão do efeito vinculante. Equivale dizer: o papel da fundamentação judicial como fonte de direito¹⁴⁶;

iii) o controle exercido do conteúdo da lei - e que deixa o texto intacto, torna o próprio reconhecimento do direito vigente uma tarefa cada vez mais difícil;

iv) a admissão do direito como fonte primária exige uma correspondente sofisticação na publicidade da jurisprudência da Corte.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Deve-se, assim, ter maior relevo o estudo da fundamentação das decisões judiciais – a partir dessas abre-se um “duplo discurso”: um voltado para o caso concreto e outro para a formação do precedente judicial. “É fácil notar que a aplicação de precedentes dá lugar a uma linguagem incomum à tradição romano-canônica. Fala-se em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, distinções, superações, sinalização, superações para o futuro, questões relevantes, fatos relevantes, reescrita, transformação. É um discurso substancialmente novo, que não se confunde com o discurso da decisão do caso, em que se ensarta a fundamentação, embora tenha como mesmo denominador comum a decisão judicial.” (Daniel Mitidieiro, *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial*, Revista de Processo, p.61, abril,2012, vol.206.). Na mesma direção, explica Fredie Didier: “O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio de produção de norma jurídica. Sucede que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes. O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial “(Curso de Direito Processual Civil, V.2, p 311, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015).

¹⁴⁷ Explica Ugo Mattei que “a publicação do direito jurisprudencial, na Inglaterra como na América e no restante do mundo da Common Law, alcançou um nível técnico que fascina e impressiona o observador estrangeiro” (no original: “*la pubblicazione del diritto giurisprudenziale, in Inghilterra come in America e nel restante mondo di common law, ha raggiunto oggi un livello tecnico che affascina e colpisce l’osservatore straniero*”), abordando o papel relevante da publicação extensiva de decisões, na América, pela *West Publishing Company*, que, não obstante o contexto federativo complexo e com mais de cinquenta jurisdições independentes, logrou atingir unidade em todo a América (*Il modello di Common Law*, p. 169).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sentenças interpretativas do STF escancaram a capacidade criativa desse tribunal na criação do direito pela via judicial. Assim atuando, as decisões do STF que interpretam as leis e criam normas, passam a ser vistas como fonte do direito, daí decorrente estender-se a ideia tradicional de isonomia perante à lei também a isonomia perante à interpretação. Para que isso ocorra, essencial o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil, em que esses sejam levados em conta sempre que invocados em demandas judiciais.

Não é o tipo de ação que deve definir a qualidade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas sim, dentro desse marco teórico, é o resultado e a qualidade do produto da discussão (o direito como argumentação) que passa a importar.

A evolução na teoria interpretativa, a distinção entre texto e norma, a influência das normas abertas convergem para esse entendimento.

As sentenças do STF, exatamente por isso, devem possuir efeitos expansivos independentemente da forma de controle – se por ocasião de uma controvérsia (modelo difuso) ou desvinculado de um específico caso concreto (modelo abstrato). De sua vez, a outorga de força vinculante – que, no Brasil, significa a possibilidade de uso de meio processual próprio para cassar decisões que desrespeitem tais precedentes (a Reclamação), deve ser reservada a situações em que a conflitualidade interpretativa passe a representar uma anomalia grave à coerência, estabilidade e integridade dentro do Poder Judiciário.

Tudo isso ganha maior importância quando se leva em conta o controle de constitucionalidade de normas exercido pelo STF, na medida em que, como órgão de cúpula, e em função mesma do objeto da lide, é inevitável que a decisão tenha caráter que ultrapasse o interesse subjetivo das partes. Corolário importante, nesse cenário, é que sejam levados em conta os motivos determinantes do precedente, seja o controle exercido em âmbito difuso seja em concentrado. Útil, portanto, uma reforma legislativo em nosso país, tal como explicitado no item 2.1.3.

De sua vez, as sentenças que se manifestem sobre a inconstitucionalidade podem ser agrupadas numa tipologia única, que levem em conta o pressuposto da distinção entre *texto* e *norma*. São elas: sentenças *eliminativo-negativas*, concluem pela insubsistência do texto no sistema, operando censura de ordem textual; sentenças *interpretativas*, trabalham em ampla perspectiva argumentativa e possuem como nota deixar intacto o texto outorgado pelo legislador, mas cuidando das normas que desse texto advém; por fim, as sentenças *manipulativas*, que, igualmente às interpretativas, são sentenças que deixam intacto o texto

normativo, criando normas não interpretativas mas modificativas (daí porque são decisões excepcionais, voltadas para a adequação da lei aos princípios constitucionais).

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição de princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros: 2011.
- ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do “common law”. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v.1, p. 351-382, out. 2010
- BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p.481.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993
- CASSESE, Sabino. *Dentro la corte. Diario de in giudice costituzionale*. Bologna: Il mulino, 2015.
- _____. *Degli usi e abusi della giurisprudenza nell diritto pubblico*. in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, n. 4/2013, pp. 137-142.
- _____. *Diritto amministrativo: una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- _____. El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribucion del analisis comparado. *Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca)*, n. 13, ene./feb. 1980.
- CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale plurale*. Milano: Giuffré, 2012.
- CHIARLONE Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: *Direito jurisprudencia*. Tereza Arruda Alvim Wanbier (Coord.) São Paulo: RT, 2012.
- CONTI, José Maurício. Orçamento público e o financiamento da educação no Brasil. In: *Direito financeiro, econômico e tributário*. OLIVEIRA, Regis Fernades de. (Org.). Estevão Hovarth, José Maurício Conti, Fernando Scaff. [S.l.: Quartier Latin, 2010.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 5. ed. rev. Padova: CEDAM, 1984. p. 397-398, 404.
- _____. *Disposizione (e norma), em AA.VV. Enciclodédia del diritto, XIII*. Milão: Giuffré, 1964.
- DE LA VEJA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional em Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2013.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Fundação Caloute Gulbenkian, Lisboa: 2001.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GUASTINI, Riccardo. *Disposizione vs norma: una distinción revolucionaria*. *Giurisprudenza costituzionale*, n.34, 1989.

_____. *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY. Jonh, *O federalista*. [S.l.:s.n.], p.16

HOHFELD, Wesley Newcom. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Tradução de Genaro R. Carrió. New Haven: [s.n.], 1913.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Seis tesis sobre la jurisdiccion constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 12, n. 35, mayo/ ago. 1992.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 318

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATTEI, Ugo. *Il Modello di common law*. 4. ed. Com la collaborazione de Emanuele Ariana. Torino: Giappichelli, 2014. P. 148

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensas*, Fortaleza, v.15, n.2, p. 356-386, jul./dez.2010.

_____. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos, Ana Maria D'ávila Lopes, Antonio Moreira Maués (org.) – RJ: Lumen Juris, 2013.

_____. O efeito vinculante na jurisprudência do STF: análise das reclamações constitucionais n.11.000 a n.13.000, *Revista Direito GV*,12, n. 2. maio/ago, 2016.

MARRYMAN, Jonh. The Italian Style. *Stanford Law Reviw*, v. 18, n. 1, 1965

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MITIDIEIRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

MODUGNO, Franco. Difesa dell'interpretaione conforme a costituzione. *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, v. 18, p. 58, abr. 2001.

_____. *Interpretazione giuridica*. 2. ed. Padova: Cedam, 2012.

MONTOYA, Víctorhugo Chávez. *El proceso de inconstitucionalidade em la jurisprudência (1966-2014)*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2015.

NINO, Carlos Santiado. *La validez del derecho*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea, 2012.

PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico em ek Estado constitucional*. Traducción de Horacio Sánchez Pulido; Pedro Caballero Elberscim Andrés Morales Velásquez; Federico Orlando, Diego dei Vecchi. 3. ed. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2014. Cap. 2

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes ?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROSS, Alf. *Diritto e giustizia, a cura de Giacomo Gavazzi*. Piccola Biblioteca Eunadi, Torino: 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. (Org.). SARLET, Ingo Wolfgang. et al. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Antonio G. Moreira Maués. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. [S.l]: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVESTRI, Gaetano. La corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimitá costituzionale. 2013. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. [S.l.]:Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra editores, 2015.

TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. *Revista ISONOMIA*, n 22, abr. 2005.

_____. La jurisprudência entre casuística y uniformidade. *Revista de Derecho*, v. 27, n. 2, dic. 2014.

_____. Precedente e Jurisprudência, *Repro*, V.199, ano 36, Setembro -2001.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TAVEIRA, Heleno Torres. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. [S.l.]: RT.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Processo costituzionale*. Milano: Giuffré, 1989.

_____. Principi e voti: la corte costituzionale e la politica. Einaudi editore: Torino, 2005.

_____. *El derecho dúctil. Ley, derechos, Justicia*. Tradução de Marina Gascón. [S.l.]: Trotta, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.