

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional

NATALIA SILVEIRA ALVES

**OS EFEITOS EXPANSIVOS DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF E A BUSCA POR
DECISÕES ISONÔMICAS PARA A TUTELA EFETIVA DE DIREITOS**

NITERÓI
2016

NATALIA SILVEIRA ALVES

**OS EFEITOS EXPANSIVOS DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF E A BUSCA POR
DECISÕES ISONÔMICAS PARA A TUTELA EFETIVA DE DIREITOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito Constitucional da Universidade
Federal Fluminense.

Linha de pesquisa: Instituições Políticas,
Administração Pública e Jurisdição
Constitucional

**Orientadora: Dr.^a Clarissa Maria Beatriz
Brandão de Carvalho Kowarski**

Coorientador: Dr. Rodrigo de Souza Costa

NITERÓI

2016

NATALIA SILVEIRA ALVES

**OS EFEITOS EXPANSIVOS DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF E A BUSCA POR
DECISÕES ISONÔMICAS PARA A TUTELA EFETIVA DE DIREITOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito Constitucional da Universidade
Federal Fluminense.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Prof. Dr. Guilherme Peña de Moraes
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Prof.^a Dr.^a Thula Pires
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

Aos presentes de Deus.

Pai e Mãe

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha grande e especial família, pelo apoio incondicional e por ser a corrente forte que acalma meu coração, me dando a certeza de que sempre terei para onde voltar. Em especial, agradeço aos meus pais, exemplos de vida e de luta, ao meu irmão, tricolor querido com gosto de filho, e aos meus avós, Maria e Armando, pais com açúcar e afeto.

Agradeço ao meu bem precioso, Thiago, por compartilhar a vida e os sonhos, e com eles, dividir as conquistas e as decepções, permitindo que minha caminhada seja mais leve e com mais cor. Sem você, inegavelmente, sou pá furada.

Agradeço aos amigos de todo sempre, irmãos por escolha e por coração, Fernando, Letícia e Solange, pelos risos sinceros, pelos abraços apertados, pelas lembranças e, acima de tudo, pelo amor.

Agradeço aos verdadeiros mestres que passaram por minha vida, me ensinando, em pequenos detalhes, o amor pela docência e a responsabilidade em ensinar. Agradeço, em especial, à Clarissa, pela paciência e atenção a mim dedicadas, e Rodrigo, pela amizade construída nestes dois anos e pela certeza de debates ricos entre pensamentos tão divergentes.

Por fim, agradeço àquele que se faz presente na simplicidade da vida, cuja verdade é meu guia. Deus, obrigada por tudo, principalmente por me fazer acreditar.

*“mas minha cabeça já alçava voo, meus
pensamentos vinham em verso.”*

Chico Buarque¹

¹ BUARQUE, Chico. *Budapeste*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 165.

RESUMO

A Constituição da República de 1988, além de um marco para a democracia brasileira, espelhou as mudanças trazidas por um novo constitucionalismo caracterizado pelo fortalecimento normativo da Constituição e pelo desenvolvimento de uma nova jurisdição e hermenêutica constitucional, o que contribuiu para a ascensão do Supremo Tribunal Federal como grande guardião da Constituição. Como guardião da Constituição, a Suprema Corte assumiu o papel de sua principal intérprete, centralizando a competência de não apenas aplicar direta e indiretamente as normas constitucionais, mas também garantir à Carta Magna uma interpretação coerente. Diante deste quadro, os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no exercício do controle de constitucionalidade, se destacam, e, através deles, as divergências do sistema constitucional brasileiro tornam-se aparentes, sobretudo quando se constata que este mesmo Tribunal Superior, responsável por proteger a Constituição de interpretações divergentes, pode exarar decisões com efeitos diversos, sendo possível que as instâncias inferiores decidam de forma contrária ao seu entendimento consolidado. É a partir desta divergência de efeitos das decisões do STF, que o tema da presente pesquisa se desenvolve, pretendendo-se, assim, através de pesquisa jurídico-dogmática, analisar o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, enfatizando o estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade e as atuais transformações normativas e jurisprudenciais vivenciadas por ele, que possibilitam efeitos cada vez mais abrangentes e fortalecem discussões sobre a importância de decisões isonômicas para a tutela de direitos em situações semelhantes.

Palavras-Chave: STF, controle difuso de constitucionalidade, efeitos expansivos, decisões isonômicas

ABSTRACT

The Constitution of 1988, as well as landmark for Brazilian democracy, mirrored the changes brought about by a new constitutionalism characterized by the normative strength of the Constitution and the development of a new jurisdiction and constitutional hermeneutics, which contributed to the rise of *Supremo Tribunal Federal* as great guardian of the Constitution. As guardian of the Constitution, the Supreme Court assumed the role of its main interpreter, centralizing the competence not only apply directly and indirectly constitutional norms, but also ensure the *Magna Carta* consistent interpretation. Given this situation, the effects of decisions of the Supreme Court, especially in the exercise of judicial review, stand out, and through them, the differences of the Brazilian constitutional system become apparent, especially when it turns out this Court, responsible for protecting the Constitution of differing interpretations, can be entered decisions with various effects, being possible that the lower courts decide contrary to the its consolidated understanding. It is from this divergence effects of the decisions of the *STF*, that the theme of this research develops, intending up through legal and dogmatic research, analyze the judicial review carried out by the *Supremo Tribunal Federal*, emphasizing the study of the diffuse control of constitutionality and current regulatory and jurisprudential changes experienced by him, that allow increasingly effects and strengthen discussions on the importance of isonomic decisions for the protection of rights in similar situations

Keywords: *STF*, diffuse control of constitutionality, expansive effects, isonomic decisions

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PRINCIPAL INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO..	14
1.1. Introdução	14
1.2. O neoconstitucionalismo.....	15
1.2.1 A formação do Estado Constitucional de Direito e a doutrina pós-positivista	17
1.2.2. A força normativa da Constituição.....	24
1.2.3. A nova hermenêutica constitucional	26
1.2.4. A expansão da jurisdição constitucional	35
1.2.5. O fortalecimento do Poder Judiciário.....	38
1.3. O Neoconstitucionalismo no Brasil	44
1.3.1. A Constituição da República de 1988 e o novo direito constitucional brasileiro ...	46
1.3.2. A ascensão do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e seu principal intérprete	50
CAPÍTULO 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	56
2.1. Introdução	56
2.2. O controle de constitucionalidade de normas	57
2.2.1. A jurisdição constitucional difusa americana e a jurisdição constitucional concentrada austríaca	60
2.2.2. A nulidade da norma inconstitucional.....	63
2.2.3. Espécies de inconstitucionalidade.....	65
2.2.4. Modalidades de controle de constitucionalidade	67
2.3. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro	69
2.3.1. O controle de constitucionalidade nas Constituições Brasileiras.....	71
2.3.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade: características e efeitos.....	77
2.4. Controle de Constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal	84
2.4.1. O controle abstrato e concentrado de constitucionalidade	85
2.4.2. O controle concreto e difuso de constitucionalidade	103
2.4.3. Novas perspectivas e tendências para o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF	112
CAPÍTULO 3. A EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO E CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE	115
3.1. Introdução	115
3.2. O processo de valorização da jurisprudência no Brasil	116
3.3. A expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.....	122
3.3.1. As mudanças legislativas	123
3.3.2. A objetivação do recurso extraordinário	133
3.3.3. A Súmula Vinculante	139
3.3.4. A concretização do mandado de injunção.....	143
3.3.5. A Reclamação 4335/AC e um novo caminho a ser seguido	148
3.4. A releitura da competência do Senado Federal estabelecida no art. 52, X, CRFB/88.	155

3.5. O Supremo Tribunal Federal e a incongruência sistêmica derivada dos efeitos divergentes de suas decisões	160
---	-----

CAPÍTULO 4. A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A BUSCA POR DECISÕES ISONÔMICAS PARA A TUTELA EFETIVA DE DIREITOS **165**

4.1. Introdução	165
4.2. Decisões igualitárias para casos concretos semelhantes	165
4.2.1. Segurança Jurídica: previsibilidade, estabilidade e confiança	167
4.2.2. Coerência da ordem jurídica	170
4.2.3. Desestímulo à litigância e duração razoável do processo	172
4.2.4. Igualdade perante a interpretação judicial e igualdade perante direitos.....	174
4.3. As decisões do Supremo Tribunal Federal como parâmetros decisórios	178
4.3.1. Um novo caminho de respeito às decisões da Suprema Corte	180
4.3.2. As dificuldades inerentes à vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	183
4.4. Os efeitos expansivos do controle difuso como mecanismo garantidor de direitos	193

CONCLUSÃO..... **200**

JULGADOS MENCIONADOS **206**

BIBLIOGRAFIA **209**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central a expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade e a sua relevância na busca por decisões isonômicas para a tutela efetiva de direitos. Utilizando-se da vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática², pretende-se, no decorrer de quatro capítulos, analisar as mudanças normativas e jurisprudenciais que conformam este novo momento do controle difuso de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte brasileira, até então com efeitos limitados, evidenciando a valorização das decisões do STF e a premência de parâmetros decisórios para uma interpretação coerente e igualitária da Constituição da República de 1988.

A Constituição Cidadã, além de marco para a reabertura democrática do Brasil, espelhou as mudanças trazidas por um novo modelo de Constitucionalismo, caracterizado, sobretudo, pelo fortalecimento normativo da Constituição. Estas mudanças contribuíram para a ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal, que passou a centralizar a competência de não apenas aplicar e interpretar as normas constitucionais, mas também de garantir à Constituição um texto normativo coeso, com força suficiente para irradiar seus valores a todos os ramos do Direito.

Nestas circunstâncias, o estudo dos efeitos das decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade ganha uma especial relevância, tendo em vista que, por expressarem a compreensão interpretativo-constitucional do principal intérprete da Constituição, as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser percebidas como parâmetros para as demais instâncias, o que apenas se torna possível com a vinculatividade direta destas decisões. Todavia, embora o Supremo Tribunal Federal exerça o papel de grande guardião da Constituição, as decisões em sede de jurisdição difusa não possuem efeitos

² “A primeira vertente, jurídico-dogmática, considera o Direito com auto-suficiência metodológica e trabalha com elementos internos ao ordenamento jurídico. Desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito e com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico. Acentua a noção de eficiência das relações entre e nos institutos jurídico, restringindo a análise do discurso normativo aos limites do ordenamento. Entendemos nesta obra, contudo, que a vertente jurídico-dogmática não necessariamente deve ser considerada metodologicamente auto-suficiente. Sem dúvida, trabalha com relações normativas, e não poderia ser de outra forma. Isto não significa, entretanto, que deve estar voltada apenas para o interior do ordenamento ou ali enclausurada. As relações normativas devem, também, ser pensadas de forma externa, vital, no mundo dos valores e relações de vida. Logo não interessará apenas a eficiência das relações normativas, mas, inclusive, sua eficácia. E isto não transformará a vertente dogmática em um tipo sociológico puro.” (GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 21)

vinculantes imediatos, como ocorre com as decisões em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, o que tem trazido algumas inconveniências ao sistema brasileiro.

A ausência de vinculatividade imediata de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade por ele exercida, além de demonstrar uma nítida controvérsia no próprio sistema jurídico nacional - no qual algumas decisões da Suprema Corte obrigatoriamente devem ser observadas pelas demais instâncias e outras não - impede a conformação de uma efetiva linha decisória, impulsionando tratamento judicial divergente para casos idênticos e permitindo interpretações diversas para uma mesma norma constitucional.

Esta situação, aos poucos, fez transparecer a importância de se valorizar todas as decisões do Supremo Tribunal Federal para a própria unidade do sistema jurídico brasileiro, passando-se a acompanhar no Brasil transformações normativas e jurisprudenciais no sentido de impulsionar o controle abstrato de constitucionalidade e de, na mesma medida, permitir novas perspectivas ao controle difuso, garantindo expansividade aos seus efeitos até então limitados às partes do processo e não obrigatórios às demais instâncias

É nesta seara que o objeto desta pesquisa se desenvolve e se delimita, buscando-se compreender este novo momento do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos mais abrangentes, e as circunstâncias que alimentam esta mudança e evidenciam a importância de se conceber as decisões da Suprema Corte como parâmetros decisórios para uma interpretação coerente e una da Constituição e do próprio sistema jurídico pátrio. Para tanto, o presente trabalho é estruturado em quatro capítulos específicos, objetivando-se delinear os principais passos seguidos pela pesquisa, as escolhas metodológicas realizadas e os caminhos perpassados até a conclusão.

O primeiro capítulo tem por escopo o exame das circunstâncias fáticas e teóricas que propiciaram o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como grande guardião das normas constitucionais. Para a referida análise, inicia-se o estudo do Neoconstitucionalismo e dos marcos que o caracterizam, garantindo especial enfoque a sua estruturação no Brasil, a partir da promulgação da Carta da República de 1988. Pretende-se com este capítulo, realizar uma análise geral sobre a ascensão da Suprema Corte brasileira como grande intérprete da Constituição, evidenciando a importância de se valorizar as suas decisões, principalmente em sede de controle de constitucionalidade

O segundo capítulo se dedica a análise geral do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil, dando ênfase ao controle realizado pelo Supremo

Tribunal Federal no exercício de sua competência. Busca-se compreender as principais características que delineiam o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e o molda como um sistema especial, influenciado pela jurisdição abstrata e pela jurisdição difusa. Neste capítulo serão analisados, em detalhes, o controle abstrato de constitucionalidade e o controle difuso de constitucionalidade, com especial enfoque nas peculiaridades do Recurso Extraordinário.

Após o estudo destas questões preliminares, fundamentais para a melhor compreensão do tema trabalhado nesta pesquisa, passa-se para o exame das questões específicas, iniciando-se, com o terceiro capítulo, o exame das mudanças que contribuem para uma releitura do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, adequando-o ao papel desempenhado pela Corte Suprema. Nestes termos, o terceiro capítulo tem por escopo a análise pormenorizada das principais mudanças normativas e jurisprudenciais que sustentam atualmente a expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, e que impulsionam a valorização das decisões da Suprema Corte brasileira, evidenciando a importância da jurisdição difusa para a tutela de direitos no sistema jurídico nacional.

Por fim, em complemento ao terceiro capítulo, o quarto capítulo analisa a presença de efeitos abrangentes para ambas às modalidades de controle de constitucionalidade exercidas pela Suprema Corte brasileira, especificamente quanto às decisões em sede de controle difuso, ponderando a sua relevância para a coerência da ordem constitucional, para a duração razoável do processo e para a veiculação de tratamentos igualitários em casos idênticos. Este capítulo problematiza a obrigatoriedade das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em relação às instâncias inferiores, apresentando os entraves sistêmicos existentes e as alternativas viáveis para enfrentá-los.

Desta forma, a pesquisa se justifica pela necessidade de compreensão das novas tendências capazes de reestruturar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, alterando as suas bases e contribuindo para novas perspectivas relacionadas à valorização das decisões da Suprema Corte brasileira. Com o Supremo Tribunal Federal cada vez mais presente no cenário público devido aos importantes debates e às decisões de grande repercussão nacional, estudar as peculiaridades e efeitos de suas decisões torna-se fundamental, sobretudo quando se verificam possibilidades reais de as mesmas se imporem como parâmetros decisórios, conformando soluções igualitárias para casos idênticos.

CAPÍTULO 1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PRINCIPAL INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO

1.1. Introdução

O presente capítulo tem por escopo o exame das circunstâncias fáticas e teóricas que propiciaram o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como principal intérprete da Constituição, garantindo-lhe posição de destaque na aplicação das normas constitucionais e, por consequência, posição de destaque na solução das principais questões levadas à tutela jurisdicional. Busca-se, assim, compreender o novo papel assumido pela Suprema Corte brasileira nos últimos anos e as novas exigências que norteiam sua extensa atuação, dando ensejo a discussões sobre a eficácia de suas decisões e sobre a importância de parâmetros decisórios para a coerência do próprio sistema constitucional brasileiro.

Como pano de fundo para esta análise, enfatiza-se o estudo do neoconstitucionalismo, delineado no Brasil a partir da Carta Magna de 1988, e seus principais elementos conformadores, que contribuíram para uma nova compreensão sobre a normatividade da Constituição e atribuíram, ao Poder Judiciário, a função precípua de protegê-la. Por razões metodológicas, inicialmente, será analisado o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no cenário europeu, onde ele se originou, e posteriormente, estudar-se-á seu desenvolvimento tardio no Brasil.

De acordo com sistematização cuidadosa realizada por Luis Roberto Barroso, seguida no presente trabalho, o neoconstitucionalismo pode ser analisado segundo três marcos específicos: o marco histórico, em que é possível assinalar a formação do Estado constitucional de direito; o marco filosófico, com a teoria pós-positivista, caracterizada pela reaproximação entre Direito e Moral; e o marco teórico em que destacam-se três importantes mudanças, a força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional e a expansão da jurisdição constitucional.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a

força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.³

Desta forma, partindo-se do estudo detalhado destes três marcos conformadores do novo constitucionalismo, analisam-se as mudanças internalizadas pelo Brasil a partir da redemocratização e as consequências oriundas destas transformações para o sistema jurídico pátrio, principalmente no que se refere à ascensão do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, que assumiu o papel essencial de proteger a Constituição, impedindo a coexistência de decisões divergentes para a manutenção do sistema.

1.2. O neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo⁴ deve ser compreendido como um fenômeno de muitas faces, não sendo possível defini-lo de forma homogênea e simplificada ou estudá-lo sobre um único marco teórico. Não se trata de um movimento estanque, mas de um conjunto de posturas teóricas, que podem ser encontradas em diferentes aspectos nas obras de autores como Ronald Dworkin⁵, Robert Alexy⁶, Gustavo Zagrebelsky⁷, Luigi Ferrajoli⁸ e Carlos Nino⁹.

Ele pode ser considerado como um modelo de organização política¹⁰, como uma ideologia¹¹, como uma teoria do Direito¹² e até mesmo como um paradigma científico¹³, mas,

³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61.

⁴ Deve-se ressaltar que no debate constitucional norte-americano e alemão, o termo neoconstitucionalismo não é adotado. Ele ganhou ampla divulgação no Brasil a partir de uma coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

⁹ NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003

¹⁰ “O Neoconstitucionalismo nesta perspectiva representa a passagem de um modelo fundado no império da lei, para outro marcado pela primazia da Constituição, mas especificamente, de um determinado tipo de Constituição.” (CAMARGO, Margarida. *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 359.)

¹¹ “Partindo-se do princípio de que a ideologia é ‘qualquer sistema abrangente de crenças, categorias e maneiras de pensar que possa constituir o fundamento de projetos de ação política’, o neoconstitucionalismo, concebido como ideologia, é o sistema de crenças que visa dar suporte a uma determinada forma de organização política; aquela do Estado Constitucional de Direito.” (CAMARGO, Margarida. *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 361.)

em todas estas facetas, ainda que de formas diferentes, estarão explícitas as mudanças oriundas de um novo momento da Constituição¹⁴, isto é, a Constituição como centro do sistema jurídico.

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade. à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.¹⁵

A partir da formação do Estado Constitucional de Direito e do fortalecimento da doutrina pós-positivista na Europa, a Constituição passou a ocupar um espaço de supremacia no ordenamento e suas normas ganharam força suficiente para se imporem como comandos a serem seguidos e respeitados, não apenas determinando o modo de produção das normas infraconstitucionais, mas também delimitando o seu conteúdo, o que já era encontrado excepcionalmente nos EUA¹⁶.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o repúdio aos regimes autoritários, o conteúdo das normas infraconstitucionais se tornou a grande preocupação dos sistemas

¹² “Quando o termo neoconstitucionalismo é empregado nesse sentido, refere-se a uma forma sistemática de explicações dos sistemas jurídicos característicos do Estado Constitucional de Direito.” (CAMARGO, Margarida. *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 362.)

¹³ “A proposta de enxergar o neoconstitucionalismo como um novo paradigma de ciência jurídica é defendida por Alfonso Garcia Figueroa. O autor espanhol propõe a reconstrução do neoconstitucionalismo como opção ao antigo paradigma que une positivistas e jusnaturalista. Emprega a palavra “reconstrução” por entender que o neoconstitucionalismo é uma tendência difusa no plano teórico, carente de uma abordagem metateórica construtiva para alcançar unidade e consistência.” (CAMARGO, Margarida. *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 359.)

¹⁴ Ressalta-se que o termo Constituição, ora utilizado, não expressa especificamente a Constituição de algum país. Utiliza-se aqui a expressão Constituição no sentido da Lei Maior de um país, sem especificidades.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso: 10/06/2015.

¹⁶ A realidade constitucional americana sempre se diferenciou da européia no que tange a força normativa da Constituição. Isto se deve ao fato de que, nos EUA, a Constituição foi concebida como norma jurídica suprema, capaz de se impor como limite à legislação infraconstitucional, em contraponto à supremacia da lei e do Parlamento vivenciada pela Europa até então. Peculiarmente, ainda que a primeira Constituição republicana brasileira tenha sofrido muita influência dos ricos debates americanos, a normatividade da Constituição sempre encontrou grandes dificuldades de se impor, se assemelhando ao contexto europeu, o que apenas mudou com a Carta da República de 1988.

jurídicos dos países envolvidos na guerra e mais uma vez a Constituição foi primordial para estabelecer limites materiais à legislação. Neste período, foram adotadas constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores, e, para assegurar a observância destes novos elementos, por assim dizer, foram adotados mecanismos rígidos de fiscalização, que refletiram transformações na hermenêutica e na jurisdição constitucional.

Desta forma, o neoconstitucionalismo reflete um conjunto de mudanças pontuais que ressaltaram a supremacia da Constituição como norma jurídica e os arranjos que se formaram para proteger e assegurar esta normatividade, como bem ensina Miguel Carbonel:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por mérito de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.¹⁷

Neste sentido, não se pode deixar de destacar algumas referências importantes como a Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949, a instalação do Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1951, a Constituição da Itália de 1947 e a instalação da sua Corte Constitucional, em 1956, e as Constituições de Portugal e Espanha, promulgadas na década de 70, que tiveram importante função na redefinição do direito constitucional. Por fim, ressalta-se a construção de um novo paradigma constitucional no Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988.

1.2.1. A formação do Estado Constitucional de Direito e a doutrina pós-positivista

A modernidade, de acordo com os professores Marcus Fabiano Gonçalves e Edmundo L. de Arruda Jr. “é a designação genética adotada para se caracterizar um período histórico, na verdade mais um processo social, marcado pelo colapso das fundamentações tradicionais”¹⁸. Assim, como todo momento de ruptura, ela trouxe novos institutos, novas reflexões, novas críticas, novas resistências e novas tradições.

¹⁷ CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9/10 *apud* HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O novo constitucionalismo: a hegemonia normativa dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional*. Disponível em: <file:///C:/Users/Principal/Downloads/02 - o novo constitucionalismo a hegemonia normativa dos principios.pdf>. Acesso: 05/11/2015

¹⁸ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 4.

O Estado moderno permitiu novos espaços de reflexão crítica, possibilitando o debate e o amadurecimento de ideias, fazendo crescer o ideal do conhecimento e o da liberdade, em um claro confronto ao absolutismo. A partir de então, a filosofia jusnaturalista¹⁹ passa a enredar esses debates, influenciando a formação de grandes nomes do Iluminismo, como Locke e Rousseau, e se tornando a grande base filosófica para as revoluções liberais que seguiriam ao longo do século XVIII.

Estas revoluções, em especial a Revolução Francesa, trouxeram mudanças importantes, se instituindo como marcos para a ascensão do liberalismo e da classe burguesa, consolidando o Estado de Direito e iniciando a trajetória do constitucionalismo moderno. De acordo com Paulo Bonavides²⁰, a Revolução Francesa, especificamente, exprimiu o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social, deixando o binômio *absolutismo-feudalidade* para gerar outro, *democracia-liberalismo*, onde o econômico controla e dirige o político.

O Estado Liberal nasce no decorrer destas revoluções destacando a proteção e positivação dos direitos individuais, a separação estrita entre os poderes e a valorização da lei e da Constituição como mecanismos de segurança para a nova classe dominante. O direito positivo passa a ser considerado a expressão máxima da soberania popular, refletindo as necessidades sociais de segurança jurídica e de objetividade sistêmica, afastando-se cada vez mais do direito natural.

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.²¹

¹⁹ “O Jusnaturalismo Moderno, ou Escola Moderna do Direito Natural, ou Jusnaturalismo Racionalista, de Hugo Grócio, Pufendorf, Hobbes, Rousseau, Locke e outros, representa uma ruptura com o Jusnaturalismo Clássico e com o Jusnaturalismo Escolástico, desligando-se de seus fundamentos ontológicos e teológicos, e passando a ser instrumento de um racionalismo subjetivista, abstrato e a-histórico. Deus deixa de ser visto como emanador das normas jurídicas e a natureza ocupa esse lugar, com um adendo: não é a natureza que dá aos homens esse entendimento, mas é ele mesmo, por meio da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade. A partir de certos princípios, procura-se construir, dedutivamente, rígidos e exaustivos sistemas de Direito Natural, dotados de validade universal e perpétua.” (XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo*. Revista de Direito da Unimep, n. 1, 2001 Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/885>. Acesso: 11/06/2015).

Sobre o tema: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 23.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma doutrina constitucional transformadora*. 7 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 323.

De acordo com Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho²², esta supervalorização da lei escrita pode ser acompanhada a partir três pilares fundamentais: o primeiro refere-se à posição da norma positiva no sistema, em que a lei positiva passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiologicos não positivados; o segundo trata do modo de confecção dos diplomas normativos, onde estes ganham um alto grau de abstração, até então desconhecido; e o terceiro se refere à forma de aplicação das leis, em que a lei passa a prever uma solução *a priori*, sendo aplicada ao caso concreto por meio do método dedutivo.

É neste contexto que o positivismo jurídico²³ se destacou, absorvendo os anseios da burguesia pelo poder, buscando objetividade científica para o Direito, apartando-o da Moral e de valores mínimos e limitando-o a um ato normativo emanado pelo Estado. De acordo com as lições de Norberto Bobbio²⁴, o positivismo jurídico pode ser caracterizado a partir das seguintes características: considera o direito como um fato e não como um valor; o define em função do elemento da coação; considera a lei como fonte preeminente do direito, elaborando complexa doutrina das relações entre lei e costume, lei e direito judiciário e lei e direito consuetudinário; considera a norma como um comando e o ordenamento jurídico como coerente e completo e sustenta que na atividade do jurista prevalece o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito – o juiz como boca da lei²⁵.

O positivismo jurídico encontrou seu apogeu com o normativismo de Hans Kelsen. De acordo com o jurista, haveria um sistema escalonado de normas, onde a Constituição ocuparia o ápice e estabeleceria a forma de produção das normas inferiores, sendo o seu requisito de validade. Assim a unidade do ordenamento seria o reflexo de uma

²² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso em: 11/06/2015.

²³ Ronald Dworkin, ao tecer críticas a obra de Hebert Hart, estrutura o esqueleto do positivismo, expondo algumas proposições centrais e organizadoras sobre o tema: a) “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público”; b) “o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’”; c) “dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28)

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-133.

²⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 176.

Importante esclarecer que este juiz limitado ao legislativo, mero aplicador da lei, foi uma realidade do positivismo francês, influenciando a formação brasileira visto ser herdeira do sistema da *civil law*. Na Inglaterra, o poder deferido aos juizes foi mais amplo, sendo possível a criação judicial do Direito.

interdependência entre as normas, onde a norma inferior encontraria sua validade na norma superior, até se chegar à norma fundamental, fundamento de validade de todo sistema.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.²⁶

Kelsen pretendeu criar uma teoria científica do Direito, onde este seria analisado e interpretado sem influências externas, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos, costumes e valores socialmente compartilhados. Em sua ótica, não caberia ao intérprete a identificação do conteúdo axiológico da norma no momento da sua aplicação, o ordenamento jurídico não contemplava esta valoração, fazendo com que a questão se limitasse a validade da lei e não ao seu conteúdo.

Estas restrições quanto à análise do conteúdo das normas jurídicas e a preocupação única com a validade das mesmas, baseada na forma com que são produzidas, foi, certamente, o ponto fraco do positivismo jurídico, servindo de fundamento para as principais críticas que sofreu, o que gerou o seu notório enfraquecimento. Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho, neste ponto, fazem ressalva importante, afirmando que tais críticas fizeram com que alguns teóricos positivistas tentassem reestruturar sua teoria com base nas deficiências que se tornavam aparente:

As fortes críticas dos não-positivistas fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adotar sua teoria ao mundo atual. Com isso, ao lado do positivismo exclusivo de Joseph Raz, “para muitos o último positivista puro”, criou-se o positivismo débil, inclusivo ou includente, como os de Hart (após a inclusão em sua obra do *Pós-escrito*) e Luis Cruz, cuja regra de reconhecimento permite a possibilidade de abertura ao sistema moral, relativizando o parâmetro de validade unicamente formal da norma. Há ainda outras vertentes como o positivismo crítico de Luigi Ferrajoli, que “desenvolve uma teoria particular de direito baseada também no direito constitucionalizado, mas ao mesmo tempo defende que não existe uma vinculação conceitual necessária entre direito e moral”.²⁷

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

²⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso: 11/06/2015.

Em que pesem às mudanças sutis, a ausência de efetivos parâmetros valorativos a serem considerados no momento da interpretação, como, a Ética e a Moral, comprometiam as escolhas a serem feitas, disfarçando autoritarismos de matizes variados²⁸. Assim, o positivismo e o fetiche da lei escrita que o caracteriza deixaram de ser suficientes para enfrentar as questões do Direito e, assim, a antiga separação entre Direito e Moral²⁹ foi demonstrando, aos poucos, suas deficiências e seus perigos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e seus resultados desastrosos, tornou-se evidente a necessidade de proteger os direitos do homem como ser humano, independentemente de sua raça, cor ou religião, e evidenciou-se a importância da reaproximação entre Direito e Moral para que situações como àquelas, ocorridas na Alemanha nazista, não se justificassem pelo direito puro. Diante das circunstâncias, a Constituição materialmente considerada se enquadrava como instrumento efetivo para esta proteção, desenhando o Estado Constitucional de direito, apoiado em uma nova filosofia, o pós-positivismo³⁰.

De forma resumida, a obra de Friedrich Müller é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser

²⁸ “A humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista não é possível um enunciado científico. Ele não nega, por exemplo, que a exigência da justiça valha para a consciência de cada um, mas é de opinião de que ela não é passível de conhecimento científico e de que, portanto, não constitui um princípio de ciência juspositivista.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 46. *apud* BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. *Princípios e Regras: uma abordagem evolutiva*. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=23>. Acesso: 16/06/2013.)

²⁹ Importantes autores positivistas contemporâneos confirmavam esta separação e buscavam o conceito de direito longe da Moral, como pode ser observado em pequeno trecho extraído do livro *O Conceito de Direito* de Hart: “Um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos facultava ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito ao direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles. (...) Pode-se alegar em favor da doutrina positivista simples de que as normas moralmente iníquas podem ainda integrar o direito, que ela pelo menos não disfarça a escolha entre dois males que às vezes é preciso fazer em circunstâncias extremas.” (HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 273)

³⁰ Sobre o Tema: MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

No Brasil: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir de dados lingüísticos (programa de norma) e extralingüístico (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e questão de direito.³¹

O pós-positivismo proporcionou uma leitura moral da Constituição e das leis, reconhecendo a normatividade dos princípios e proporcionando “o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”³², pontos importantes para o Estado Constitucional que se fortalecia. De acordo com Luís Roberto Barroso³³, o século XX se inicia fundado na percepção de que o direito é um sistema aberto de valores e a Constituição é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los.

O pós-positivismo deixou explícito que o Direito, ainda que não se confunda com a Moral, se relaciona com ela, refletindo valores tanto na criação da norma jurídica, como na sua aplicação ao caso concreto, uma vez que tais valores indicam também as finalidades a serem alcançadas pelo próprio ordenamento jurídico, influenciando o legislador e o intérprete. Neste ponto, válidos são os ensinamentos de Miguel Reale, onde “toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido *um valor* como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”³⁴, desta forma, a norma jurídica espelha as escolhas efetuadas pelo legislador e, também, valores socialmente relevantes, refletindo exigências axiológicas³⁵ que delineiam a obrigatoriedade do direito.

Nesta esteira, o intérprete da norma e aplicador do direito não está preso a vontade do legislador expressa no texto normativo, como acenava a doutrina positivista, ao contrário, ele também atenderá aos valores protegidos pela sociedade e assegurados na Constituição, buscando parâmetros de justiça quando da aplicação concreta do direito. Assim, o pós-positivismo, ao reconhecer os pontos de contato entre o Direito, Moral, Ética e Justiça,

³¹ ABOUD, Georges. *Do Genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatos históricos, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 402.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

³³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma doutrina constitucional transformadora*. 7 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 334.

³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

³⁵ “Apesar de não se poder negar que, no ato de aprovar uma lei haja sempre certa margem de decisão livre, e, às vezes, até mesmo de arbítrio, na realidade a obrigatoriedade do Direito vem banhada de exigências axiológicas, de um complexo de opções que se processa no meio social, do qual não se desprende a autoridade decisória.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

permitiu uma verdadeira abertura valorativa³⁶ do sistema jurídico, delineada como “volta dos valores” ou “virada Kantiana”, encontrando nas Constituições que se fortaleciam e nos princípios constitucionais, o seu fundamento. Neste momento, os princípios ganham uma nova roupagem, ocupando um espaço até então impensável sob a ideologia jusnaturalista e positivista.

Com efeito, nota-se que no período jusnaturalista os princípios estavam conectados à pretensa idéia de justiça universal. Inseridos em preceitos metafísicos e atemporais, sua normatividade era basicamente nula e duvidosa. No positivismo, dada a influência jusprivatista, originária do direito romano, os princípios começam a ingressar nos códigos como fonte normativa subsidiária, com o fito principalmente de superar as lacunas existentes. Hodiernamente, na fase pós-positivista, com a ascensão do direito público, as novas Constituições iniciam a positivação-constitucionalização dos princípios, os transformando, segundo Bonavides, em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.³⁷

Os princípios passam a ser compreendidos como pautas valorativas e, justamente por isto sua normatividade foi reconhecida, o que fez com que a dicotomia anteriormente existente entre princípios e normas se convertesse na dicotomia entre princípios e regras, com a premissa básica de que ambos possuem normatividade³⁸. O reconhecimento da normatividade dos princípios foi fundamental para o fortalecimento normativo da Constituição, refletindo, assim, as mudanças delineadas pelo Estado Constitucional de Direito e embasando os novos arranjos constitucionais, o que trouxe consequências profundas para a hermenêutica e jurisdição constitucional.

³⁶ “Não é mais o momento de um direito avalorativo, tampouco de um direito impregnado de valores carregados por preferências pouco científicas, como as defendidas pelos adeptos do jusnaturalismo, ou mesmo de uma ética dos valores espiritualistas. A estrutura do neoconstitucionalismo – desde logo revelamos – é construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, três fatores que podem ser considerados como de inegabilidade dos pontos de partida. E é nesse ponto que começa a se traçar a essência do neoconstitucionalismo: uma teoria do direito preocupada em transformar o que não deve ser e com a pretensão de corrigir aquilo que racionalmente pode ser aperfeiçoado (idéia do ‘pode ser’). Nesses dois termos, o neoconstitucionalismo é essencialmente voltado para a pretensão de correção e para a transformação.” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 18/19.)

³⁷ BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. *Princípios e Regras: uma abordagem evolutiva*. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=23>. Acesso: 16/06/2013.

³⁸ As principais diferenças entre regras e princípios, traçadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, serão abordadas no tópico “a nova hermenêutica constitucional”, mas deve-se ter em mente que ela não é pacífica entre os doutrinadores. Robert Alexy, em sua obra *Teoria de los derechos fundamentales* (1993), traz uma ampla discussão sobre os possíveis critérios de diferenciação entre ambos, sendo duramente criticado pelos autores ligados à Ética do Discurso, como Jürgen Habermas.

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau ao sintetizarem as principais características do neoconstitucionalismo, comentam sobre esta postura principiológica³⁹ derivada do pós-positivismo e suas influências para a aplicação das normas constitucionais.

La presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido, como afirma SASTRE, la principal herramienta de ataque al positivismo jurídico. ‘Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico’. Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo – en particular a partir de los principios – aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata en definitiva, de recuperar el concepto de constitución y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico.⁴⁰

Sem dúvidas, as influências pós-positivistas foram fundamentais para o fortalecimento da normatividade constitucional, principalmente por permitir a inserção de valores ao ordenamento jurídico através dos princípios. Com uma Constituição valorizada, o Estado Constitucional de Direito que se estruturava, também se fortaleceu, possibilitando novas transformações legitimadas pela supremacia constitucional.

1.2.2. A força normativa da Constituição

Conforme analisado, as revoluções liberais do século XVIII enfatizaram a importância de documentos escritos para assegurar direitos aos cidadãos, neste contexto tanto a lei como a Constituição escrita foram concebidas como mecanismos capazes de garantir segurança jurídica, protegendo o cidadão em face dos arbítrios estatais. No entanto, no contexto europeu, a lei assumiu um papel de maior destaque se comparado a Constituição, tendo em vista que esta se moldou como um documento essencialmente político, cujas normas

³⁹ Esta euforia principiológica, identificada por autores como Paulo Ricardo Schier, deve ser analisada com ressalvas, visto que “a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo ‘subjetivo’ (no sentido arbitrário)”, sem objetividade. (SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito de Estado, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>. Acesso: 17/06/2015).

⁴⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>. Acesso: 16/06/2015.

não representavam comandos impositivos, necessitando, na realidade, do Legislativo e do Executivo para sua aplicação.

A partir da conformação do Estado Constitucional de Direito, ocorrido após o fim da Segunda Grande Guerra, esse quadro começou a ser alterado, sendo atribuído à norma constitucional o *status* de norma jurídica. À Constituição foi reconhecida força normativa, passando a ser dotada de imperatividade suficiente para que sua inobservância fosse passível de mecanismos de cumprimento forçado, assim como já acontecia com as demais normas jurídicas.

Konrad Hesse ressaltou esta força normativa da Constituição, se opondo a posição antiga, defendida por Ferdinand Lassale, na qual a Constituição se limitaria a “soma dos fatores reais de poder que regem um país”⁴¹. Para Lassale, a Constituição Jurídica apenas teria valor se correspondesse à Constituição Real, caso contrário, representariam apenas uma folha de papel. A comparação da Constituição a uma simples folha de papel deixa claro o esvaziamento da normatividade constitucional para Lassale, onde a Constituição Jurídica jamais poderia se impor às condições reais do poder.

Esta posição sofreu muitas críticas e aos poucos perdeu espaço para o reconhecimento da normatividade das normas constitucionais e da força oriunda delas, capaz de não apenas esboçar uma condição de validade formal para as demais normas, mas também de delimitar materialmente o seu conteúdo.

Porém, não obstante o peso teórico (e histórico) de Lassale, sua visão, em determinado sentido, é inconcebível, pois reduz a Constituição, enquanto norma, à mísera função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações do poder dominante. Afinal, a Constituição, em sua perspectiva epistemológica, reclama normatividade.

Tal normatividade reclamada pela Constituição deve admitir que esta, ainda que de forma limitada, possui uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado (e da sociedade civil), mesmo que tal força se constitua numa ficção necessária para o constitucionalista (como, em outros termos, o necessário mito da supremacia da Constituição).⁴²

Como grande opositor a tese de Lassale, Konrad Hesse ressaltou o caráter vinculante e obrigatório das disposições constitucionais, negando qualquer comparação entre a Constituição e uma mera folha de papel, tendo em vista a normatividade da primeira.

⁴¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 2000. p. 17.

⁴² SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 72.

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.⁴³

Ao reconhecer a força normativa da Constituição, Hesse possibilitou novas discussões a este respeito, deixando claro que inobstante uma Constituição possa não alcançar a efetividade máxima de suas normas, em razão de dificuldades próprias da realidade social, isto não lhe retira a capacidade de produzir efeitos jurídicos e, conseqüentemente, de influenciar todo o ordenamento jurídico. Assim, a Constituição não estaria subjugada aos fatores reais de poder, ao contrário, ela deveria ser superior a eles, conformando a forma de produção das normas infraconstitucionais e o seu conteúdo.

Certamente, o reconhecimento da normatividade da Constituição foi fundamental para a compreensão de sua supremacia no ordenamento jurídico. Apenas com uma Constituição forte e independente de fatores políticos e econômicos, o sistema jurídico se renderia a uma Carta de Direitos, bem como, apenas assim, esta Carta teria força suficiente para irradiar seus valores por todo o ordenamento, se impondo como limite formal e material à legislação infraconstitucional.

Nestes termos, com uma Constituição fortalecida normativamente, a interpretação e a jurisdição constitucional ganharam novos contornos, sendo exigido o desenvolvimento e a ampliação de mecanismos eficientes, capazes de assegurar a observância dos mandamentos constitucionais e, por conseqüência, assegurar a normatividade da Constituição.

1.2.3. A nova hermenêutica constitucional

As mudanças trazidas pelo pós-positivismo se incorporaram à Constituição que, ocupando o centro do ordenamento, passa a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras com força normativa⁴⁴, revestidos de elevada carga axiológica, envolvendo

⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. p. 25-27.

⁴⁴ Ressalta-se que com o pós-positivismo encerra-se a discussão sobre a natureza normativa dos princípios. Estes, tais como as regras, possuem o *status* de norma jurídica, não existindo hierarquia entre eles. As diferenças entre ambos podem ser traçadas através de dois critérios importantes: conteúdo, onde as regras são descrições de condutas a serem seguidas e os princípios, valores a serem alcançados com alto grau de abstração; e modo de

ideais de justiça e de proteção aos direitos fundamentais. Sem dúvidas, esta abertura impulsionou a adoção de novos métodos interpretativos e a própria interpretação constitucional, até então restrita ao texto normativo, ganhou novos contornos, devendo atender às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e plural.

A grande transformação vivenciada pela hermenêutica constitucional, considerando o contexto do pós-positivismo e a normatividade da Constituição, se deu com a constatação de que, como as normas constitucionais, assim como as demais normas jurídicas, trazem consigo um arcabouço de possibilidades interpretativas, o que já havia sido identificado por Hans Kelsen, caberia ao intérprete, a escolha ponderada da hipótese a ser aplicada ao caso concreto. Isto é, o intérprete, em especial, o juiz, ao decidir, deveria identificar a norma a ser aplicada ao caso concreto, perceber as várias possibilidades interpretativas extraídas desta norma, escolher a hipótese mais adequada à realidade, levando em consideração os valores constitucionais e os interesses em questão e, por fim, aplicar a norma ao caso concreto.

Percebe-se que o pós-positivismo traz elementos complementares para a interpretação, impedindo que esta, como ato complexo que é, fosse esvaziada pela discricionariedade exagerada do intérprete na escolha de uma das inúmeras possibilidades interpretativas, enfatizando limites valorativos impostos pela própria Constituição para a realização da interpretação. Sem dúvidas, estes limites foram o grande diferencial trazido pela doutrina pós-positivista para a hermenêutica constitucional, tendo em vista que o positivismo jurídico tradicional impedia a atuação do intérprete, em razão da literalidade protegida, e o positivismo kelseniano trazia limitações formais, mas não materiais a ela.

Hans Kelsen, embora sem a pretensão de formular uma teoria da interpretação, como já ressaltado anteriormente, e imerso em seu positivismo normativista, guiado pela busca por uma ciência pura do direito, teceu considerações importantes sobre a interpretação jurídica e verificou uma indeterminação semântica característica dos enunciados normativos, o que impediria a conquista de uma única interpretação correta.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que

aplicação, onde as regras são aplicadas através da subsunção, e os princípios mediante ponderação. Para uma leitura aprofundada sobre o assunto: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente.⁴⁵

Kelsen reconheceu as muitas possibilidades interpretativas de uma norma jurídica contidas na moldura normativa e, também, caminhando em sentido contrário ao positivismo tradicional, permitiu reflexões sobre o papel do intérprete, reconhecendo que todo ato jurídico, inclusive a decisão judicial, materialização da interpretação, é “simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior⁴⁶”.

O grande ponto de divergência entre a interpretação desenvolvida no positivismo normativista de Kelsen e esta, desenvolvida no contexto do pós-positivismo, é a interseção entre Direito e Moral. Para Kelsen, o Direito e a Moral deveriam ser compreendidos separadamente, o que permitia uma atuação judicial altamente discricionária, com limites vagos, onde o magistrado, ao decidir não teria grandes preocupações quanto ao conteúdo da decisão. O pós-positivismo, de encontro ao considerado pelo positivismo, proporcionou o reencontro do Direito com a Moral, e ensejou novas discussões acerca da liberdade do magistrado ao decidir e interpretar as normas jurídicas, garantindo novos contornos à hermenêutica constitucional.

A nova hermenêutica constitucional, guiada pelos ideais pós-positivistas, garantiu ao intérprete um papel de destaque, mas tratou com cuidado a ideia de criação do Direito pelo mesmo. O intérprete teria o papel de identificar a norma aplicável ao caso concreto, identificar a interpretação mais adequada dentre as possibilidades e fazê-la incidir, a partir de argumentos bem delineados, ao caso levado a sua apreciação.

Ao intérprete não caberia criar a norma a ser aplicada de forma ilimitada, se valendo de legislador positivo. Na verdade, ele deve buscar a interpretação mais adequada ao caso concreto, utilizando dos princípios interpretativos e de outros mecanismos auxiliares à interpretação, levando em conta os valores protegidos pela Constituição e pela sociedade e considerando os limites estabelecidos pelo próprio texto normativo a ser interpretado para, assim, participar do processo de criação do Direito.

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que bem a dar ao mesmo, de um elemento de

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.164.

discricionariedade e assim de escolha - , não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculo. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais⁴⁷.

No que tange a interpretação constitucional, a participação no processo de criação do Direito torna-se mais aparente, tendo em vista a carga valorativa das normas constitucionais e as frequentes utilizações de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelas Constituições, o que exige do intérprete uma atuação diferenciada, evidenciando que a interpretação da Constituição não se reduz a mera reprodução do enunciado normativo, ao contrário, o intérprete, ao aplicar a norma constitucional, considerando a interpretação e a aplicação um processo unitário, participa da criação de uma norma específica, em conformidade ao caso concreto, concretizando a norma geral e abstrata.

Deve-se reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Está é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁴⁸

A partir das mudanças trazidas com o pós-positivismo, o intérprete passa a seguir não apenas o texto normativo puro, mas também os valores protegidos pela sociedade⁴⁹ e pela Constituição, solucionando conflitos complexos, resultantes da ambiguidade da linguagem constitucional, de colisões entre princípios, de colisões entre direitos, entre outras dificuldades

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 24.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42.

⁴⁹ Neste processo de grandes transformações, a interpretação constitucional integrada à realidade social se destaca, levando em consideração a complexidade da sociedade. Peter Häberle propõe a síntese entre Constituição e realidade social, reiterando a importância de pensar a interpretação constitucional sob o prisma do conceito da sociedade aberta: "Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos, "vinculados às corporações" (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nelas envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultando da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade." (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13)

decorrentes do ato de interpretar as normas constitucionais e também de interpretar o ordenamento jurídico a partir do filtro determinado pela Constituição.

Em razão da especialidade e complexidade da nova hermenêutica constitucional, princípios específicos foram sistematizados para auxiliar o intérprete, entre eles, o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da interpretação conforme a constituição⁵⁰ e o princípio da unidade da Constituição⁵¹. Tais princípios estabelecem premissas básicas para a interpretação constitucional, privilegiando a força normativa da Constituição e norteando o intérprete em casos onde a mera subsunção não é capaz de proporcionar a solução mais adequada. Em síntese, a normatividade da Constituição exigiu uma reformulação da interpretação constitucional, demonstrando que em muitos casos a lógica tradicional de subsunção de uma norma abstrata ao caso concreto, não se adequava as peculiaridades do mesmo, sendo necessária uma nova postura interpretativa.

Ronald Dworkin⁵² e Robert Alexy⁵³ trouxeram contribuições importantes para a interpretação constitucional, destacando o papel do intérprete na busca pela resposta mais adequada ao caso concreto e os elementos diferenciadores de regras e princípios, principalmente quanto às particularidades de suas aplicações, onde, em determinadas situações, a simples aplicação do texto normativo ao fato – subsunção - não garante uma interpretação eficiente.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas a partir do critério do *tudo-ou-nada*⁵⁴, isto é, sendo válidas e ocorrendo os fatos nelas previstos, as regras devem ser aplicadas, não

⁵⁰ “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se a preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997. p. 1189.)

⁵¹ “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997. p. 1186-1187.)

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁵⁴ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados SOS fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribuiu para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39)

gerando muitas dificuldades para o aplicador do direito. Quanto aos princípios, Alexy propõe que estes seriam *mandados de otimização* e por isto seriam aplicados sempre que possível, observando a possibilidade jurídica e fática.

El punto decisivo para la distinción entre regias y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y regias opuestos. En cambio, las *regias* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regia es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las regias contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fática y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.⁵⁵

Em razão destas diferenças, eventuais conflitos entre regras e eventuais conflitos entre princípios também seriam solucionados de forma diversa. O conflito entre regras encontra solução nos critérios comuns de resolução de antinomia, fundados na subsunção, isto é, a *hierarquia*, onde normas hierarquicamente superiores prevalecem sobre as normas inferiores, a *especialidade*, onde normas mais específicas prevalecem sobre as normas gerais, e a *antiguidade*, onde normas mais recentes prevalecem sobre normas mais antigas.

O conflito entre princípios, segundo Dworkin, deve ser solucionado a partir de uma análise envolvendo dimensões de pesos, isto é, como são normas dotadas de grande abstração, eventuais interesses opostos devem ser ponderados e não excluídos de acordo com critérios específicos.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante ao conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.⁵⁶

Robert Alexy, em convergência ao pensamento de Dworkin, discorre sobre a importância da ponderação para a resolução destes conflitos, principalmente quando direitos

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

fundamentais estão em discussão⁵⁷, tendo em vista que eventuais divergências quanto à interpretação de direitos muitas vezes não encontram solução na simples aplicação de uma determinada norma, sendo fundamental a ponderação dos interesses envolvidos.

Assim, a ponderação surge como mecanismo essencial para se encontrar a melhor solução, não apenas nos casos de conflitos entre princípios, mas também no caso de antinomias advindas de uma Constituição com grande expressividade valorativa, onde a aplicação simples e pura do texto normativo nem sempre é capaz de encontrar a solução mais adequada. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, a ponderação deve ser compreendida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais⁵⁸”, não se restringindo aos conflitos entre princípios.

A ponderação reitera a atuação de um intérprete mais livre, responsável por complementar a norma a ser aplicada ao caso concreto, buscando a melhor interpretação para lacunas e conceitos abertos, e também trazendo soluções viáveis para os nomeados casos difíceis do Direito⁵⁹.

Nos casos difíceis, assim como em outras situações onde o texto simples da Constituição não responde às complexidades do caso concreto, a solução deve ser construída, garantindo ao intérprete uma grande margem de liberdade ao realizar valorações morais e políticas e ponderações entre os interesses envolvidos. Justamente por isto, muitas críticas são tecidas à utilização da ponderação nestes casos, como expõe Eros Grau:

Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de*

⁵⁷ “Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 112.).

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Ver também: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵⁹ “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existente de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre direitos políticos.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-128)

oportunidade. (...) Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da *norma de decisão*, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação. Este é o aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou a outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de *discricionariedade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*.⁶⁰

Decerto, a nova hermenêutica constitucional permitiu e exigiu esta atuação diferenciada do intérprete, mas, em contrapartida, impôs limites, não apenas quanto à observância dos valores protegidos pela própria Constituição, mas também quanto à exigência de fundamentação para as escolhas interpretativas realizadas, impulsionando o desenvolvimento da argumentação jurídica⁶¹.

O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação dos Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, justa intrínseca.⁶²

A argumentação jurídica tem a função de sustentar a decisão do intérprete e aplicador do Direito, fundamentando as escolhas realizadas dentre as inúmeras possibilidades interpretativas. Assim, o intérprete deve analisar o caso concreto, identificar a norma a ser aplicável, verificar as possibilidades interpretativas da mesma, ponderar os interesses envolvidos em busca de uma solução adequada e, por fim, fundamentar sua escolha, levando em consideração os limites do texto normativo, a integridade do sistema e a realidade social

⁶⁰ GRAU, Eros. *O perigoso artifício da ponderação entre princípios*. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>. Acesso: 17/06/2015

⁶¹ Válidas são as reflexões proposta por Thomas da Rosa de Bustamante sobre a argumentação jurídica em MacComick. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacComick*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 106, 2013. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p263>. Acesso: 18/06/2015.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 368-369.

Robert Alexy⁶³, com fundamento na teoria do discurso de Habermas, elaborou uma teoria da argumentação jurídica procedimental, visando estabelecer um conjunto de regras de argumentação destinadas a guiar a prática jurídica. Não se pretende, neste trabalho, esgotar a teoria desenvolvida pelo nobre autor, no entanto, importa ressaltar a importância da mesma para a interpretação constitucional pós-positivista, onde a racionalidade interpretativa e argumentativa é essencial diante da carga valorativa da Constituição, impedindo assim a discricionariedade ilimitada do intérprete.

A pretensão de Alexy é a de formular uma espécie de “código da razão prática”, consistente em um sistema de regras balizadoras do discurso jurídico: “este sistema de regras que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no solo complementa las reglas específicas do discurso jurídico, sino que constituye también la base para la justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico em su conjunto”.⁶⁴

A exigência de fundamentação torna-se ainda mais essencial quando se analisa a hermenêutica constitucional através da ótica da jurisdição constitucional, sendo um elemento legitimante da atuação do intérprete e julgador, como bem alerta Paulo Gustavo Gonet Branco:

A fundamentação dos juízos de ponderação assume, efetivamente, feição de elemento essencial para a legitimidade da jurisdição constitucional. Motivar decisórios não é tarefa que se confunda, evidentemente, com a mera invocação de preceitos normativos, na pretensão de se conferir algum ajuste formal da deliberação ao direito positivo. Não de ser discernidos, com franqueza e profundidade, os interesses que animam cada problema, para que lhes sejam encontrados os pesos específicos, sempre segundo valorações cumpridamente motivadas. Há que se justificar o recurso à ponderação, cabível quando a questão não se resolve pela aplicação de conceitos incontrovertidos na comunidade jurídica. A fundamentação dos atos de ponderação, de seu turno, há de partir também dos conceitos já assentados, úteis para a direção da causa, e da importância que se lhes seja reconhecida na organização do direito.⁶⁵

Desta forma, compreende-se que a nova hermenêutica constitucional, resultante de uma Constituição aberta aos princípios e regras com força normativa e da reaproximação entre Direito e Moral, impulsionou o desenvolvimento de mecanismos interpretativos alheios à mera subsunção e garantiu ao intérprete participação efetiva no processo de criação do

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260.

⁶⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

Direito, ao definir, através da ponderação e da argumentação jurídica, a interpretação mais adequada ao caso concreto. Realçando a participação do intérprete na criação da norma a ser aplicada, a nova interpretação constitucional fortaleceu o Judiciário e, juntamente com a supremacia da Constituição e com o processo de constitucionalização, auxiliou a expansão da jurisdição constitucional, assim como, foi auxiliada por ela.

1.2.4. A expansão da jurisdição constitucional

As transformações vivenciadas com o pós-guerra também ensejaram a expansão de mecanismos específicos de proteção à normatividade constitucional e, neste contexto, a jurisdição constitucional, se expandiu, reforçando a Constituição como norma jurídica e protegendo os direitos fundamentais e os valores constitucionais contra as eventuais ações danosas oriundas do processo político majoritário.

Nas palavras de Gustavo Binbenbojm:

(...) a jurisdição constitucional se afirmou, pelo mundo afora, como o mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando mesmo a ser considerado “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”. É que, por intermédio da sua constitucionalização, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano, ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia da Lei Maior, e os mecanismos de controle de constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria.⁶⁶

Com uma Constituição normativamente fortalecida, cujos valores devem pautar a construção de todo o ordenamento jurídico, a observância de suas normas e a sua proteção contra interpretações arbitrárias tornam-se preocupações fundamentais para a sobrevivência do sistema. A partir do momento que a Constituição passa a ocupar o centro do sistema jurídico, a existência de normas infraconstitucionais contrárias aos mandamentos constitucionais e de normas constitucionais não aplicadas ao caso concreto podem gerar problemas graves para a coerência do mesmo, desestabilizando a própria força normativa da Constituição.

Neste contexto, a jurisdição constitucional se expande, sendo responsável por proteger a Constituição, protegendo o próprio sistema jurídico. José Adércio Leite Sampaio identifica jurisdição constitucional da seguinte maneira:

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 44.

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação da jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.⁶⁷

Luis Roberto Barroso⁶⁸ complementa, aduzindo que a jurisdição constitucional pode ser compreendida como a aplicação da Constituição por juízes e tribunais, sendo que esta aplicação pode ser direta ou indireta. Será direta quando a própria norma constitucional disciplinar uma determinada situação fática, devendo ser aplicada para solucionar o conflito em questão, e será indireta, quando a Constituição servir de parâmetro para o exercício do controle judicial de constitucionalidade de uma norma infraconstitucional. Em ambos os casos, é premente a preocupação com a efetividade das normas constitucionais, o que se intensificou com o fortalecimento normativo da Constituição e com a sua posição de supremacia no ordenamento jurídico.

Em uma breve análise histórica, é possível identificar dois momentos importantes para a jurisdição constitucional: o surgimento do *judicial review* americano e a ascensão dos Tribunais Constitucionais austríacos. Este tema será apreciado de forma detalhada no próximo capítulo, todavia, essencial se faz a sua menção, tendo em vista que tanto a jurisdição difusa desenvolvida, no século XIX, nos Estados Unidos com o famoso caso *Marbury v. Madison*⁶⁹, como a jurisdição abstrata, consolidada com os Tribunais Constitucionais⁷⁰ no século XX, por constituírem as bases da jurisdição constitucional, ainda trazem reflexões importantes sobre a

⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

⁶⁹ “A indecisão dos constituintes não inibiu Marshall a inserir o *judicial review* no contexto histórico das tradições coloniais e na opinião de alguns constituintes, reconhecendo o poder de juízes e tribunais para examinar a constitucionalidade das leis do Congresso. A bem da verdade, em casos anteriores, a Corte já tinha declarado o princípio da supremacia constitucional em face das leis estaduais, aplicando-se o artigo VI, §2º, da Constituição, numa memória talvez pouco consciente do princípio britânico da supremacia das leis de Westminster sobre as leis coloniais; faltava, contudo, a afirmação da mesma supremacia da Constituição Federal em face das próprias leis federais, algo que lembraria a regra da superioridade das ‘Cartas Coloniais’, o que veio a ocorrer em *Marbury v. Madison*.” (SAMPALIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 30-31).

⁷⁰ “Esse Tribunal Constitucional não seria propriamente um Tribunal judiciário, por não aplicar um dispositivo de norma a fatos concretos, limitando-se a controlar abstratamente a compatibilidade de duas normas: uma superior, a Constituição, parâmetro; outra, inferior, a lei, objeto de controle; resultando a anulação desta, em caso de incompatibilidade. Em face da especialidade de suas atribuições, as questões constitucionais deveriam estar afetas exclusivamente a ele, de modo que, se o problema fosse suscitado incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o juiz haveria de suspender o processo e submetê-lo à decisão do Tribunal.” (SAMPALIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 38)

aplicação da Constituição, principalmente com as mudanças vislumbradas com o Estado Constitucional de Direito.

Com efeito, desde Marbury e ao longo dos últimos duzentos anos, o direito constitucional lidou fundamentalmente com seus próprios conceitos, teorias e limites. A jurisdição constitucional se converteu, assim, em um discurso sobre si mesma, especialmente sobre a legitimidade de suas decisões. Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate – um debate “necessariamente sem garantidores e sem fim”, para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, na possibilidade da sua renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro.⁷¹

A compreensão deste novo momento da jurisdição constitucional, mais expansivo e em contínuo desenvolvimento, deve ser conjugada aos avanços conquistados pela hermenêutica constitucional. A jurisdição e a hermenêutica constitucional se transformaram com o nascimento do Estado Constitucional de Direito, e juntas, se complementaram, influenciando uma a outra. Sendo assim, uma interpretação mais livre, onde o intérprete-juiz desempenha um novo papel no processo de criação do Direito, maximizou a expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento da mesma nos últimos anos, alimentando ainda mais a atuação dinâmica do magistrado, que é demandado com frequência para solucionar conflitos de fundo constitucional.

Vale ressaltar que a supremacia da Constituição no sistema jurídico e o processo de constitucionalização do Direito⁷² também fizeram com que muitos debates até então restritos ao Legislativo e ao Executivo, se deslocassem para o Judiciário. Assim, a expansividade das normas constitucionais e dos valores por ela protegidos garantiram às discussões travadas no âmbito do ordenamento jurídico, natureza constitucional, se elevando, portanto, a uma questão constitucional, solucionada por meio da jurisdição especializada.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison*. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coordenador: Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 228.

⁷² “A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.” (BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo*. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso: 18/06/2015)

Válidas são as reflexões de José Adércio Leite Sampaio sobre o deslocamento de temas para o âmbito de controle de constitucionalidade, transformando questões legais em questões constitucionais e reduzindo questões de validade a questões de constitucionalidade.

A Constituição apresenta uma força simbólica até superior às suas outras dimensões: do ponto de vista da filosofia política e do direito, ela desloca quase todo debate para dentro do seu mundo, reduzindo questões de validade a questões de constitucionalidade. No plano do direito internacional, ela se apresenta como atributo simbólico de soberania, semelhante ao hino nacional, uma espécie de “cartão de visita internacional” para os novos Estados ou governos. E, internamente, ela reunirá o sentido de um “contrato” ou “pacto fundador” que tem um papel decisivo como forma de integração total ou de autoconstrução da identidade comunitária.⁷³

Como consequência, juízes e tribunais, responsáveis por aplicar a Constituição e controlar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, exercendo a jurisdição e a hermenêutica constitucional, vivenciaram um processo de ascensão, participando ativamente da concretização da Constituição, o que fortaleceu o próprio Poder Judiciário. As marcas deixadas pela Segunda Grande Guerra também impulsionaram este fortalecimento, reconhecendo-se, nas Constituições e nos Tribunais Constitucionais, formas de proteção aos direitos fundamentais do homem.

O fortalecimento do Poder Judiciário e a expansão da jurisdição constitucional, embora notórios e incontrovertidos, trouxeram muitos questionamentos. E estes questionamentos tangenciaram e ainda tangenciam, principalmente, a separação de poderes, tendo em vista a desvalorização, por assim dizer, do Legislativo e do Executivo, e a legitimidade democrática do Judiciário, visto que os magistrados não são eleitos como os representantes dos outros Poderes. Estas divergências dividiram os próprios pós-positivistas, onde alguns encontravam no Poder Judiciário e na jurisdição constitucional os instrumentos de defesa aos direitos fundamentais e outros os analisavam como instrumentos de defesa do procedimento democrático, como será analisado no próprio item.

1.2.5. O fortalecimento do Poder Judiciário

A partir do momento que as normas constitucionais são concebidas com força suficiente para serem aplicadas com eficiência e obrigatoriedade, a jurisdição e a hermenêutica constitucional se expandem, protegendo a normatividade e contribuindo para a

⁷³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 18.

efetivação dos valores trazidos pela Constituição. Com a expansão da jurisdição e da hermenêutica constitucional, a atuação do Poder Judiciário se modifica, e este passa a ocupar posição especial no desenho do Estado Democrático de Direito⁷⁴, fazendo com que a clássica separação de poderes, que impunha rígidas limitações ao Judiciário, cedesse espaço a um Judiciário participativo na efetivação de direitos, responsabilizando-se pela aplicação das normas infraconstitucionais, conforme os limites constitucionais e, por consequência, se responsabilizando pela interpretação da própria Constituição.

Somado a este cenário, o processo de constitucionalização do direito, impulsionado pelos efeitos expansivos da normatividade constitucional, contribuiu para que o Poder Judiciário passasse a participar de debates até então restritos ao Legislativo e ao Executivo e, aos poucos, os grandes temas envolvendo interesses gerais da sociedade em transformação, nele se centralizaram.

Certamente, a centralização da Constituição no sistema jurídico e seu poder irradiante trouxeram mudanças à atuação de todos os três poderes, que passaram a exercer suas funções tendo como base o arcabouço constitucional, mas, analisando especificamente o Judiciário, é evidente que a ele foi conferido um poder especial, o poder de proteger a Constituição e a eficácia dos direitos nela resguardados.

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular.⁷⁵

Com novas responsabilidades e desempenhando um papel de destaque para a ordem constitucional como um todo, o Poder Judiciário, representado por juízes e tribunais, deixou a posição intermediária que ocupava e passou a ser peça fundamental para a democracia,

⁷⁴ “Em um Estado Democrático Constitucional, fundante de uma democracia contramajoritária de direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo, garante a liberdade política, através da atividade legislativa (princípio democrático) e limita-a, através dos direitos e deveres fundamentais, inevitável será, aos juízes e tribunais, a resolução de questões controversas, polêmicas, difíceis e, nesta atividade, exercer a função de (re)construir o ordenamento jurídico.” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 421).

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 277.

efetivando direitos, sanando omissões e tornando-se o caminho concreto, na visão da sociedade, para a obtenção da sonhada justiça. E como grande intérprete das normas constitucionais, atuando intensamente na jurisdição constitucional, através da aplicação da Constituição aos casos concretos e também da análise da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, o Judiciário passou a participar da construção do Direito, não apenas encontrando a interpretação mais razoável ao caso concreto, mas também a conformando.

Ao Poder Judiciário não cabe o exercício de legislador positivo, sem dúvidas, mas isto não reduz a sua participação no processo criativo, como analisado, principalmente no contexto do pós-positivismo e das demais mudanças proporcionadas por um novo constitucionalismo. O pós-positivismo proporcionou um juiz fortalecido e atuante, não se restringindo a reprodução do texto constitucional, mas sim o complementando. E ao complementá-lo, juízes e tribunais encontraram a possibilidade de efetivá-lo, o que ensejou uma postura mais ativista do Judiciário, criando condições propícias para a judicialização da política.

A irrupção do ativismo judicial só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. O que aconteceu, então nesta última década? A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do que no próprio direito. Ele converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça.⁷⁶

A expressão judicialização da política foi cunhada na obra “*The global expansion of judicial Power*”, de autoria de Tate e Vallinder, sendo conceituada como “a expansão do campo dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais”⁷⁷. Gisele Cittadino faz análise importante sobre o processo de judicialização da política, associando a expansão da atuação judicial à democracia, onde a ação judicial se constituiria como marca fundamental das sociedades democráticas.

⁷⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 39.

⁷⁷ TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York University Press. 1995. p. 13. *apud* ZAULI, Eduardo Meira. *Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil*. Revista de Sociologia e Política, n. 40, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782011000300014&script=sci_arttext. Acesso: 12/01/2015.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político.⁷⁸

Em linhas gerais, a judicialização da política espelha o fortalecimento do Judiciário e sua ascensão como principal intérprete da Constituição, sendo o responsável direto por resguardar a aplicação dos valores defendidos por ela. A judicialização da política e das relações sociais sobrepôs de vez o formalismo jurídico, caracterizador do positivismo, e valorizou a figura do juiz atuante e participativo, que concentra questões relevantes do ponto de vista político, social e moral, buscando a solução mais adequada.

Ocorre que, a ideia de um juiz mais livre ao decidir e de um Judiciário tomado por uma posição ativa, participante de debates até então restrito aos outros Poderes, dividiu os próprios pós-positivistas, conformando divergências quanto à atuação judicial na concretização da Constituição e quanto à expansão da jurisdição constitucional. Estas divergências se instalam em duas vertentes específicas: de um lado, os substancialistas, como Ronald Dworkin e John Rawls, do outro, os procedimentalistas, como Jürgen Habermas e John Hart Ely.

Não se pretende, no presente trabalho, aprofundar o estudo da obra dos ilustres autores, tendo em vista o recorte do tema proposto, porém faz-se necessário analisar, em breve síntese, estas duas vertentes que, embora fundamentadas em um mesmo contexto histórico e filosófico, observam a atuação judicial sob pontos de vistas diversos.

De acordo com os substancialistas, o Judiciário, em especial os Tribunais Constitucionais, como guardiões da Constituição, tem o papel de “articular o debate público em torno de princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático”⁷⁹. Em apertada síntese, os substancialistas defendem uma postura concretista do Judiciário, onde a jurisdição constitucional deve ser utilizada

⁷⁸ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Alceu, n. 9, 2004. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso: 19/06/2015.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 82.

como instrumento de defesa dos direitos fundamentais sem que para isto, os juízes decidam de forma discricionária, dando azo a um governo de juízes.

Nas palavras de Lenio Streck:

O modelo substancialista (...) trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais fundamentais, o poder judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional.⁸⁰

Os procedimentalistas, em contrapartida, analisam a jurisdição constitucional como um instrumento de defesa do procedimento democrático, e como tal, tem a função de proteger os instrumentos de participação democrática no processo de tomada de decisão. O papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, mas sim o de garantir a observância dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza.

Gustavo Binimbojm, assim sintetiza:

Na visão de Ely, a Constituição é um documento cuja finalidade precípua é de natureza procedimental, destinada a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria. Não contém ela, assim, um quadro de valores a ser descoberto; ao contrário, estabelece apenas os meios de se chegar a tais valores. A essência da constituição seria, portanto, a disciplina do procedimento democrático. O regime democrático, no entanto, pressupõe que todo cidadão deva ser tratado com igual respeito e que as minorias tenham assegurada a sua subsistência. No pensamento do autor norte-americano, a missão da jurisdição constitucional consistiria em velar por tais pressupostos procedimentais da democracia.⁸¹

Em linha semelhante, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se funda em valores substantivos, mas em procedimentos que assegurem a democracia. Assim a função do judiciário passa a ser de guardião da democracia.

Com relação à função da justiça constitucional, Habermas sustenta que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. Para ele, o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos. n. 2. 2003. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 24/04/2015.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 102-103.

de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.⁸²

Percebe-se que as duas vertentes teóricas, substancialista e procedimentalista, assumem a ascensão do Poder Judiciário, mas, em sentidos diversos, analisam as funções e os limites deste Poder, deixando explícitas a delicadeza do tema e as divergências e preocupações que dele surgem. Estas divergências e preocupações giram em torno da chamada *dificuldade contra-majoritária* do Poder Judiciário, o que poderia levar à uma possível *juristocracia*.

Como é de conhecimento geral, os juízes não são eleitos pelo povo, o que faz com que eles não sejam escolhidos democraticamente, como ocorre com o Poder Executivo e Legislativo e, por isso, sua postura proativa e suas decisões concretistas transbordariam os limites da própria democracia, passando por cima do princípio da separação dos poderes e expressando uma suposta ausência de legitimidade democrática. Ocorre que a democracia não se fundamenta apenas nas eleições de representantes pelo princípio majoritário, ela se realiza no exercício da cidadania, na observância de procedimentos democráticos, na proteção das minorias, na concretização de direitos, na liberdade, na igualdade, entre tantos outros valores que são capazes de legitimar a jurisdição constitucional e a atuação do Judiciário, ainda que não sejam previstos instrumentos de participação popular, tal como o voto.

Assim bem discorre Mauro Cappelletti:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governamentais ou quase-governamentais), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁸³

O fortalecimento do Poder Judiciário, fruto de um novo momento do constitucionalismo, é uma realidade na sociedade atual e, de uma forma ou de outra, sua atuação tem sido compreendida, desde que conformada aos limites constitucionais, como mais um instrumento de concretização da Constituição e de efetivação de direitos. No Brasil, esta

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso: 19/06/2015.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 107.

realidade não é diferente. A Constituição da República de 1988 abriu o caminho para um novo constitucionalismo e permitiu a expansão da jurisdição e da hermenêutica constitucional, o que interferiu diretamente na atuação do Supremo Tribunal Federal.

1.3. O Neoconstitucionalismo no Brasil

As transformações vivenciadas pela Europa Ocidental após o fim da Segunda Guerra Mundial, apenas chegaram ao Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988, coroando o processo de redemocratização no país. Após anos de Ditadura Militar, a Constituição Cidadã dispôs um amplo rol de direitos fundamentais e sociais e transferiu ao Poder Judiciário a função de protegê-los. Até 1988, a Constituição não ocupava o “coração” do sistema jurídico brasileiro, ao contrário, a lei valia muito mais do que as normas constitucionais, e, em muitos casos, decretos e portarias valiam mais do que a própria lei.

Em verdade, as antigas constituições brasileiras não eram omissas quanto à previsão de direitos, mas estes dependiam da boa vontade dos governantes para serem efetivados e, neste contexto, o Poder Judiciário também não desempenhava um papel político importante, subordinando-se aos mandos do Legislativo e do Executivo. Assim, a Constituição de 1988 rompeu com esta realidade estática do constitucionalismo brasileiro e, aos poucos, juntamente com os anseios da própria sociedade, promoveu mudanças importantes, irradiando seus valores para os demais ramos do Direito, ampliando a jurisdição constitucional, expandindo a atuação do Supremo Tribunal Federal e favorecendo a consolidação de um novo constitucionalismo no Brasil.

Entre os elementos marcantes desta nova fase do constitucionalismo brasileiro, é possível destacar, primeiramente, o seu desenvolvimento após um longo período ditatorial e a promulgação de uma Constituição extensa em direitos. Tais elementos também são perceptíveis à conformação do denominado novo constitucionalismo latino-americano⁸⁴ em países como Bolívia (Constituição de 2009), Colômbia (Constituição de 1991), Equador

⁸⁴ Para uma leitura aprofundada sobre o tema: BELAUNDE, Domingo García. *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*. Disponível em: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/DomingoGarcia.pdf>; EGAÑA, José Luis Cea. *Evolucion Del Derecho Constitucional en America Latina. 1980-2000*. Disponível em: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art07.pdf>. GARGARELLA, Roberto. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf; PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.

(Constituição de 2008) e Venezuela (Constituição de 1999), o que explicita uma transformação constitucional, ainda que heterogênea, em toda a América Latina.

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau analisam as peculiaridades do novo constitucionalismo latino-americano a partir de duas perspectivas, a exterioridade da Constituição, interligada à preocupação com a legitimidade democrática, e sua interioridade, referente ao conteúdo das normas constitucionais.

Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente - como consecuencia de aquélla - interesa la interioridad de la constitución, con particular referencia - y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalista - a su normatividad. Desde los axiomas democráticos, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico solo puede encontrarse en que la constitución es el mandato del constituyente, y refleja su voluntad. (...) El nuevo constitucionalismo es, en consecuencia, una teoría del Derecho, pero sólo subsidiariamente y en la medida en que la constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría (democrática) de la constitución⁸⁵.

De acordo com os ensinamentos dos referidos autores, o novo constitucionalismo latino-americano se caracteriza pela ruptura com o sistema constitucional prévio, pela fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras, pela dependência entre poder constituinte e poder constituído e, por fim, por textos constitucionais extensos em direitos. No que tange a esta última característica, Roberto Gargarella tece duras críticas, afirmando que muitos destes direitos previstos nas novas Constituições seriam verdadeiras *cláusulas dormidas*, isto é, direitos sem efetividade diante da realidade.

Uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas Constituciones (por ejemplo, las recientemente aprobadas en Ecuador y Bolivia, o la Constitución de Colombia de 1991, o la Argentina de 1994) es que ellas incluyen largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos). Las referencias a los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la comida saludable, los derechos de la naturaleza y un larguísimo etcétera, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos. Si uno mira a la muy austera Constitución de los Estados Unidos, que contiene 7 artículos (y una veintena de enmiendas), y la compara con los más de 400 artículos que uno encuentra en las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia, uno no puede sino sorprenderse. Muchos han hecho referencia, entonces, a las nuevas Constituciones latinoamericanas como “poéticas”: Constituciones que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de

⁸⁵ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>. Acesso: 20/06/2015.

deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican.⁸⁶

Sem dúvidas, por fazer parte deste momento de constitucionalização vivenciado pela América Latina, o constitucionalismo brasileiro reflete muito dos seus elementos característicos, porém, em razão da diversidade de culturas e de vivências políticas, econômicas e jurídicas entre os países, a Constituição Cidadã espelha, com especificidades, as mudanças trazidas com o movimento neoconstitucionalista, diferentemente das Constituições da Bolívia e do Equador, por exemplo, que representam um constitucionalismo plurinacional⁸⁷. Desta forma, ainda que o novo constitucionalismo brasileiro faça parte deste complexo novo constitucionalismo latino-americano, sua análise deve ser diferenciada, por apresentar traços próprios do neoconstitucionalismo, como será apreciado a seguir.

1.3.1. A Constituição da República de 1988 e o novo direito constitucional brasileiro

A Constituição da República de 1988 significou um marco de mudanças para o Brasil, refletindo não apenas o contexto de redemocratização vivido pelo país, mas também o processo de conscientização cidadã experimentado pelos brasileiros. Protegendo direitos fundamentais e irradiando sua força para os demais ramos do direito, a Constituição Cidadã trouxe novas características ao constitucionalismo no Brasil e fortaleceu mecanismos que garantiriam o respeito às suas normas.

O primeiro grande passo para a consolidação da nova Constituição que surgia em meio às sombras da ditadura militar, foi o fortalecimento da sua normatividade. A Constituição democrática foi concebida como norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente do legislador ordinário. Rompe-se com a dependência à lei reguladora, fazendo com que os direitos previstos na Constituição sejam aplicados diretamente, sem a necessidade de uma prévia regulação legal. E o Legislativo, que anteriormente tinha o papel

⁸⁶ GARGARELLA, Roberto. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso: 22/06/2015.

⁸⁷ “Sua principal inovação é romper com universalismo e apontar uma saída pluralista para a questão da igualdade e liberdade do Estado de Direito, a partir das experiências de sociedades interculturais, reconhecendo novas fontes de produção de Direito: ao lado da jurisdição ordinária, passa a ser considerada a jurisdição originária, indígena ou campesina, suas autoridades, instituições, práticas e costumes.” (OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. *Novo constitucionalismo latino-americano: o Estado moderno em contextos pluralistas*. Revista Culturas Jurídicas, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/41/5>. Acesso: 22/06/2015.

de protagonista, realizando os comandos constitucionais, torna-se subordinado aos limites estabelecidos pela Constituição.

Além disso, a Constituição de 88 internalizou muitos assuntos que estavam reservados a atuação legislativa e, juntamente com regras, apresentou um amplo rol de princípios dotados de forte carga axiológica. Os grandes temas debatidos pela doutrina pós-positivista, aos poucos, ganham espaço no Brasil, e passa-se a discutir, a normatividade dos princípios, a ponderação como mecanismo de solução de conflitos, a concretização e constitucionalização de direitos, a busca pela decisão mais adequada, entre outros assuntos expoentes de um novo constitucionalismo em desenvolvimento.

Deve-se ressaltar que, quanto ao catálogo de direitos, a Carta de 1988 contém o mais generoso rol de direitos da história constitucional brasileira, como bem explicita Rodrigo Brandão:

Com efeito, a atual Constituição trouxe, simbolicamente, o catálogo para o início do seu texto, erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da nossa República (art. 1º, inc. III) e os direitos humanos a princípios reitores das relações internacionais travadas pelo Brasil (art. 4º, inc. II). Ademais, a Carta de 1988 possui um título exclusivo para os “direitos e garantias fundamentais”, o qual se caracteriza, sobretudo, pela amplitude (só o art. 5º conta com 78 incisos). O constituinte de 1988 também conferiu uma “eficácia reforçada” aos direitos fundamentais, na medida em que lhes atribuiu eficácia imediata (art. 5º, § 1º), status de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV) e hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, com a redação dada pela EC no 45/2003). Por fim, foram positivados com igual ênfase direitos de primeira, segunda e terceira “geração”, sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas.⁸⁸

Neste contexto, as muitas normas constitucionais tidas como programáticas, ganham um novo olhar pelo Judiciário e os casos difíceis, anteriormente considerados sem solução, em razão da ausência de regulação legal ou em razão dos interesses em conflitos, passam a ser enfrentados por ele, garantindo aos juízes e tribunais um papel muito mais expressivo. Esta função diferenciada se estruturou ao longo dos anos de democracia e apenas foi possível em razão dos mecanismos de proteção previsto pela Carta de 1988, que ampliou o controle de constitucionalidade de normas e deu ênfase ao controle judicial, priorizando a atuação do Poder Judiciário na proteção de seu texto normativo.

Assim, em síntese, a Constituição da República de 1988 moldou o novo constitucionalismo brasileiro que, de forma tardia, se comparado aos momentos vividos pela

⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições, e o caso brasileiro. Revista de Direito Administrativo, v. 263, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso: 20/06/2015.

Europa, permitiu o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, permeada por princípios e valores a serem considerados para uma interpretação adequada, e possibilitou a expansão da jurisdição constitucional, atribuindo ao Judiciário a função de aplicar a Constituição diretamente e de controlar a constitucionalidade da legislação infraconstitucional, tanto em ações objetivas como em ações subjetivas.

Como resultado de tantas mudanças, o Supremo Tribunal Federal assumiu posição de destaque, participando ativamente da concretização da Constituição, suprindo omissões, efetivando direitos, ponderando interesses contraditórios e centralizando debates de grande complexidade política, se apropriando da denominação “guardião da Constituição”.

Nestas circunstâncias, o Brasil vivenciou um relevante e divergente processo de judicialização da política⁸⁹, que, segundo Luis Roberto Barroso⁹⁰ pode ser analisado sob três causas diretas: a redemocratização do país, que permitiu ao Judiciário se tornar um verdadeiro poder político, garantidor das normas constitucionais; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e o amplo sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, com influências americanas e européias.

Este processo de judicialização veio acompanhado de uma postura ativista do Judiciário e principalmente da Suprema Corte, que passou a debater temas intimamente ligados a sociedade, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias⁹¹, aborto de feto anencéfalo⁹² e união entre pessoas do mesmo sexo⁹³, e adotar decisões que se refletem diretamente sobre a atuação dos demais poderes do Estado.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

⁸⁹ Para uma análise aprofundada sobre a judicialização da política no Brasil ver: WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 20/06/2015.

⁹¹ ADI 3510, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008.

⁹² ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012.

⁹³ ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁹⁴

Muitas são as críticas a esta postura assumida pelo Judiciário brasileiro a partir da Constituição de 1988. Em geral, todas se concentram na periculosidade deste excesso de confiança e expectativa depositadas aos órgãos do Judiciário, que podem vir a disseminar um discurso de desvalorização dos demais poderes, principalmente, se somadas aos graves problemas relacionados à corrupção que afligem a democracia brasileira e impulsionam a descrença em relação à política majoritária. Em perspectiva ampla, estas críticas também se dirigem ao novo constitucionalismo em desenvolvimento no Brasil, que deve ser concebido sem desprezar o papel das instâncias majoritárias, como reitera Daniel Sarmento.

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo. Certamente, uma visão equilibrada da Teoria do Direito com tais características pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. O mesmo já não digo de concepções mais radicais do neoconstitucionalismo, que podem ser muito boas para arrancar aplausos entusiasmados das platéias nos seminários estudantis, mas que não se conciliam com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de qualquer bom constitucionalismo – novo ou velho.⁹⁵

Em que pesem as críticas pertinentes, a atuação diferenciada do Judiciário brasileiro, diante da passividade dos demais Poderes e das burocracias enfrentadas no processo legislativo, responde à realidade constitucional atual e garante novas perspectivas para a aplicação das normas constitucionais, muitas vezes prejudicada por ausência de regulação legal. Esta situação fica mais explícita com a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal que, como referido anteriormente, teve seus poderes ampliados pela Constituição de 1988, o que contribuiu para a ascensão da Suprema Corte como guardião da Constituição e responsável direta pela aplicação e interpretação do seu texto normativo.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 20/06/2015

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 302.

1.3.2. A ascensão do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e seu principal intérprete

A Constituição da República de 1988 conferiu autonomia administrativa e financeira ao Judiciário⁹⁶, garantindo-lhe independência em relação aos outros Poderes e, nesta mesma linha, ampliou os mecanismos de proteção aos direitos nela consagrados, concebendo novas garantias judiciais e influenciando a concepção de um novo modelo de organização do Judiciário, adaptando-o às exigências de uma atuação mais expansiva. O Supremo Tribunal Federal, em especial, também passou por algumas mudanças pontuais, onde sua atuação foi enfatizada e sua competência ampliada.

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1829 sob a denominação de Supremo Tribunal de Justiça⁹⁷. Era formado por 17 ministros e tinha competência limitada ao conhecimento de recursos de revista, julgamento de conflitos de jurisdição e de ações penais contra ocupantes de determinados cargos políticos⁹⁸. Suas atribuições foram ampliadas com a Lei 2.684, já no Império de Pedro II, sendo reconhecida sua competência como supremo intérprete da lei, o que não trouxe modificações práticas à sua atuação, ainda bastante limitada.

A partir da influência americana do *judicial review*, a Constituição republicana de 1891 introduziu uma nova concepção de Poder Judiciário, contribuindo para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal, em específico, a função de guardião da Constituição e da ordem federativa. Lêda Boechat Rodrigues, ao narrar importante julgamento do Supremo Tribunal Federal à época, traz as palavras firmes de Rui Barbosa quanto à função precípua do Tribunal:

Feita a leitura da petição, e dizendo o relator que estava terminado o relatório, deu o Presidente a palavra a Rui Barbosa, para a defesa oral do pedido. Agora o grande advogado ia juntar aos fundamentos jurídicos toda a gama de emoções que era capaz de suscitar como grande orador, livre, por uma deferência especial, das limitações de

⁹⁶ RIBEIRO, Antônio de Pádua. *A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/autonomia-administrativa-e-financeira-do-poder-judici%C3%A1rio>. Acesso: 08/06/2015

⁹⁷ Constituição Imperial de 1824: Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir.

⁹⁸ Constituição Imperial de 1824: Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

tempo impostas pelo Regimento Interno. Custava-lhe, dizia, “dominar o respeito, quase supersticioso” com que se acercava daquele Tribunal, “o oráculo da nova Constituição, a encarnação viva das instituições federais”. Nós, prosseguia, “os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo da lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda de sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão de Estado, resumimos-lhe a função específica nesta ideia”.⁹⁹

Esta função de interpretar a Constituição ganhou novos contornos com a Constituição de 1934, que trouxe em seu bojo um importante papel ao STF, atribuindo-lhe competência em matéria de controle de constitucionalidade, por meio da chamada representação interventiva¹⁰⁰, o que contribuiu para o desenvolvimento da Suprema Corte. A partir de 1937, o Tribunal perderia muito da autonomia até então conquistada, tendo em vista que quanto mais aumentava o poder de Getúlio Vargas e, portanto, do Executivo, mais se estreitava a atuação da Supremo Tribunal Federal.

Com o fim do Estado Novo, a Suprema Corte pode atuar novamente em circunstâncias democráticas, porém, logo sofreria novas restrições com o golpe militar de 1964. A primeira reação do STF ao novo regime foi de “apoio sobre a máscara de neutralidade”¹⁰¹, todavia, diferenças ideológicas entre os ministros e o governo começaram a ficar aparentes, o que ensejou um processo de desarticulação da Suprema Corte, onde foram nomeados ministros aliados ao regime e aposentados de forma compulsória os que ainda expressavam alguma resistência.

A partir do AI-6, três dos dezesseis ministros em exercício, Evandro Lins, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal, foram aposentados compulsoriamente. O ministro Gonçalves de Oliveira renunciou ao cargo em solidariedade aos colegas demitidos e Lafayette de Andrada aposentou-se. Com a nomeação para o Supremo Tribunal de cinco ministros em 1965, quando o seu número fora aumentado de onze para dezesseis, as aposentadorias compulsórias dos três ministros nomeados por Jânio Quadros e João Goulart, a renúncia do ministro Gonçalves de Oliveira, as aposentadorias dos ministros Antônio Carlos Lafayette de Andrada em 1969, Antônio Martins Vilas Boas em 1966, Pedro Rodovalho Marcondes Chaves e Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa em 1967, e a redução do Tribunal novamente

⁹⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 21.

¹⁰⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Art 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V. para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais. § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

¹⁰¹ FURMANN, Ivan. *O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964>. Acesso 09/06/2015.

para onze ministros, o Supremo encontrava-se em 1969 quase totalmente renovado. As vagas foram preenchidas por ministros da confiança do regime.¹⁰²

Ainda no período ditatorial, a Emenda Constitucional 16/65 inovou com a competência do Supremo Tribunal Federal prevendo um controle de constitucionalidade por meio de ação direta, o que representou uma mudança importante para o controle de constitucionalidade no Brasil e para o sistema decisório da Suprema Corte. Contudo, esta competência foi esvaziada pelas dificuldades procedimentais que encontrava diante da realidade militar. Oscar Vilhena Vieira assim sintetiza:

O problema surge na forma pela qual se configurou a legitimidade ativa, ou seja, a capacidade de provocar a jurisdição do Supremo. Atribuindo com exclusividade ao Procurador Geral da República, demissível —*ad nutum* pelo Presidente, tornou-se um instrumento de pouco valor no controle dos atos inconstitucionais produzidos pelo Executivo ou de interesse deste. O Supremo Tribunal Federal só chegaria a apreciar uma questão de inconstitucionalidade, por via de ação direta, se esse alto funcionário, de confiança do Presidente, assim quisesse.¹⁰³

Apenas com a redemocratização, contextualizada por uma nova Constituição, envolvida por novos fundamentos e expoente de valores e princípios, o Supremo Tribunal Federal conquistou o destaque devido, desempenhando, efetivamente, o papel de grande guardião da constituição e assumindo a competência de um tribunal recursal e de um tribunal constitucional, como é possível perceber com a análise do longo art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O STF é competente para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É através destas ações de jurisdição abstrata que o Supremo Tribunal exerce sua grande competência, controlando a constitucionalidade das normas infraconstitucionais de forma exclusiva e muitas vezes determinando a interpretação adequada que a elas deve ser dada. As decisões em sede destas ações produzem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, o que esboça certa preocupação

¹⁰² COSTA, Emília Viotti da. *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2006. p. 173. apud FURMANN, Ivan. *O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964*. Disponível: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964>. Acesso em 09/06/2015.

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal (Jurisprudência Política)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 79.

no que tange ao respeito para com estas decisões e, por conseguinte, traduz um novo momento da jurisdição constitucional brasileira e do STF.

Também compete à Suprema Corte, processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas anteriormente; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Em continuação, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; a extradição solicitada por Estado estrangeiro; o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

Também será sua competência, processar e julgar a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam, direta ou indiretamente, interessados; os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do

próprio Supremo Tribunal Federal; e as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Compete ao Tribunal Excelso julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e o crime político. E por fim, a ele também compete julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Deve-se observar que as múltiplas competências do Supremo Tribunal Federal, garantidas pela Constituição da República, apesar de abarcarem questões diferentes e partirem, muitas vezes, de orientações variadas, se convergem para um ponto central, explicitando a principal função desempenhada pela Suprema Corte brasileira: a função de proteger os mandamentos constitucionais e a unidade do ordenamento jurídico, através do exercício da jurisdição constitucional, compreendendo esta, em suma, a aplicação direta da Constituição, o desempenho do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e a interpretação das mesmas conforme os limites constitucionais.

Certamente, a Constituição de 1988 permitiu um novo olhar para a jurisdição constitucional, expandindo os mecanismos para a sua realização, o que possibilitou seu exercício de maneira ampla, desde o juiz estadual até o Supremo Tribunal Federal. Especificamente em relação ao STF, o exercício da jurisdição constitucional é mais evidente e mais intenso, tendo em vista a valorização do controle abstrato de constitucionalidade.

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal assumiu a responsabilidade de garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais e nos últimos anos, somado aos mecanismos garantidos pela Constituição, tem adotado uma postura condizente com suas responsabilidades, absorvendo as demandas da sociedade e decidindo sobre temas que extrapolam os limites do jurídico, refletindo o processo de constitucionalização do direito e de judicialização da política e das relações sociais¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Alguns casos marcantes: Fidelidade partidária (MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007; MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007; MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007); Vedação ao nepotismo (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008); Mensalão (AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014); Financiamento privado de campanha (ADI 4650, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 19/09/2015).

Desta forma, considerando a participação ativa do STF em questões que refletem as transformações sociais, as novas tendências disciplinadas pela Constituição de 1988 e o seu papel de principal intérprete das normas constitucionais, impedindo interpretações contraditórias e antagônicas aos valores protegidos pela Constituição, as decisões da Suprema Corte merecem uma análise mais profunda, demonstrando a importância de mecanismos que garantam respeito ao decidido por ela em razão da unidade do ordenamento e da unidade da própria Constituição. Neste contexto, o sistema de controle judicial de constitucionalidade desenvolvido no Brasil e, especificamente, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF, se destacam, refletindo as complexidades de uma nova realidade constitucional.

CAPÍTULO 2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Introdução

Neste capítulo pretende-se analisar o sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil, dando ênfase ao controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua competência, expressa com detalhes no rol do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil. Busca-se, a compreensão das principais características que delineiam o sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade e o molda como um sistema especial, influenciado pela jurisdição abstrata e pela jurisdição difusa.

Inicialmente, analisa-se o controle de constitucionalidade a partir de um ponto de vista geral, examinando a jurisdição americana e austríaca, as diferentes espécies de inconstitucionalidade e modalidades de controle de constitucionalidade desenvolvidas. A partir desta análise prévia, adentra-se ao estudo do controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil, expondo o seu histórico ao longo das Constituições brasileiras e as peculiaridades trazidas com a Constituição de 1988, que proporcionaram a expansão da jurisdição constitucional e garantiram grande complexidade à sistemática do controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio.

Posteriormente, examina-se de forma específica o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, primeiramente, tendo como foco o controle abstrato de constitucionalidade e suas características marcantes, com o estudo das principais ações objetivas julgadas com exclusividade pela Suprema Corte, entre elas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Por fim, analisa-se o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com a avaliação específica do procedimento característico do Recurso Extraordinário, tendo em vista ser através dele que a Suprema Corte brasileira realiza o controle incidental de constitucionalidade com maior intensidade.

Em suma, o presente capítulo inicia, propriamente, o estudo sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, estruturando as bases para as discussões trazidas nos capítulos seguintes e para a compreensão efetiva do objeto deste trabalho, deixando explícitas as principais características que enriquecem o sistema de controle de constitucionalidade

desenvolvido no Brasil e que conformam algumas incongruências arraigadas a própria história nacional.

2.2. O controle de constitucionalidade de normas

Duas são as premissas para o exercício e desenvolvimento do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, onde esta ocupa uma posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, e a rigidez constitucional, onde a norma constitucional deve ter um processo de elaboração mais complexo se comparado com as demais normas.

No entanto, tais premissas apenas podem ser compreendidas se a Constituição for concebida como fruto de um poder diferenciado, de um “poder que institui todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominado Poder Constituinte”¹⁰⁵. O fato de a Constituição ser obra deste poder supremo, se impondo como início da conformação do ordenamento jurídico, evidencia a sua supremacia em relação às demais normas e garante a sua função de limitar os poderes constituídos e definir formalmente e materialmente os contornos das normas infraconstitucionais.

A busca pela contenção do poder foi o verdadeiro plano de fundo para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Era necessário, diante das arbitrariedades legitimadas da classe dominante, obstaculizar estas atuações e assegurar direitos em documentos escritos, como a lei e a Constituição. Desta forma, a Constituição nasce com um papel decisivo, estabelecendo procedimentos permanentes de controle do poder, que encontraram sua legitimação em um poder maior, não se tratando de uma competência conferida pelo direito a uma autoridade, mas sim de uma potência, ou seja, uma energia social que se encontra latente durante toda a existência da sociedade

Depreende-se do movimento histórico que deu lugar ao constitucionalismo e do papel que as constituições desempenharam na sociedade moderna que o controle do poder – o banimento do arbítrio – é a pedra angular de todo o processo. Sem a existência de freios reais não se pode falar de governo constitucional, freios que, para que controlem o poder, se articulam a partir do consentimento e das decisões dos destinatários do poder. Fosse o processo instaurado em linha contrária – pelo pacto excludente e elitista dos detentores do poder – não haveria controle, mas a mera distribuição do privilégio, na comandita do mando entre beneficiários da

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

autocracia. Obviamente, os controles, se pretendem ser efetivos, devem consagrar procedimentos permanentes, o que só se alcança pela via da constituição.¹⁰⁶

O estudo sobre o poder constituinte ganhou ênfase com o opúsculo *Que é o Terceiro Estado?*, escrito por Emmanuel Sieyès, onde o autor, enfrentando as distorções de uma França dividida em estamentos, propunha superar o modo de legitimação do poder que vigia à época da Revolução Francesa, pelo poder vinculado à nação.

Sabido es que existe un gran, excesivo número de individuos cuyas enfermedades, incapacidad, incurable pereza o el torrente de las malas costumbres, hacen ajenos a los trabajos de la sociedad. La excepción y el abuso confirman por do quier la regla, y ello muy especialmente, e nun vasto imperio. Pero hemos de convenir que cuantos menos abusos existan, el Estado se hallará mejor organizado. De hecho, el estado peor organizado de todos sería aquel donde, no ya individuos particulares asilados, sino una clase entera de ciudadanos cifrará su gloria en permanecer inmóvil en el seno del movimiento general y consumiera la mejor parte del producto, sin haber concurrido en absoluto a su producción. Una tal clase deviene ciertamente a la nación por mor de su vagancia.¹⁰⁷

Em contraponto a Sieyès, Rousseau sustentava que o titular do poder constituinte não seria a nação, mas sim o povo, ele defendia a soberania popular como legitimadora do poder. De acordo com o autor o único governo legítimo seria aquele estabelecido pela vontade geral, através da participação de todos os homens nas decisões.

A soberania para Rousseau está no indivíduo, que detém uma parcela dela. Sieyès não concebe a soberania como algo divisível, fracionável; a soberania é unitária e pertence à comunidade. Na doutrina de Rousseau o governo só será legítimo se todos participarem do processo político (verifica-se a valorização do sufrágio universal); Sieyès, ao contrário, permite que a nação confira a quem ela queira o poder de representação (representação-imputação) – o monarca pode ser declarado como representante da nação e dar à comunidade uma Constituição.¹⁰⁸

J. J. Gomes Canotilho, confirmando a concepção atual de Poder Constituinte, o conceitua como “uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma

¹⁰⁶ FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981. p. 15.

¹⁰⁷ SIEYÈS, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Disponível em: <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/sieyes-que-es-el-tercer-estado.pdf>. Acesso: 19/05/2015.

¹⁰⁸ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *O poder constituinte e sua expressão na política*. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/04.pdf>. Acesso: 19/05/2015.

Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”¹⁰⁹. E ratifica que seu titular seria o povo, caracterizado como grandeza pluralística.

Assim caracterizado – o povo como grandeza pluralista -, o conceito actual de povo está muito longe do povo no sentido de bloco de “cidadãos activos” quer no sentido jacobino que no sentido liberal-conservador. Com efeito, povo não é apenas a facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.¹¹⁰

Sem dúvidas, novos arranjos foram se inserindo ao conceito de Poder Constituinte no decorrer do fortalecimento normativo da Constituição e da consolidação do constitucionalismo, todavia, a sua percepção inicial, foi fundamental para a compreensão de um sistema jurídico consolidado por uma Constituição, deixando explícita a supremacia constitucional e a necessidade de se pautar as normas infraconstitucionais aos limites trazidos por ela.

Com a Constituição fortalecida e ocupando posição privilegiada no ordenamento, a harmonia das normas infraconstitucionais com os mandamentos constitucionais torna-se objetivo principal para a unidade do sistema jurídico, ensejando mecanismos viáveis para o exercício do controle de constitucionalidade. Basicamente, o controle de constitucionalidade consiste na verificação de compatibilidade entre uma norma do ordenamento jurídico e a Constituição, e pode ser realizado de diferentes formas, se destacando no processo de concretização do direito infraconstitucional, visto que ao aplicar uma norma, o intérprete deverá certificar-se de que ela está em consonância às normas constitucionais.

Na França de Sieyès, a Constituição se limitou a controlar formalmente a elaboração de leis, já nos Estados Unidos, a Constituição foi reconhecida por sua normatividade, limitando não apenas formalmente a legislação infraconstitucional, mas também materialmente, o que demonstrou com muita antecedência a intensidade do Poder Constituinte, ampliando sobremaneira o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional e influenciando o sistema de controle de constitucionalidade em todo o mundo.

¹⁰⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997. p. 65.

¹¹⁰ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997. p. 75.

2.2.1. A jurisdição constitucional difusa americana e a jurisdição constitucional concentrada austríaca

Inicialmente deve-se destacar que o controle de constitucionalidade não é sinônimo de jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais e pode ser considerada como um gênero em que o controle judicial de constitucionalidade se constituiria como espécie, isto é, como um das formas de seu exercício. Nos últimos anos, a jurisdição constitucional acompanhou o processo de fortalecimento da Constituição e se expandiu, conquistando novos elementos e garantindo contornos mais complexos.

Decerto, estudar o controle de constitucionalidade e o fenômeno da inconstitucionalidade em qualquer país implica uma análise prévia sobre dois importantes marcos da jurisdição constitucional no mundo, a jurisdição constitucional difusa, desenvolvida pelo constitucionalismo norte-americano, e a jurisdição constitucional concentrada austríaca, responsável pela expansão dos Tribunais Constitucionais.

O *judicial review of legislation* americano representou, na prática, a superação do princípio inglês de supremacia do Parlamento pela supremacia da Constituição, cabendo ao Judiciário exercer a guarda desta supremacia, ainda que fosse preciso a invalidação de atos legislativos. Neste modelo, juízes e tribunais poderiam declarar nulos os atos e leis contrários a Constituição, existindo um órgão de cúpula do Poder Judiciário que desempenharia a função determinante de dar a última palavra a respeito de questões constitucionais.

O grande ponto de partida para a aplicação irrestrita do *judicial review*¹¹¹ foi o famoso caso *William Marbury v. James Madison* em 1803. A decisão proferida pela Suprema Corte Americana neste caso entrou para a história como o marco da jurisdição constitucional, inaugurando o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, assentando a supremacia da Constituição e ratificando a competência do Judiciário como seu intérprete final.

O contexto histórico que desencadeou a questão levada ao Judiciário americano foi a derrota na eleição presidencial de John Adams e os federalistas para a oposição republicana, liderada por Thomas Jefferson, no final de 1800. Em linhas gerais, antes de ser sucedido por Jefferson, John Adams fez aprovar várias medidas de reorganização do Judiciário,

¹¹¹ Sobre as origens do *judicial review*, ver: CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays*. Princeton: Princeton University Press, 1914; NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

pretendendo esvaziar a força do novo presidente e resguardar a sua própria influência, e, entre elas, autorizou a nomeação de quarenta e dois juízes de paz, destacando-se o nome de William Marbury.

Ocorre que, como as indicações ocorreram nos últimos dias do governo de Adams, alguns atos de investidura dos novos juízes, embora assinados pelo até então Presidente, não foram entregues a tempo, gerando uma situação de insegurança para os não nomeados. Thomas Jefferson, por sua vez, ao assumir o governo, determinou que James Madison, nomeado seu Secretário de Estado, não efetivasse a nomeação dos juízes que não receberam seus atos de investidura.

Diante da situação que se criou, Marbury impetrou um *writ of mandamus*, buscando efetivar sua nomeação, sendo neste ambiente politicamente confuso que a Suprema Corte foi demandada a se manifestar. Marshall, juiz da Suprema Corte americana, ratificou o direito de Marbury à posse do cargo para o qual foi nomeado, mas, em contrapartida, enfrentou uma preliminar de incompetência da Corte, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei que a atribuía.

Marshall afirmou, inicialmente, que os impetrantes possuíam direito à investidura nos cargos, já que o poder discricionário do Executivo se encerraria no momento da nomeação, de modo que após a prática deste ato deveria ser respeitada a estabilidade dos juízes em seus cargos. Assim, a conduta de Madison, secretário de Estado de Jefferson, no sentido de reter os atos de investidura foi tida como ilegal, na medida em que violara o direito dos nomeados a exercerem o cargo de juiz de paz pelo lapso de tempo determinado legalmente. Todavia, o desafio perpetrado ao governo de Jefferson parou por aí. Sob o argumento de que as competências originárias da Suprema Corte estão submetidas à “reserva de Constituição”, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que lhe concedera competência para julgar o caso, e, assim, negou-se a ordenar o Presidente a dar posse aos impetrantes.¹¹²

Na rica decisão de Marshall foram sintetizados os principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade: em primeiro lugar, a supremacia da Constituição; em segundo lugar, a competência de todo e qualquer juiz ou tribunal para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos; e, em terceiro lugar, a nulidade de uma lei declarada inconstitucional.

Robert Lipkin conclui:

In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as “the fundamental and paramount law of the nation,” declared in the notable case of *Marbury v. Madison* that “It is emphatically the province and duty of

¹¹² BRANDÃO, Rodrigo. *Constituição e Sociedade: o outro lado de Marbury v. Madison*. Disponível em: <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-o-outro-lado-de-marbury-v-madison>. Acesso: 30/05/2015.

the judicial department to say what the law is.” This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system¹¹³.

Este modelo americano cedeu espaço, ao longo do século XX, para o sistema de controle concentrado, em que o controle de constitucionalidade é confiado, com exclusividade, a um órgão jurisdicional de cúpula, os Tribunais Constitucionais. O grande mentor deste modelo de controle de constitucionalidade foi Hans Kelsen que, a partir de suas concepções sobre inconstitucionalidade, trouxe grandes contribuições para a estruturação da Constituição austríaca, grande marco para a jurisdição concentrada.

A Constituição austríaca, promulgada em 1920 e redigida a partir do projeto elaborado por Kelsen, concentrou o controle de constitucionalidade das leis na chamada Corte Constitucional, e, inicialmente, este controle era realizado de forma desvinculada ao caso concreto, isto é, a análise era da lei em tese, não sendo possível que juízes e tribunais exercessem o controle de forma incidental, tampouco que as questões surgidas nos processos fossem submetidas à Corte Constitucional.

Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas. A estes, segundo a Constituição austríaca e a maioria das outras Constituições, está vedado o controle das leis, ainda que decerto – e não poderia ser de outra forma – não completamente.¹¹⁴

Com a reforma constitucional de 1929, a Constituição austríaca ampliou os legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, incluindo os tribunais de segunda instância, contudo, ainda assim, estes não poderiam arguir a inconstitucionalidade diretamente, era necessário que a questão fosse debatida no curso do processo para então chegar à Corte Constitucional. Esta mudança não alterou a posição ocupada pela Corte Constitucional como guardião da Constituição, exercendo com primazia o controle de constitucionalidade com eficácia vinculativa.

Neste ponto, deve-se ressaltar que Kelsen foi um grande crítico à posição schmittiana¹¹⁵ em considerar o chefe do executivo, por ser eleito, o único legitimado ao

¹¹³ LIPKIN, Robert Justin. *What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review?* Widener Law Review. vol. 14, n. 1, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1309757>. Acesso: 20/05/2015

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 20.

¹¹⁵ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

exercício da guarda da Constituição. Para Kelsen, “se o presidente do Reich é concebido pela Constituição como ‘contrapeso ao Parlamento’, não se pode qualificar essa função como de ‘guardião da Constituição’, se também se denomina do mesmo modo a garantia da Constituição mediante um tribunal constitucional”¹¹⁶. Kelsen reiterava a importância dos Tribunais Constitucionais para o exercício do controle de constitucionalidade, moldando a vertente concentrada do mesmo, baseada na tese da anulabilidade das normas inconstitucionais.

O modelo de jurisdição concentrada desenvolvido a partir da matriz austríaca se expandiu após a Segunda Guerra mundial, influenciando países como Alemanha, Itália e Espanha e, juntamente com a jurisdição difusa americana, que também influenciou muitos sistemas jurídicos, países como Portugal e Brasil adotaram sistemas de controle ecléticos, vistos por muito estudiosos, como sistema misto ou híbrido, no qual coexistem o método difuso e o método concentrado.

De uma forma geral, ambos os modelos de jurisdição influenciaram diferentes sistemas pelo mundo, sendo adotados em sua integralidade ou sendo adaptados às tradições já consolidadas. Certamente, a adoção destes modelos sem a propícia adequação à realidade de cada país, trouxe problemas graves e ainda de difíceis soluções, como é o caso da introdução do sistema difuso em países ligados à tradição romano-germânica, o que somado a coexistência de modelos diversos de controle de constitucionalidade em um mesmo sistema jurídico, gerou e ainda gera muitas incoerências internas, como é o caso do direito brasileiro.

2.2.2. A nulidade da norma inconstitucional

Hans Kelsen, ao tecer as bases para a consolidação do controle concentrado de constitucionalidade, que mais tarde influenciaria diversos sistemas jurídicos pelo mundo, sustentou a teoria da anulabilidade das normas inconstitucionais¹¹⁷. O jurista considerava que

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 293.

¹¹⁷ “Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o

a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da Corte Constitucional pronunciasse sua inconstitucionalidade e, assim, uma lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Esta decisão da Corte teria natureza constitutiva negativa e produziria efeitos *ex nunc*.

O controle de constitucionalidade concentrado em uma Corte Suprema foi adotado por muitos países, principalmente na Europa, mas, diferentemente da sua consolidação na Áustria, não foi a tese da anulabilidade que prevaleceu, mas sim a concepção adotada por Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*, em que uma norma inconstitucional seria nula de pleno direito.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional tem como premissa a superioridade da Constituição. Considerando a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, a aplicação de uma norma contrária aos seus mandamentos e sua possível produção de efeitos representariam a negativa da vigência constitucional, ferindo todo o sistema. Desta forma, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade, de acordo com a teoria da nulidade, tem caráter declaratório e não constitutivo e, como consequência, seus efeitos são retroativos (*ex tunc*), invalidando a norma inconstitucional desde sua origem.

Tanto a anulabilidade, quanto a nulidade da norma inconstitucional deve ser analisada a partir do plano da validade, isto é, uma norma inconstitucional é inválida. Como é de conhecimento geral, as normas jurídicas são atos jurídicos emanados de órgãos constitucionalmente autorizados, através de processos formais pré-estabelecidos, e os atos jurídicos, em geral, comportam análises em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

A existência de um ato jurídico exige a presença dos elementos constitutivos definidos pela lei, estes elementos podem ser comuns, como objeto, forma e agente, e também podem ser específicos, isto é, próprios de uma determinada categoria. No plano da validade, importa constatar se os elementos do ato preenchem as exigências definidas em lei para que sejam atos perfeitos, isto é, se estiverem presentes, agente, forma e objeto e os requisitos, competência, forma adequada e licitude, o ato existe e é válido. É possível compreender que uma norma inconstitucional não é inexistente, de fato ela existe, se presentes todos os elementos, mas por estar em desconformidade com regramento superior, ela é inválida.

órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.”(KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 192-193)

Por fim, quanto ao plano da eficácia, o que se verifica é a idoneidade do ato jurídico para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Sendo assim, após aferida a inconstitucionalidade de uma norma e, portanto, sua invalidade, passa-se a análise da eficácia, onde uma norma inconstitucional não deve ser aplicada. A não aplicação de uma norma inconstitucional não implica a sua retirada do mundo jurídico, tendo em vista que a revogação opera-se no plano da existência e não no da validade ou eficácia.

O Brasil adotou a tese da nulidade da norma inconstitucional¹¹⁸, assim, em regra, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* e, conforme a modalidade de controle de constitucionalidade realizado, a ineficácia se dará apenas em relação às partes do processo ou a todas as pessoas indistintamente.

2.2.3. Espécies de inconstitucionalidade

De acordo com Jorge Miranda, a constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”¹¹⁹.

São muitas as classificações usuais relacionadas à inconstitucionalidade, entre as mais importantes, destacam-se as classificações baseadas em três critérios específicos: quanto à origem da inconstitucionalidade, quanto ao seu momento e quanto à via de sua ocorrência.

Quanto à origem da inconstitucionalidade, esta será formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para a sua criação e será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com os mandamentos constitucionais. Clèmerson Merlin Clève salienta que pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma tenha sido editada “não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou tendo sido editada para

¹¹⁸ A concepção sobre a nulidade da lei inconstitucional foi introduzida no Brasil por Rui Barbosa, por influências do sistema americano. Para ele, considerar nula uma lei contrária à Constituição resultava da própria essência do sistema, pois “onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade” (BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. vol. XX. tomo V. p.58). Ver também: SILVA, Frederico de Castro e POMPERMAYER, Edson Fernando. *A tese da nulidade e anulabilidade em controle concentrado no sistema pátrio*. Revista Faculdade Montes Belo, vol. 5, n. 2, 2012.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 273-274. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1003.

realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado”¹²⁰

Quanto ao momento, a inconstitucionalidade será originária, quando no ingresso da norma no mundo jurídico ela já era incompatível com a Constituição, e será superveniente, quando ela torna-se inconstitucional com a vinda de uma nova Constituição ou de uma emenda constitucional. Deve-se ressaltar que no âmbito do sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não adota a inconstitucionalidade superveniente e, de acordo com jurisprudência consolidada, uma norma anterior a Constituição e incompatível com ela, deve ser revogada e não declarada inconstitucional¹²¹. Esta posição gerava dúvidas quanto à possibilidade de uma ação objetiva ter como objeto uma norma pré-constitucional, contudo esta dúvida foi sanada com a adoção da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), sendo descabida a ação direta de inconstitucionalidade, mas ainda assim possível o controle abstrato e concentrado.

A inconstitucionalidade também pode ocorrer por via de ação ou por via de omissão. A inconstitucionalidade por ação abrange os atos normativos incompatíveis com a Constituição, sendo a base para o controle de constitucionalidade, tendo em vista que ele se desenvolveu justamente para lidar com atos normativos com vícios de validade. A inconstitucionalidade por omissão, diferentemente, ocorre quando há uma inobservância do dever de legislar, ou seja, quando há comandos constitucionais não cumpridos. Importa ressaltar que legislar é uma faculdade do legislador, mas nos casos em que a Constituição impõe um dever, sua não realização enseja uma inconstitucionalidade.

Aceite-se que na obra do Constituinte certamente pode-se encontrar: (i) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas

¹²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

¹²¹ O Supremo Tribunal Federal discutiu amplamente o tema na ADI n. 2, de relatoria do, então, Ministro Paulo Brossard. EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001) – *grifos nossos*.

de eficácia limitada, basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de “silêncio eloquente”, e, por fim, (iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio de mecanismos convencionais de colmatação conhecidos na doutrina.¹²²

Compreender os diferentes tipos de inconstitucionalidade é pressuposto lógico para acompanhar e estudar as modalidades de controle de constitucionalidade que se estruturaram nos sistemas jurídicos em diferentes países. Especificamente no Brasil, a análise destas modalidades é essencial para a compreensão do sistema de controle de constitucionalidade adotado e das suas marcantes e complexas peculiaridades.

2.2.4. Modalidades de controle de constitucionalidade

Seguindo os ensinamentos de Luis Roberto Barroso¹²³, as modalidades de controle de constitucionalidade podem ser classificadas quanto à natureza do órgão de controle, quanto ao momento de exercício do controle, quanto ao órgão judicial que exerce o controle e quanto à forma do controle judicial. Estes critérios de classificação se baseiam nos três grandes modelos de controle de constitucionalidade que se desenvolveram no constitucionalismo moderno, o modelo americano e austríaco, já analisado em item anterior e o modelo Francês que, diferentemente dos outros dois, tem por traço fundamental seu caráter não jurisdicional.

Quanto à natureza do órgão chamado a conhecer sobre a constitucionalidade, o controle pode ser político ou judicial. O controle é político ou não judicial quando ele é exercido por órgãos que tenham esta natureza, estando associado à matriz francesa. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “esse tipo de controle funda-se no fato de as Constituições nada mais serem que planos de vida, o que vem explicar sua importância política e, conseqüentemente, a causa de sua interpretação ser reservada a órgãos com sensibilidade política”¹²⁴. No Brasil, embora o controle de constitucionalidade seja eminentemente judicial, é possível citar alguns exemplos de sua aplicação, como o veto de uma lei por inconstitucionalidade. Em contrapartida, há controle judicial de

¹²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

¹²⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

constitucionalidade sempre que a verificação de concordância entre um ato normativo infraconstitucional e a Constituição é conferida a um órgão do Poder Judiciário.

Quanto ao momento de exercício do controle, este pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei, neste caso, “a fiscalização de constitucionalidade opera-se antes da norma ser promulgada, evitando percalços da ‘existência’ de normas contrárias à Constituição”¹²⁵, e o controle repressivo é o que se opera quando a lei já está em vigor. Lucio Pegoraro faz uma análise ampla sobre as duas modalidades de controle de constitucionalidade e afirma a prevalência do controle repressivo sobre o preventivo:

O controle sucessivo – *a posteriori* – resulta, assim, muito mais vantajoso do ponto de vista da economia jurídica: em primeiro lugar, permite aos juízes “salvar” a vigência de disposições que, de outro modo, em via preventiva, poderiam ser atingidas pela pronúncia de inconstitucionalidade. Além disso, e sobretudo, por uma parte, evita que questões meramente abstratas, relativas a circunstâncias que não se realizam na vida cotidiana, que não possuem juridicidade ou executoriedade, sejam levadas à atenção das Cortes constitucionais; por outra, impede que interpretações inconstitucionais de uma disposição escapem do controle. (Quanto são os significados que podem ter uma palavra ou uma frase e ainda quantos deles poderão ser transformados em razão da mudança dos contextos lingüísticos e extralingüísticos em que operam?) O controle preventivo pretende insistir sobre o unívoco sentido de uma lei ou parte dela, mas não leva em consideração todos os outros, presentes e futuros.¹²⁶

No direito brasileiro, como regra, o controle é judicial e repressivo, isto é, é realizado por órgão do Judiciário e quando a norma em análise já está em vigor, todavia, há exemplos de controle político preventivo, como o citado no parágrafo anterior, e de judicial preventivo cujo exemplo seria o mandado de segurança impetrado por parlamentares contra o processo de propostas de emenda à Constituição da República violadora de cláusulas pétreas.

O controle judicial de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado, concreto ou abstrato e incidental ou principal. O controle de constitucionalidade difuso, também chamado de americano, tendo em vista seu desenvolvimento a partir das discussões travadas na Suprema Corte dos Estados Unidos, “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar

¹²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 137.

¹²⁶ PEGORARO, Lúcio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>. Acesso em: 06/11/2015.

incompatível com a ordem constitucional”¹²⁷. O concentrado, em contrapartida, é exercido por um único órgão, criado especificamente para esta atuação, como os Tribunais Constitucionais europeus, e, geralmente, “adota ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto”¹²⁸.

Ainda na perspectiva do controle judicial, este será incidental quando a apreciação da constitucionalidade de uma norma, se efetivar na análise do caso concreto, isto é, a inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser analisada pelo Judiciário. Já o controle principal ocorre quando a apreciação da constitucionalidade da norma é o objeto da ação, ele se caracteriza por ser um controle exercido fora do caso concreto, veiculado por um processo objetivo, sem partes e com legitimados específicos. Com base nesta classificação, também é possível denominar o controle como concreto, quando a análise da constitucionalidade é feita a partir da lei aplicada, e como abstrato, quando a verificação da constitucionalidade é feita da lei em tese.

Comumente, o controle difuso e concreto de constitucionalidade acompanha o controle incidental e seus efeitos são limitados às partes envolvidas no processo, em razão de sua sistemática. Já o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade acompanha o principal e seus efeitos são mais abrangentes e, muitas vezes, com eficácia vinculativa. Ambas as modalidades são adotadas pelo direito pátrio, e, por isto, grande parte da doutrina defende que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro possuiria uma certa hibridéz peculiar, englobando modalidades diferentes que se desenvolveram em realidades diversas.

2.3. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu muitas mudanças ao longo das sete Constituições adotadas pelo país. Além de refletirem a força da Constituição em cada etapa do constitucionalismo brasileiro, o seu desenvolvimento ou estagnação variaram de acordo com o momento histórico vivido, expressando os interesses preponderantes desta complexa e problemática história brasileira, marcada por colonização, golpes e instabilidade política.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1009.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1009.

A Constituição da República de 1988, influenciada pelos ideais neoconstitucionalistas, se instituiu como marco de estabilidade política no país e do ponto de vista jurídico, impulsionou o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, demarcando a supremacia formal e material das normas constitucionais e também a ascensão do Poder Judiciário como protetor e aplicador da Constituição. Nesta linha, a Constituição Cidadã fortaleceu a atuação do Supremo Tribunal Federal, ampliando suas competências e transformando-o também em uma Corte Constitucional, responsável por dar a última palavra em questões envolvendo a constitucionalidade de normas.

Sob a égide da Constituição democrática de 1988, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ganhou novos contornos, se tornando visivelmente mais complexo. Esta complexidade encontra amparo na confluência de modelos de controle com matrizes diversas em um mesmo ordenamento. Como já mencionado nos itens anteriores, ainda que de forma superficial, no Brasil é possível o controle político e o controle judicial de constitucionalidade, e neste, convivem o controle difuso, concreto e incidental e o controle concentrado, abstrato e principal de constitucionalidade, o que demonstra as influências francesa, americana e austríaca.

A doutrina, de forma dominante, tende a classificar o sistema brasileiro como um sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, em razão da adoção de diferentes modalidades de controle e principalmente em razão da coexistência do controle concentrado e do controle difuso de constitucionalidade, conjugados, inclusive, no âmbito das competências do Supremo Tribunal Federal. Segundo notícias encontradas no próprio site do Supremo Tribunal Federal¹²⁹, o Brasil seria um dos poucos países do mundo a utilizar um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, seguindo a tradição anglo-saxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema.

Lúcio Pegoraro amplia o campo de análise e traz considerações importantes acerca dos sistemas de controle de constitucionalidade na América Latina, afirmando não ser possível encontrar um modelo unitário tendo em vista que, na maioria dos casos, junto com o controle difuso de constitucionalidade por parte dos juízes, tem sido previsto também o controle concentrado.

¹²⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acesso: 11/11/2015.

Em todos esses casos, e em algum outro que apresente conseqüências análogas, parece encontrar aqui o desenvolvimento de uma concepção de justiça constitucional anômala com respeito de todas as outras consideradas (observa-se, além do mais, que tais Cortes, em algumas circunstâncias, também exercem funções ulteriores, originárias ou reservadas, com modalidade imitada pelos protótipos, como, por exemplo, o julgamento de recursos ou formas de controle preventivo ou até incidental).¹³⁰

Especificamente sobre o Brasil, assim comenta:

Fora os casos já apontados do Peru, Guatemala e Equador, onde o controle difuso conjuga-se com aquele concentrado de tal maneira que até cogitou-se uma “*concepción ibero-americana difuso-concentrada*”, na Argentina e no Brasil a constitucionalização de institutos nativos – como o *amparo* ou o mandado de segurança – e a previsão de particularidades relativas à eficácia das sentenças acompanhou o reconhecimento do controle difuso por parte dos juízes. Ainda hoje, o art. 97 da Constituição brasileira de 1988 confia aos tribunais, por maioria absoluta dos membros, “... declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, sendo reservadas ao Supremo Tribunal Federal, como nos Estados Unidos, algumas competências exclusivas ou originárias. Da mesma forma, análogas atribuições da Corte Suprema são elencadas pelos artigos 116 e 117 da Constituição argentina de 1994; operando, ainda, a *supremacy clause* do art. 31, cada juiz pode deixar de aplicar a lei (ou outro ato) contrastante com a Constituição federal.¹³¹

Em que pese à consistência de tais argumentos, atualmente cresce a posição no sentido de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não seria híbrido ou misto, mas sim dual ou paralelo, “eis que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas em Direito Comparado”¹³². Assim, reunindo estas modalidades específicas de controle de constitucionalidade, conforma-se, em verdade, um sistema brasileiro próprio, com especificidades e arranjos não encontrados nos sistemas que o inspiraram. Inegavelmente, as influências francesa, americana e austríaca delinearão as estruturas do sistema pátrio, mas isto não impediu que ele se coadunasse à realidade nacional, apresentando novas possibilidades e estando ainda em constante mudança.

2.3.1. O controle de constitucionalidade nas Constituições Brasileiras

No capítulo anterior foi realizada uma breve análise das Constituições brasileiras com o objetivo de compreender o processo de ascensão do Supremo Tribunal Federal como

¹³⁰ PEGORARO, Lúcio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>. Acesso em: 06/11/2015.

¹³¹ PEGORARO, Lúcio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>. Acesso em: 06/11/2015

¹³² MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 157.

intérprete máximo da Constituição, e, como o fortalecimento da Suprema Corte possui ligação direta com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, a menção a este foi obrigatória. Assim, o estudo ora proposto não pretende repisar a análise anterior, tendo em vista que já foram feitas algumas considerações, pretende realizá-la a partir de outro viés, tendo como foco o controle de constitucionalidade.

Analisando as Constituições brasileiras, iniciando com a Constituição imperial de 1824 até a Constituição republicana de 1988, é possível notar a profunda evolução envolvendo o controle de constitucionalidade no sistema pátrio e, sobretudo, é perceptível um amadurecimento constitucional considerável, visto que a Constituição se impôs como norma a ser aplicada e seus valores, aos poucos, se irradiaram para os demais ramos do direito.

A Constituição de 1824 não apresentou uma forma semelhante ao que se tem hoje para a defesa da constitucionalidade dos atos normativos, a soberania era do parlamento, e a ele cabia esta defesa. Já a Constituição Republicana de 1891 trouxe os primeiros indícios de um controle de constitucionalidade jurisdicional, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever algumas decisões de tribunais inferiores que em seu teor tratavam de incompatibilidades com a Constituição.

Como já analisado, a Constituição republicana sofreu muitas influências do sistema americano de controle de constitucionalidade e sob seu respaldo foi promulgada a Lei nº 221/1894 que consolidou o controle difuso no direito brasileiro¹³³. Em seu art. 13, § 10, a referida lei esclarecia que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

A Constituição de 1934 trouxe mudanças relevantes relacionadas ao controle de constitucionalidade, entre elas, a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, em uma tentativa de resolver o problema relacionado à falta de eficácia geral das decisões tomadas pela Suprema Corte, e a introdução da denominada representação interventiva¹³⁴, como já visto.

¹³³ “Foi definitivamente incorporada entre as atribuições do Poder Judiciário em todos os seus graus, a de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativo, em face de casos concretos. Apenas em face de casos concretos, repita-se, e não em tese. Declarou o Tribunal que incidia na censura de direito uma sentença que infirmara em tese, por inconstitucionais, um decreto emanado do Executivo, ‘porquanto aos juízes e tribunais só é facultado o deixar de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição’”. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 144)

¹³⁴ “Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a

Foi mantido o regime de controle de constitucionalidade da Constituição anterior, com três inovações relevantes: a instituição do princípio da reserva de plenário, segundo o qual “só pela maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público (art. 179); previsão da competência do Senado para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, inciso IV) – mecanismo importante para aclimatar ao sistema jurídico brasileiro, em que os precedentes judiciais não eram vinculantes, o controle difuso de constitucionalidade, importado dos Estados Unidos, país em que sempre houve vinculação aos precedentes; e a criação de um mecanismo de controle preventivo obrigatório de constitucionalidade das leis federais que decretavam a intervenção da União nos Estados, nos casos de violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 7º da Constituição.¹³⁵

A representação interventiva foi extremamente importante para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro, sendo um dos grandes marcos trazidos pela Carta Magna de 1934 que, em contrapartida às contribuições relacionadas ao controle jurisdicional de constitucionalidade, vedava expressamente o conhecimento de questões políticas pelo Judiciário¹³⁶, o que, mais tarde, viria a ser uma realidade ao Judiciário brasileiro.

A Constituição de 1937, marcada pelo Estado Novo de Vargas, em contraponto aos avanços já alcançados até aquele momento, demonstrou alguns retrocessos, entre eles, a possibilidade do Chefe do Executivo submeter novamente uma norma já apreciada e declarada inconstitucional pelo Judiciário ao parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal e tal confirmação detinha a força de verdadeira emenda à Constituição. A possibilidade deste reexame esvaziou a declaração judicial e empobreceu o próprio controle de constitucionalidade, minando sua autonomia e importância. E esta peculiar modalidade de revisão constitucional expressou a vulnerabilidade constitucional e a realidade política da época.

intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais sensíveis, constantes no art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. No tocante ao controle incidental e difuso, a Constituição de 1934 passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85)

¹³⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 33.

¹³⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: Art. 68. É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

A Constituição de 1946 retorna os avanços relativos ao controle de constitucionalidade, disciplinando a apreciação dos recursos extraordinários, preservando a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade e mantendo a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, prevista inicialmente na Constituição de 1934. A representação interventiva também ganhou nova conformação, “em vez da constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intervenção, tal como na constituição de 1934, deveria o Tribunal agora aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados princípios sensíveis”¹³⁷.

O grande marco da Constituição de 1946 foi a emenda constitucional 16 de 1965 que instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de constitucionalidade de normas federais e estaduais, sob a forma de uma representação que deveria ser proposta pelo Procurador-Geral da República.

Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação genérica de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, k da Carta Reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismos análogo ao das cortes constitucionais européias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si.¹³⁸

Importante inovação disciplinada pela referida emenda se deu no âmbito do controle de constitucionalidade da lei municipal, onde foi outorgada ao legislador, a faculdade de estabelecer processo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a Constituição do Estado, tal ação seria de competência originária do Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1967, oriunda do período ditatorial¹³⁹, não trouxe grandes avanços para a sistemática do controle de constitucionalidade, mas as discussões enredadas sob sua

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

¹³⁹ Nas palavras de Paulo Bonavides: “A Constituição de 1967 manteve formalmente os mesmos direitos e garantias individuais, mas a prática contestou o texto adotado, deixando para a lei ordinária (art. 150), estabelecer os termos em que seriam exercidos esses direitos ‘visando à realização da justiça social e à preservação a ao aperfeiçoamento do regime democrático’, segundo expunha o Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva no ofício que acompanhou o projeto oficial. (...) Mas que importavam as inovações da Carta, se tudo indicava a preocupação do Governo autoritário de se perpetuar e se as suposições mais lógicas e

influência concluíram que o controle abstrato de normas deveria ser concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice, isto é, ele se destinaria não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica, como também a sanar controvérsias que se instaurassem sobre sua validade.

A Constituição da República de 1988 desenvolveu significativamente o sistema de controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro, reiterando o controle difuso, ampliando o controle abstrato e trazendo possíveis soluções para as omissões inconstitucionais. Os remédios constitucionais, após anos de ditadura civil-militar, também se destacaram, e se consolidaram como importantes mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, proporcionando, em segundo plano, análises sobre a constitucionalidade de normas.

O controle difuso de constitucionalidade não alcançou grandes debates e por isso também não sofreu muitas alterações no que tange ao seu desenvolvimento, ao contrário, alguns autores, como Gilmar Ferreira Mendes, sustentam que a Constituição de 1988 reduziu a amplitude do controle difuso se comparado com as transformações vivenciadas pelo controle abstrato, tendo em vista as várias ações objetivas previstas na Constituição e a abrangência do rol dos seus legitimados.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz (1930) ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias. Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.¹⁴⁰

A Carta Magna de 1988 criou a chamada ação direta de inconstitucionalidade e acabou com o monopólio do Procurador-Geral da República no âmbito da jurisdição abstrata, ampliando o rol dos legitimados para a sua propositura. Sob a égide da Constituição cidadã

precedentes eram as de que os controladores do poder caminhavam para torná-lo cada vez mais fechado, impenetrável e centralizador?" (BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 447.)

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>. Acesso: 20/05/2015.

foi instituída ainda a ação declaratória de constitucionalidade (EC n. 3/93), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de retomar a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, denominada como representação de inconstitucionalidade.

No que tange as omissões, é notória a preocupação constitucional em saná-las, sendo previstas duas ações distintas à elas direcionadas, uma ação abstrata, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e uma ação concreta, o mandado de injunção. Com diferenças pontuais, centralizadas principalmente em suas naturezas diversas, ambas possuem como objeto o controle de constitucionalidade das omissões, e, por muitos anos, não conseguiram alcançar a finalidade desejada.

Completam o modelo brasileiro de fiscalização da inconstitucionalidade, as atuações do Executivo e do Legislativo, já pontualmente destacadas. Estas atuações não estão restritas ao texto constitucional, mas, de toda forma, é sob a influência da Constituição de 1988 que elas se desenvolvem.

O Poder Executivo participa do controle de constitucionalidade com o seu poder de veto no processo legislativo. O processo legislativo comum tem como um de suas fases a remessa do projeto aprovado pela casa legislativa ao Chefe do Executivo para sanção ou veto, nesta oportunidade, este poderá aprovar o texto e sancioná-lo ou poderá discordar do projeto, vetando-o, no todo ou em parte, por sua inconstitucionalidade (veto jurídico) ou por contrariedade do interesse público (veto político). Deve-se ressaltar que o Executivo também participa do controle jurisdicional de constitucionalidade, visto que possui legitimidade para a propositura das ações objetivas.

Quanto à atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, é possível citar a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça das casas legislativas sobre a constitucionalidade das propostas de emenda constitucional e projetos de lei, a rejeição do veto do Executivo, onde o juízo do Legislativo acerca da constitucionalidade ou não do projeto prevalecerá sobre o do Executivo, o juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais para a edição de medidas provisórias e a possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do Legislativo (mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa).

Em linhas gerais, a história do controle de constitucionalidade no direito brasileiro foi permeada por momentos de expansão e retrocesso e, somada a esta realidade, muitos elementos de origens diversas foram internalizados sem a devida compreensão e adaptação,

desconsiderando tradições consolidadas e gerando problemas que ainda assombram a realidade constitucional brasileira.

2.3.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade: características e efeitos

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, como é perceptível com a análise do histórico constitucional pátrio, é primordialmente jurisdicional, ou seja, o seu exercício é centralizado em órgãos que compõem o Poder Judiciário, ainda que haja expressões contundentes de controle político de constitucionalidade em âmbito nacional. As mudanças trazidas com a Constituição da República de 1988 tornam mais evidentes esta realidade, visto que, ao fortalecer sua normatividade, ela ampliou o controle jurisdicional de constitucionalidade, atribuindo ao Judiciário, com primazia, a função de seu guardião e principal intérprete.

Conforme já mencionado, a Constituição Cidadã estruturou um sistema próprio de controle de constitucionalidade, internalizando tradições diversas ao prever o controle político e judicial e possibilitar a coexistência dos controles concentrado e difuso, não apenas no interior de um mesmo sistema jurídico, mas também como competência de um mesmo Tribunal, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal que exerce o controle difuso, em sua competência originária, ordinária e extraordinária, e o controle abstrato em sua atuação como Tribunal Constitucional.

O controle jurisdicional incidental, difuso e concreto de constitucionalidade¹⁴¹ é exercido no desempenho normal da função judicial, por juízes ou tribunais, e terá o condão de analisar a constitucionalidade de uma norma em um caso concreto, ou seja, não há análise da norma em tese. Ele pressupõe a existência de uma ação judicial na qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade de uma determinada norma para a solução do litígio, desta forma, o juiz ou tribunal poderá reconhecer a inconstitucionalidade alegada incidentalmente, declará-la e negar a aplicação da mesma ao caso concreto. Esta inconstitucionalidade pode ser suscitada pelo réu, pelo autor, pelo Ministério Público, por terceiro interveniente e também pelo próprio juiz ou tribunal, de ofício.

A natureza da norma analisada não é um requisito para o controle incidental, em verdade, a verificação da constitucionalidade pode ocorrer em relação às normas emanadas

¹⁴¹ Importa esclarecer que a análise sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro será feita utilizando como base a classificação clássica que conjuga o controle principal ao concentrado e abstrato, e o controle incidental ao difuso e concreto. Cada denominação esboça uma característica que, em conjunto, refletem as duas espécies de controle jurisdicional de constitucionalidade coexistentes no Brasil.

dos três níveis de poder (municipal, estadual ou federal), de qualquer hierarquia e, inclusive, anteriores à Constituição, o que se diferencia, em muito, do que ocorre com o controle principal, em que há rígidos requisitos a serem seguidos, como será analisado em breve.

Luis Roberto Barroso¹⁴² ressalta que o controle incidental de constitucionalidade somente pode ocorrer na tutela de uma pretensão subjetiva, assim, o objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado, o que enseja a análise prévia da constitucionalidade da norma, tendo em vista ser ela uma questão prejudicial, um pressuposto lógico para a solução da questão¹⁴³.

A grande peculiaridade do controle incidental, difuso e concreto de constitucionalidade é a chamada reserva de plenário, prevista no art. 97, CRFB/88¹⁴⁴, exigida para a declaração incidental de inconstitucionalidade pelos tribunais. Os juízes, em primeiro grau, podem solucionar a questão prejudicial sobre a inconstitucionalidade, de forma mais singela do que se comparado aos tribunais, visto que não estão submetidos a esta exigência.

Assim esclarece Barbosa Moreira sobre o tema:

Sucedem que, por força do disposto no art. 97 da Carta Federal, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público só é declarável em tribunal, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros – ou dos membros do “órgão especial” previsto no art. 93, XI, para os tribunais com mais de 25 juízes. Daí resulta, a nosso ver, que nenhum outro órgão fracionário de qualquer tribunal tem competência para a declaração da inconstitucionalidade. Mesmo que o número total de juízes, no órgão fracionário, seja tal que possa permitir o atingimento do quorum constitucional, parece-nos, à luz da *ratio legis*, e ressalvada a hipótese de existir o “órgão especial”, que a legitimidade da declaração pressupõe necessariamente a votação em sessão plenária, a fim de que se abra a cada um dos membros do tribunal a possibilidade de manifestar-se, e assim de influir no resultado da votação – embora não seja indispensável que todos efetivamente se manifestem.¹⁴⁵

A reserva de plenário reflete a presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas infraconstitucionais e norteia o controle de constitucionalidade brasileiro, assim, uma norma é constitucional até que venha a ser declarada inconstitucional por órgão

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

¹⁴³ “A qualquer órgão singular ou colegiado do Poder Judiciário, porém, é lícito apreciar, por via incidental, a questão da constitucionalidade no curso de processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas do julgamento da lide” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 182)

¹⁴⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 182.

competente, sendo exigido quórum qualificado do tribunal. Esta previsão foi inserida no ordenamento pátrio com a Constituição de 1934 e reproduzida nas Constituições subsequentes.

A reserva de plenário traduz a ideia que nenhum órgão fracionário possui competência para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma norma, exceto quando já houver pronunciamento do plenário do tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, nos termos do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil de 1973¹⁴⁶ e parágrafo único do art. 949 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)¹⁴⁷.

Basicamente, os órgãos fracionários dos tribunais apenas poderão reconhecer a constitucionalidade da norma, pois, caso acolham a arguição de inconstitucionalidade e não haja pronunciamento do plenário do próprio tribunal ou do plenário do STF, a questão deverá ser submetida ao pleno ou ao órgão especial para a análise sobre a inconstitucionalidade. No caso do órgão fracionário entender por afastar a incidência, no todo ou em parte, da norma analisada, ainda que não haja declaração expressa de inconstitucionalidade, estaria violada a cláusula de reserva de plenário¹⁴⁸.

Assim o órgão fracionário não poderá prosseguir com o julgamento, suspendendo-o até que o plenário ou órgão especial decida sobre a questão prejudicial, operando-se a chamada *cisão funcional da competência*, pela qual o pleno decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, a partir do julgamento sobre a inconstitucionalidade da norma.

Mais uma vez, válidos são os ensinamentos precisos de José Carlos Barbosa Moreira:

Incumbe ao plenário (ou “órgão especial”) pronunciar-se unicamente acerca da prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, ou da parte de uma ou de outro, a cujo respeito lhe houver sido submetida a arguição pelo órgão fracionário. Dentro desses limites, contudo, é plena a cognição do tribunal, quer no exame de admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, *de*

¹⁴⁶ Código de Processo Civil de 1973: Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

¹⁴⁷ Código de Processo Civil de 2015: Art. 949. Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento; II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

¹⁴⁸ Súmula Vinculante n. 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

meritis, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o “órgão especial”) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato normativo e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. (...) Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui “pedido” em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.¹⁴⁹

Além da exigência sobre a reserva de plenário, a maneira como o controle incidental, difuso e concreto de constitucionalidade se procedimentaliza, também traz peculiaridades no que tange aos seus efeitos. Como o controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho regular da função jurisdicional, a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade está limitada às partes envolvidas no litígio, isto é, é *inter partes* e não *erga omnes*, e seus efeitos são retroativos.

Neste ponto, importa ressaltar também que a questão sobre a constitucionalidade é prejudicial, não constituindo o pedido levado a tutela jurisdicional, mas sim a causa de pedir e justamente por isso, na decisão, ela é mencionada nos seus fundamentos e não em seu dispositivo. Considerando o Código de Processo Civil de 1973, em razão do disposto em seu art. 469¹⁵⁰, é incontroverso que a prejudicial de inconstitucionalidade não estaria abarcada pela coisa julgada, porém, no que tange ao novo Código de Processo Civil¹⁵¹, mudanças ocorreram, visto que não consta mais esta ressalva relacionada às prejudiciais¹⁵² e ainda foi acrescentado artigo próprio para a questão¹⁵³.

Em sentido oposto ao até agora analisado, o controle principal, concentrado e abstrato esboça outra face do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro. Ele pode ser entendido como um exercício atípico de jurisdição, visto que

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p.185.

¹⁵⁰ Código de Processo Civil de 1973: Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

¹⁵¹ Em razão do recorte metodológico realizado, os ricos debates envolvendo as inovações e alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 16 de março de 2016, não serão aprofundados.

¹⁵² Código de Processo Civil de 2015: Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

¹⁵³ Código de Processo Civil de 2015: Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

para a sua realização, não há um litígio¹⁵⁴ a ser resolvido, como no controle incidental, e o seu objeto é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em abstrato, ou seja, a questão constitucional é a questão principal a ser enfrentada e não um incidente.

Trata-se, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”¹⁵⁵ e o seu exercício é concentrado em um único tribunal competente. No caso brasileiro, o controle principal, concentrado e abstrato é desempenhado no plano federal, pelo Supremo Tribunal Federal, através das chamadas ações objetivas, e no plano estadual, pelo Tribunal de Justiça, através da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, tendo como parâmetro a Constituição dos Estados¹⁵⁶.

Em linhas gerais, a decisão final sobre a constitucionalidade de uma norma *in abstrato* tem eficácia subjetiva *erga omnes*¹⁵⁷, ou seja, sua eficácia não está limitada às partes do processo, ela é expansiva, contra todos, e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Os efeitos vinculantes não alcançam o Poder Legislativo¹⁵⁸, que está autorizado a elaborar uma nova lei

¹⁵⁴ “A ideia de Carnelutti, segundo a qual o processo é o continente de que a lide é o conteúdo, não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição concentrada. No processo objetivo não há lide, nem partes (salvo em sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo. Então, as garantias processuais previstas pela Constituição para o processo subjetivo não se aplicam, em princípio.” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 390)

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 176.

¹⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

¹⁵⁷ “Os efeitos gerais produzidos pelas decisões do STF emitidas no controle concentrado de constitucionalidade não tem dado lugar a muita polêmica na doutrina e na jurisprudência. Ao contrário, a falta de profundidade ao abordar esse tema tem sido a tônica dominante. Lúcio Bittencourt constatava nos anos 60, que os tratadistas brasileiros não indicavam a razão jurídica determinante dos efeitos gerais, limitando-se a repetir a doutrina norte-americana e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Na mesma linha, Gilmar Mendes considerava em princípio dos anos 90, que a insistência da doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei declarada inconstitucional pelo STF e a impossibilidade de sua aplicação pelos órgãos estatais, se devia ao fato de não existir no país um mecanismo como a força de lei ou *stare decisis* americano. Anos depois, em 2001, apesar da existência de uma previsão constitucional e legal sobre o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade, o mesmo autor concluía que a doutrina brasileira ainda não havia logrado dotar o termo *erga omnes* ‘de maior densidade teórica’”. (BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 63)

¹⁵⁸ Sobre este tema, deve-se ressaltar o disposto no informativo 801 do STF, que trouxe as seguintes ponderações: “Assim, o STF deveria proceder como catalisador deliberativo, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional. Portanto, o legislador poderia, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando posturas distintas da Corte. Se veiculada por emenda, altera-se o próprio parâmetro amparador da jurisprudência. Nessas situações, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CF. Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a norma que frontalmente colidir com a jurisprudência do Tribunal nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberia ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se

com o mesmo conteúdo da declarada inconstitucional, e ela apenas poderá ser impugnada por meio de uma nova ação objetiva, não sendo cabível o mecanismo da Reclamação.

A vinculatividade destas decisões deve ser estudada com cuidados, tendo em vista ser comum a confusão entre ela e os efeitos da coisa julgada. Há duas diferenças importantes entre ambas, que devem ser levadas em consideração para que seja possível uma análise real sobre os dois institutos no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade: a coisa julgada impede novo pronunciamento judicial sobre a matéria já analisada e preclui a possibilidade de o próprio órgão julgador revê-la, não sendo possível, portanto, nova ação objetiva para obter manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do mesmo dispositivo; já o efeito vinculante não impede que o órgão julgador reaprecie a matéria, mas exige o respeito ao decidido, nas causas subordinadas a esta decisão.

Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em uma ação objetiva, reveste-se de autoridade de coisa julgada e vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, que não poderá, posteriormente, declarar constitucional um preceito já declarado inconstitucional. A declaração de constitucionalidade de uma lei em uma ação objetiva também será abarcada pela eficácia da coisa julgada e terá efeitos vinculantes, porém, em razão de fatos novos, será possível uma nova manifestação do Tribunal declarando sua inconstitucionalidade.

Isto ocorre porque, ainda que as decisões declaratórias de constitucionalidade devam ser respeitadas pelo Poder Judiciário, inclusive pelo STF, isto não significa que a jurisprudência da Suprema Corte deverá se estagnar, encobrando a dinâmica dos fatos e a evolução da própria sociedade, ao contrário, nestes casos, é possível que a complexidade social enseje mudanças de entendimento no âmbito do Tribunal, no sentido de se considerar inconstitucional, preceito anteriormente declarado constitucional. Deve-se ressaltar que não há neste caso, violação a coisa julgada, tendo em vista que o fundamento do pedido será outro, ademais, ao contrário do que se passa com o reconhecimento da inconstitucionalidade, em que a lei deixa de integrar o sistema, a lei declarada constitucional permanece no sistema, sob influências diversas.

As decisões em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade têm eficácia *ex tunc*, ou seja, são retroativas à data do início de vigência da lei e, por isto, também

afigura legítima, e que o posicionamento jurisprudencial deve ser superado, tendo em conta novas premissas fáticas e jurídicas. Assim, a novel legislação que frontalmente colidisse com a jurisprudência se submeteria a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso.” (Informativo 801. ADI 5105/DF, rel. Min. Luiz Fux. 01.10.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo801.htm>. Acesso: 24/11/2015.

permitem o fenômeno da repristinação. A repristinação permite que uma lei derogada volte a existir de forma automática como se a lei derogadora, declarada inconstitucional, nunca houvesse existido. Ela é um reflexo da própria declaração de inconstitucionalidade e é majoritariamente aceita na jurisprudência e da doutrina.

A tese da repristinação goza da aceitação generalizada da doutrina brasileira e foi adotada pela jurisprudência do STF, apesar de não existir no ordenamento disposição legal alguma que a preveja expressamente. A única norma brasileira que regula as condições em que pode produzir-se a repristinação é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), mas suas determinações se restringem ao estrito âmbito da legislação ordinária, não se aplicando desde logo às leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Nela, a regra é que a repristinação não se produz de forma automática, e somente ocorrerá se o legislador o determine expressamente. Não obstante, no âmbito do controle de constitucionalidade prevalece a construção doutrinária e jurisprudencial, que propugna a repristinação automática da lei que haja sido derogada pela lei invalidada pelo STF. A estes efeitos se considera como se a lei nula nunca houvesse existido.¹⁵⁹

A eficácia retroativa das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade e a própria repristinação podem gerar problemas sérios em relação às situações jurídicas já consolidadas, criando zonas de insegurança e incerteza, se trabalhadas sem a observância da proporcionalidade¹⁶⁰. Para a solução destas questões as Leis 9.868/99 e 9.882/99, autorizaram a modulação de efeitos destas decisões, possibilitando que o próprio Tribunal analise a situação e regule, quando necessário, os efeitos de sua decisão.

As ações objetivas responsáveis pelo controle principal, concentrado e abstrato serão estudadas com maior amplitude nos itens a seguir, tendo em vista o foco de análise no controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, nos próximos itens, serão apreciadas, com detalhes, as principais características do controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, enfatizando as duas grandes modalidades de controle por ela exercidas e os principais mecanismos para as suas realizações.

¹⁵⁹ BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 94-95.

¹⁶⁰ As decisões retroativas do STF e suas possíveis limitações devem estar presididas – e em grande medida o estão – pelo princípio da proporcionalidade, que presume a existência de uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Uma medida é adequada, se atende ao fim perseguido, é exigível por causar o menor prejuízo possível, e finalmente, é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que traz superam as desvantagens. Para alcançar este fim, é necessário que o STF tenha mais liberdade para flexibilizar os efeitos de suas sentenças de inconstitucionalidade. (BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 92)

2.4. Controle de Constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, possui a função precípua de proteger a Constituição de interpretações divergentes e aplicações contraditórias, sendo elevado à posição de guardião primordial da Constituição, exercendo de maneira ampla e prioritária o controle de constitucionalidade das normas.

Ele fiscaliza com exclusividade a observância da Constituição pela via principal da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, através das chamadas ações objetivas, tendo como parâmetro a Constituição Federal, e também, a exemplo de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, o STF realiza o controle de constitucionalidade pela via da exceção, sendo através do Recurso Extraordinário que esta competência se evidencia.

A Constituição de 1988 reduziu significativamente o controle de constitucionalidade incidental, ampliando de forma marcante a legitimidade para as ações objetivas, permitindo que controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal mediante controle principal e abstrato de constitucionalidade¹⁶¹.

Esta amplitude do controle principal, concentrado e abstrato de constitucionalidade também se deve a expansividade de seus efeitos, tendo em vista que a eficácia das decisões em jurisdição abstrata é *erga omnes*¹⁶², contra todos, e vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal¹⁶³, o que garante respeito ao decidido e segurança quanto às decisões no sistema jurídico como um todo.

Em que pese à amplitude de efeitos e legitimados no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, o STF também atua consideravelmente no controle concreto, em razão das possibilidades recursais presentes no ordenamento jurídico nacional e de sua ampla

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 114.

¹⁶² “Somente em 1977 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na representação interventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*. Essa orientação foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 361-362).

¹⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

competência originária. Ocorre que, diferentemente do controle abstrato, ainda que a decisão seja proferida pela Suprema Corte, por ocorrer no exercício da jurisdição difusa, sua eficácia está restrita às partes envolvidas no processo.

2.4.1. O controle abstrato e concentrado de constitucionalidade¹⁶⁴

A representação interventiva foi a origem do controle abstrato de normas no direito brasileiro. Positivada na Constituição de 1934, ela foi introduzida como processo especial perante o STF no âmbito de conflitos entre a União e os Estados e, basicamente, as medidas coercitivas da intervenção federal nos casos de ofensas aos denominados princípios sensíveis¹⁶⁵, somente poderiam ser deflagradas depois que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a constitucionalidade da lei que dispunha sobre a intervenção.

Ao lado da representação interventiva, foi introduzida, pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965, uma verdadeira modalidade de controle abstrato de constitucionalidade no sistema brasileiro, destinada à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais e que poderia ser instaurada mediante iniciativa do Procurador-Geral da República. As diferenças entre os institutos eram sutis, mas, aos poucos, o próprio Tribunal foi demarcando as linhas de distinção, reconhecendo a existência de um verdadeiro processo objetivo¹⁶⁶.

A diferença situava-se apenas no fato de que a decisão proferida na representação interventiva deveria ser comunicada ao Presidente da República, após o trânsito em julgado, para que empreendesse as medidas necessárias à deflagração do processo interventivo (RISTF, art. 175). A decisão proferida no controle abstrato de normas

¹⁶⁴ Gustavo Binenbojm. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*, 2010; Gilmar Mendes. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva, 2014; Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2011; Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2004. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, 2013. BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*, 2014. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual constitucional*, 2012

¹⁶⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Art 7º. Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

¹⁶⁶ A identificação da natureza objetiva do processo de controle abstrato, o reconhecimento da iniciativa do Procurador-Geral da República como impulso processual e a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nestes processos foram fundamentais para o desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. E muito se deve a jurisprudência do STF na época, como pode ser citado como exemplo: Rp 1016, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1979 e Rp 1405, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1988.

tinha, ao contrário, eficácia *erga omnes*, independentemente da edição de qualquer outro ato.

Porém, o Supremo Tribunal Federal logrou proceder, gradativamente, à exata diferenciação entre esses instrumentos. Enquanto a representação interventiva pressupõe um conflito entre o Estado e a União, atuando o Procurador-Geral da República como representante judicial da União, tinha-se, no controle abstrato de normas, um processo objetivo destinado à defesa da Constituição.¹⁶⁷

Sob a égide da Constituição da República de 1988, o controle abstrato de constitucionalidade se expandiu e se desenvolveu, garantindo novos contornos às ações com estruturas já delineadas, como a ação direta interventiva¹⁶⁸, criada como representação interventiva, e a ação direta de inconstitucionalidade, originada da representação de inconstitucionalidade, criando novas ações objetivas, com peculiaridades próprias, e ampliando o rol de legitimados para propô-las.

Entre as ações objetivas responsáveis pela realização do controle principal, abstrato e concentrado de constitucionalidade, serão apreciadas nos próximos itens, através dos seus objetos, procedimentos e efeitos, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

2.4.1.1. A ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade, tal como se verifica hoje, tem sua origem na Constituição de 1988. Embora a Emenda Constitucional n. 16/65 tenha inovado com uma representação de inconstitucionalidade muito semelhante ao controle abstrato que o sistema brasileiro possui atualmente, foi com a Constituição de 1988 que a ação direta de

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

¹⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. § 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas. § 2º Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas. § 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. § 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

inconstitucionalidade se ampliou, refletindo as mudanças pontuais que a enriqueceram e a libertaram das conveniências de um único legitimado para a sua propositura.

Conforme as características do controle principal, concentrado e abstrato de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade é uma ação objetiva que tem por objeto a análise da constitucionalidade de uma norma em tese, isto é, de forma abstrata, sem a existência de um litígio envolvendo partes e lide¹⁶⁹. A competência para o seu julgamento é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que, de forma concentrada, desempenhará o controle abstrato de constitucionalidade da norma em face da Constituição da República, conforme art. 102, I, a CRFB/88.

São legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, conforme art. 103, CRFB/88, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado, ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Desses legitimados, há os chamados legitimados universais cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese, e os legitimados especiais cuja atuação está restrita às questões que repercutem a sua esfera jurídica, sendo necessária a demonstração da denominada pertinência temática. A relação de pertinência se identifica com o interesse de agir¹⁷⁰ do processo civil, e poder ser compreendida como “a exigência de correlação entre as prerrogativas ou fins institucionais do órgão ou entidade legitimado para a propositura da ação direta com aquele ato normativo por meio dela questionado”¹⁷¹.

São legitimados especiais, de acordo com a jurisprudência pacificada do STF¹⁷², o Governador de Estado, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do

¹⁶⁹ “Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide nem partes (salvo em sentido formal), posto incurrerem interesses concretos em jogo. Por essa razão, os princípios constitucionais do processo (leia-se: do processo subjetivo) não podem ser aplicados ao processo objetivo sem apurada dose de cautela” (CLÊVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 143-145)

¹⁷⁰ “Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013. p. 289)

¹⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 144.

¹⁷² EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. I. - A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativa e Governadores, para a ação direta de

Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, esta, além de demonstrar pertinência temática, deverá propor a ação por intermédio de um advogado, em razão da ausência de capacidade postulatória, assim como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Além dos legitimados ativos à propositura da ADI, há outros envolvidos na ação direta de inconstitucionalidade: os legitimados passivos¹⁷³, àqueles responsáveis pela lei ou ato normativo objeto da ação, o Advogado-Geral da União, responsável pela defesa da constitucionalidade do ato em análise, o Procurador-Geral da República que deverá emitir seu parecer sobre a questão analisada (art. 8º, Lei 9.868/99) e também o chamado *amicus curiae* (art. 7º, Lei 9.868/99), que se manifestará sobre a matéria levada a julgamento, em caso de relevância da discussão ou de representatividade do postulante.

Quanto ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, este consiste nos atos normativos primários, federais ou estaduais. Para ser cabível a ADI, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento¹⁷⁴ no sentido de que o que importa é a existência de uma questão constitucional posta em tese, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato do seu objeto.

São passíveis de controle de constitucionalidade por via de ação direta: emenda à constituição, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos¹⁷⁵ e resoluções, decretos autônomos, tratados e convenções internacionais¹⁷⁶ e leis estaduais. São excluídos desta possibilidade, os atos normativos secundários, os de efeito

inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. II. - Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG ("DJ" de 19.05.95); ADIn 1.096-RS ("LEX-JSTF", 211/54). III. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (ADI 1519 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1996)

¹⁷³ Lei 9.868/99: Art. 6º. O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

¹⁷⁴ ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

¹⁷⁵ Os exemplos típicos são os decretos legislativos que aprovam tratados internacionais. Deve-se ressaltar que o decreto do Chefe do Executivo que promulga os tratados e convenções internacionais também pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade por via de ação direta.

¹⁷⁶ Quanto ao controle de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais deve ser verificada a forma como foram incorporados: se eles foram incorporados como lei ordinária, será cabível o controle de constitucionalidade da própria lei; se foram incorporados com natureza supralegal (correspondem aos casos de tratados e convenções sobre direitos humanos que são incorporados sem a observância do procedimento de previsto no art. 5º, §3º, CRFB/88), o controle de constitucionalidade recairá sobre os decretos de aprovação e promulgação; e se foram incorporados com hierarquia de norma constitucional, cuja aprovação segue o procedimento das emendas à Constituição, o controle de constitucionalidade seguirá o procedimento dos controles realizados de emendas constitucionais. Para um melhor conhecimento sobre a promulgação e publicação de tratados no Brasil: REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

concreto¹⁷⁷, os anteriores à Constituição¹⁷⁸ ou já revogados, as súmulas¹⁷⁹ e os que ainda estejam em processo de formação, como projetos de lei e propostas de emenda à Constituição¹⁸⁰. Deve-se ressaltar que as normas constitucionais originárias também não podem ser objeto de controle de constitucionalidade, tendo em vista a não adoção da teoria das normas constitucionais inconstitucionais¹⁸¹.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*)¹⁸²

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade está previsto detalhadamente na Lei 9.868/99¹⁸³. Em síntese, a petição inicial deverá indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido realizado e o pedido, sendo entendimento pacificado que o STF não está adstrito aos fundamentos invocados, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos previstos na petição inicial¹⁸⁴, identificando a ocorrência de

¹⁷⁷ “Assim, tem-se firmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela ‘ao controle de atos administrativos que tem objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque tem forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato’. Na mesma linha de orientação, afirma-se que ‘atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal’ (...) porquanto ‘a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo – para o controle normativo abstrato.’ (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 222)

¹⁷⁸ ADI 3619, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006.

¹⁷⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no livro *Curso de Direito Constitucional*, estabelecem um amplo rol de atos normativos passíveis de controle abstrato de constitucionalidade e, diferentemente da doutrina majoritária, incluem neste rol, os regimentos internos dos Tribunais Superiores, se considerado seu caráter autônomo e as Súmulas Vinculantes, tendo em vista o seu inequívoco caráter normativo.

¹⁸⁰ O Controle abstrato de normas pressupõe a existência formal da lei ou do ato normativo, o que não significa que ela deve estar em vigor para que o controle seja efetuado, é importante que esteja concluso o processo legislativo.

¹⁸¹ Para maiores detalhes: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica, 1977.

¹⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 753.

¹⁸³ “A Lei nº 9.868/99 é uma lei de ritos. Assim o proclama a sua ementa e o confirma seu art. 1º. Não obstante, ao estatuir regras sobre o processo e julgamento das ações que deflagram a judicatura constitucional, o referido diploma legislativo não pode ser tratado apenas como uma norma processual. Isto significa que a sua interpretação não pode ser apropriada pelos conceitos e princípios do Direito Processual Civil sem que se atente para a especificidade da matéria de que trata e dos fins a que se destina. A técnica processual deve servir como instrumento de realização, e não de frustração, dos superiores objetivos perseguidos pela jurisdição constitucional. Assim, toda inteligência da Lei nº 9868/99 está subordinada antes à Constituição e ao Direito Constitucional, do que aos domínios do processo civil.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 140)

¹⁸⁴ ADI 2396 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001.

agressão a outros dispositivos constitucionais. Prevalece o princípio da *causa petendi* aberta¹⁸⁵, sendo válida a transcrição de parte do voto-vista proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, na ADI 2.182¹⁸⁶ para o bom entendimento sobre a questão:

Assim, não custa repetir, na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta. O Tribunal fica vinculado apenas ao pedido formulado pelo requerente. E, ressalte-se também que até mesmo o princípio do pedido tem sido relativizado em alguns casos, nos quais o Tribunal declara a inconstitucionalidade de outras normas não constantes do pedido, por estarem elas imbricadas em um complexo normativo com as normas objeto da ação. Trata-se, nesses casos, da denominada declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento, que possui fundamento nas lições de Canotilho e Jorge Miranda.

Não é permitida a intervenção de terceiros, mas, como já ressaltado, a referida lei inseriu no sistema brasileiro a figura do *amicus curiae*, permitindo a manifestação de outros órgãos ou entidades em razão da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes.

De acordo com Paulo Roberto de Gouvêa Medina, a inserção do *amicus curiae* no direito brasileiro conjuga dois institutos do direito americano: o instituto do *amicus curiae brief* e o da *adequacy of representation*. Pelo primeiro, “permite-se que órgãos ou entidades ciosos do respeito à Constituição intervenham no processo com o objetivo de contribuir para a sua defesa, movidos, portanto, por um interesse político”¹⁸⁷. Quanto à segunda, “atenderá à representatividade dos postulantes em função da idoneidade e dos fins do órgão ou da entidade interveniente, não ficando esse exame adstrito à legitimidade ou não, para a propositura da ação direta”¹⁸⁸.

O art. 9º, §1º da Lei 9.868/99 trouxe a possibilidade de uma fase probatória para o processo da ADI, permitindo, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, que o

¹⁸⁵ De acordo com os ensinamentos de Barbosa Moreira, identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, qual o fundamento de sua pretensão? No caso das ações objetivas, a delimitação da causa de pedir é prejudicada, visto que o parâmetro de controle abrange a Constituição como um todo, não sendo possível que a Corte fique adstrita aos fundamentos da inicial. A própria ideia de bloco de constitucionalidade. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p.17).

¹⁸⁶ ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010.

¹⁸⁷ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual constitucional*. 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2012. p. 90.

¹⁸⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual constitucional*. 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2012. p. 91.

relator requisite informações adicionais, designe perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixe data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A referida lei também regula a medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, já permitida na Constituição¹⁸⁹. A medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, salvo em caso de excepcional urgência, onde o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a mesma. De acordo com jurisprudência consolidada, são requisitos para a medida cautelar: o *fumus boni iuris*; o *periculum in mora*; a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos atos impugnados; e a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

A decisão em medida cautelar terá eficácia contra todos e efeito *ex nunc*, sendo possível que o Tribunal conceda eficácia retroativa¹⁹⁰. Também é possível que o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeta o processo diretamente ao Tribunal, após a prestação das informações e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

A decisão final da ação direta de inconstitucionalidade tem natureza declaratória, e reconhecerá a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, com eficácia contra todos¹⁹¹ e efeitos vinculantes¹⁹² em relação aos órgãos do Poder Judiciário, e à Administração Pública Federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º, CRFB/88. A decisão é irrecorrível,

¹⁸⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

¹⁹⁰ Lei 9.868/99: Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

¹⁹¹ Ver também: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

¹⁹² Deve-se destacar que a vinculatividade das decisões em sede de controle abstrato foi garantida, inicialmente, por meio de lei, visto que o texto constitucional, até a EC n. 45/2004, não atribuía, expressamente, à ação direta de inconstitucionalidade, efeitos vinculantes, só o fazia para a ação declaratória de constitucionalidade. Contudo, em razão da semelhança entre as duas ações abstratas, consignou-se o entendimento de que também para a declaração de inconstitucionalidade poderia ser aplicado os efeitos vinculantes, o que mais tarde viria a estar expresso na própria constituição.

cabendo apenas embargos de declaração, e gera efeitos retroativos, *ex tunc*, sendo possível, a modulação de efeitos, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99¹⁹³.

Conforme os ensinamentos de Luis Roberto Barroso¹⁹⁴, o dispositivo permite que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, pessoas que sofreriam ônus excessivos ou insuportáveis; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) fixe apenas para momento posterior o início de produção dos efeitos da decisão.

Gustavo Binimbojm assim disserta sobre o tema:

Os conceitos e institutos jurídicos são criados para conformar a realidade; em inúmeras situações, todavia, os fatos derrotam as normas, obrigando o jurista a reavaliar suas noções teóricas, de modo a adequá-las às novas necessidades e aspirações sociais. A flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é uma dessas imposições da experiência à lógica jurídica. Inobstante, como mitigação do princípio da constitucionalidade em determinado lapso de tempo, deve ser encarada como medida excepcional – jamais como regra -, utilizável apenas para a preservação de outros valores e princípios constitucionais que seriam colocados em risco pela pronúncia da nulidade da lei inconstitucional.¹⁹⁵

A modulação de efeitos¹⁹⁶ é um mecanismo importante para países que adotam a teoria da nulidade¹⁹⁷ das normas declaradas inconstitucionais, como o Brasil, protegendo

¹⁹³ Lei 9.868/99: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 233.

¹⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 222.

¹⁹⁶ André Ramos Tavares faz uma análise importante sobre o tema: “Na medida em que se concebe a eficácia prospectiva como poder para suspender temporalmente a eficácia do princípio da supremacia constitucional, evidentemente que a atividade não pode considerar meramente legislativa. Se a permissão encontra-se constitucionalmente explicitada, haveria de se questionar acerca da própria rigidez da Constituição por franquear que o Tribunal Constitucional a altere, em seus comandos, ainda que essa alteração seja restrita no tempo. Se não há permissão constitucional explícita, pode-se entender que, salvo proibição expressa, cumpre ao Tribunal Constitucional avaliar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Esse poder acaba por fazer do Tribunal mais do que curador, um verdadeiro ‘senhor’ da Constituição.” (TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional*. Disponível em: http://www.dcfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_7.pdf. Acesso: 09/11/2015)

¹⁹⁷ A modulação de efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade relativiza a ideia firmada de que uma norma inconstitucional é nula desde a origem, permitindo uma verdadeira ponderação a luz de princípios como a proporcionalidade. Assim expõe Daniel Sarmento: “Assim, entendemos que o princípio da proporcionalidade autoriza uma restrição à eficácia *extunc* da decisão proferida no controle de constitucionalidade, sempre que esta decisão: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (b) não houver solução menos gravosa para proteger o referido interesse, e (c) o benefício logrado com a restrição à eficácia retroativa da decisão compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse que seria integralmente prestigiado, caso a decisão surtisse seus efeitos naturais. (...) Assim, quando a atribuição de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade acarretar grave lesão a outros interesses tutelados pela Lei Fundamental, pode o Judiciário restringir tais efeitos valendo-se do princípio da proporcionalidade”

direitos e ponderando valores, o que esboça, mais uma vez, um desenvolvimento contínuo do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

2.4.1.2. A ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi disciplinada pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993. Criou-se assim um novo mecanismo para o reconhecimento da compatibilidade de determinada norma infraconstitucional com a Constituição, objetivando uma orientação homogênea sobre a matéria levada à apreciação. Em linhas gerais, a ação declaratória de constitucionalidade não trouxe grandes inovações para o direito brasileiro, se pautando na estrutura prevista para a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória é uma modalidade de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, também julgada com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, a, CRFB/88, cujo objeto é a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹⁹⁸. De forma semelhante à ação direta de inconstitucionalidade, seus legitimados ativos também são aqueles previstos no art. 103, CRFB/88, seguindo as mesmas exigências sobre pertinência temática e capacidade postulatória. Quanto à legitimação passiva, a rigor, ela inexistente e não haverá atuação do Advogado-Geral da União, assentando-se a manifestação do Procurador-Geral da República.

A lei 9.868/99 também regulamenta os procedimentos da ação declaratória de constitucionalidade, mantendo a mesma estrutura exigida para a ação direta de inconstitucionalidade. Basicamente, deverá ser apresentada petição inicial com a indicação do dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido, com suas especificações e, como pressuposto para o cabimento da ação, a existência de controvérsia judicial relevante¹⁹⁹ sobre a aplicação do objeto da ação declaratória.

(SARMENTO, Daniel. *Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade (o Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses)* das Leis. Revista de Direito Administrativo nº 212, abril/junho de 1998. p. 38/39. *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 223-224)

¹⁹⁸ Neste ponto, importa ressaltar que há entendimento relevante, no sentido de ser possível que o legislador constituinte-reformador estadual crie, por emenda constitucional, uma ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição do Estado, assim como ocorre com a representação de inconstitucionalidade prevista, expressamente, pela Constituição de 1988. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/contr_const_dir_mun_est.htm. Acesso: 22/05/2015.

¹⁹⁹ “A própria lei exige, como condição da ação, a “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”. E o STF tem seguido sistematicamente a exigência legal da existência de controvérsia judicial, isto é, que exista uma elevada incidência de decisões consagrando teses

Não será admitida desistência da ação e também não será cabível a intervenção de terceiros, existindo algumas controvérsias acerca da participação do *amicuscuriae*, tendo em vista que a lei não trata expressamente desta possibilidade, porém, há entendimento doutrinário a seu favor²⁰⁰.

Quanto à medida cautelar, não há previsão constitucional no sentido de cabimento de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, apenas previsão legal (art. 21 da Lei 9.868/99). De acordo com o dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, determinando que juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo, que deverá se verificar no prazo de 180 dias. Esta decisão terá eficácia *erga omnes*, efeito vinculante, e não retroativos, existindo casos em que foi garantida eficácia *ex tunc*²⁰¹.

A decisão final da ação declaratória de constitucionalidade reconhecerá a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, com eficácia contra todos e efeitos vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, e à Administração Pública Federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º, CRFB/88 e art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99²⁰².

conflitantes, capazes de gerar um estado de insegurança jurídica. Em outras palavras, a ação declaratória de constitucionalidade somente pode ser utilizada quando a controvérsia constitucional já estiver instalada no âmbito do controle difuso, não se prestando a que qualquer autoridade, de forma preventiva e sem qualquer tipo de discussão, tente impor à sociedade seu ponto de vista (que, diga-se de passagem, sempre dependerá da decisão final do STF)” (BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba, Juruá, 2014. p. 42-43)

²⁰⁰“Tendo em vista a natureza idêntica das ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, não parece razoável qualquer conclusão que elimine o direito de manifestação na ADC. O perfil objetivo desse processo recomenda igualmente a adoção do instituto apto a conferir caráter plural e aberto a esse processo. Assim, a despeito do veto nas disposições constantes do art. 18 da Lei n. 9.868 de 1999, é de considerar aplicável à ADC a regra do art. 7º, §2º, da Lei n. 9868, que admite o direito de manifestação de entidades representativas na ação direta de inconstitucionalidade”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276). Entendimento semelhante pode ser encontrado também em: DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 250.

²⁰¹ ADC 9 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2001; ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006.

²⁰² Lei 9.868/99: Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Nesta seara, vale registrar a importante posição de Gilmar Mendes no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade, nada mais seria do que uma ação indireta de inconstitucionalidade com sinais trocados, isto é, haveria um caráter dúplice ou ambivalente²⁰³ na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade em que, proclamada a constitucionalidade, improcedente será a ação direta, e proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta. Lenio Streck, em contrapartida, constata não ser pacífica no direito comparado, a ideia de que essas ações seriam faces da mesma moeda e completa:

Não há como aceitar a possibilidade de que a rejeição da decisão em ação direta de inconstitucionalidade tenha o condão de se transformar em ação declaratória, com os efeitos (vinculantes) desta. Tão séria é a questão, que a comunidade jurídica brasileira deveria, além de não aceitar o efeito vinculante de decisões de rejeição em sede de ADin e o efeito vinculante às decisões com fundamento na interpretação conforme, (re) discutir o problema da constitucionalidade da própria ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Isto porque, se uma ação é o reverso da outra, porque a necessidade da criação da ação declaratória?²⁰⁴

Quanto à reapreciação da constitucionalidade de lei já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já visto, há entendimento pacificado no sentido de ser possível. Gilmar Mendes ressalta que a decisão que declara a constitucionalidade de determinada norma contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que “as alterações posteriores, que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anterior considerada legítima”.²⁰⁵

Por fim a decisão em sede de ADC é irrecorrível, cabendo apenas embargos declaratórios. Caso reconhecida a constitucionalidade da norma, em princípio, não haverá efeitos retroativos e também não será aplicada a modulação de efeitos²⁰⁶.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 118.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 607-608. *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 414.

²⁰⁶ “É possível especular que em uma hipótese na qual haja ocorrido ampla controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo – com sua inaplicação em larga escala – se possa estabelecer uma eficácia puramente prospectiva da decisão ou de algum outro modo restringir seus efeitos, com base na mesmo tipo de raciocínio ponderativo previsto naquela norma, levando-se em conta a segurança jurídica ou excepcional interesse social.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.)

2.4.1.3. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Considerando o processo histórico constitucional brasileiro, desde a primeira Constituição, em 1824, até a Carta de 69, que precedeu a Constituição Cidadã de 1988, os preceitos constitucionais eram destituídos de normatividade, eram ausentes de concretude e imperatividade, o que legitimava, de certa forma, as muitas omissões no ordenamento jurídico, pois, ainda que as Constituições assegurassem direitos, estes precisavam da lei para ser cumpridos e efetivados e, na grande maioria das vezes, elas não eram promulgadas, dando ensejo a omissões quase que legitimadas pelo próprio sistema.

Esta realidade mudou com a promulgação da Constituição da República de 1988, que, em razão de sua força normativa, impôs a observância de seus comandos, tornando inaceitáveis omissões legislativas relacionadas aos direitos constitucionalmente garantidos. Desta forma, as chamadas omissões inconstitucionais passaram a ser encaradas como vícios gravíssimos ao ordenamento jurídico, sendo importante a adoção de meios capazes de saná-las.

Isto é, a reiterada falta de respeito ao dever do legislar pode levar a uma espécie de descumprimento tolerado ou condescendente dos termos da Constituição fixados pelo poder constituinte originário. Uma situação que pode agravar-se em função da incorporação pelo texto constitucional de inúmeros preceitos que exigem a atuação do Poder Público, com o objetivo de dar suporte ao Estado de bem-estar, a direitos sociais que dependam de uma integração normativa e, por conseguinte, da atuação do legislador em tempo razoável. Esta necessidade se faz sentir de forma ainda mais contundente quando está em jogo a normatividade de um valor constitucional, dado o grau de abstração que este supõe. E, por isso, a importância da feitura de leis capazes de reduzir a relatividade axiológica, a fim de que os valores superiores não se percam em sua vagueza e polissemia, isto é, que sua reduzida força semântica não diminua sua força normativa.²⁰⁷

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão se caracteriza pela inércia ilegítima do poder público, e esta ocorre quando ele deveria atuar, em razão do mandamento constitucional, mas não o faz por inércia absoluta ou por uma atuação ineficiente ou parcial. Partindo-se da importância do legislador nesta seara, haverá omissão total, quando o legislativo, convocado constitucionalmente para agir, se abstém por completo, e haverá omissão parcial, quando ineficiente a atuação legislativa à luz do pretendido pela Constituição ou quando um ato normativo garantir a apenas uma categoria de pessoas determinado benefício, excluindo outras que também deveriam ser contempladas.

²⁰⁷ BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba, Juruá, 2014. p. 212.

Estas omissões podem ser questionadas tanto por mandado de injunção quanto pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão e é na forma como elas serão solucionadas que as diferenças entre as duas ações se evidenciam. O mandado de injunção²⁰⁸, como ação subjetiva, tem a função de tutelar as omissões em casos concretos, se adequando às características do controle difuso de constitucionalidade, em contrapartida, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁰⁹ seguirá os procedimentos do controle concentrado de constitucionalidade, sendo processada e julgada com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal.

O mandado de injunção ainda não foi regulamentado por lei, o que obrigou ao próprio STF fazê-lo. Durante muito tempo, o Tribunal garantiu um tratamento muito semelhante ao dado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que acabou por esvaziar o instituto. Todavia, esta visão um tanto simplista da Suprema Corte, foi se transformando nos últimos anos e as decisões em sede de mandado de injunção deixaram de simplesmente identificar a morosidade do legislativo, passando a concretizar direitos, possuindo, em alguns casos, efeitos *erga omnes*.

Esta nova postura diante das decisões em sede de mandado de injunção teve os seus primeiros indícios nos julgamentos dos Mandados de Injunção n. 283²¹⁰, 232²¹¹ e 284²¹² e, recentemente, o STF reafirmou a posição concretista deste remédio constitucional nos mandados de injunção n. 670²¹³, 708²¹⁴ e 712²¹⁵, referente à aplicação analógica da lei que regula o direito de greve dos empregados da iniciativa privada aos servidores públicos.

No que tange a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seu objeto é a omissão inconstitucional dos órgãos competentes para a concretização da Constituição, incluindo as atividades do Legislativo e também as atividades administrativas, entre estas,

²⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXI. conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

²⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²¹⁰ MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991.

²¹¹ MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991.

²¹² MI 284, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992.

²¹³ MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

²¹⁴ MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

²¹⁵ MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

atos administrativos referentes ao poder regulamentar²¹⁶ e atos administrativos de índole não normativa.

Assim como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também será processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal e os legitimados para a sua propositura também são os mesmos das referidas ações, definidos no rol do art. 103, CRFB/88. Estes legitimados, assim como nos demais casos, devem seguir as mesmas regras referentes à capacidade postulatória e pertinência temática e são considerados legitimados extraordinários²¹⁷, visto que sua atuação não se dá em defesa de direito próprio, mas sim no interesse geral.

O Advogado-Geral da União poderá participar, sendo provável que haja a dispensa da sua participação nos casos de omissão total²¹⁸, já nos casos de omissão parcial, o entendimento predominante é no sentido de que sua participação é necessária. O Procurador-Geral da República²¹⁹ também terá vistas dos autos nas ações em que não for autor. Não será admitida desistência, não sendo cabível a intervenção de terceiros, mas sendo possível a participação do *amicus curiae*, de acordo com doutrina dominante²²⁰.

A medida cautelar, dotada de efeitos vinculante e eficácia *erga omnes*, tem seu procedimento previsto no art. 12-F da Lei 9.868/99. De acordo com a lei, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de

²¹⁶ “É possível que a omissão de ato ou providência administrativa mais relevante, nesse âmbito, se refira ao exercício do poder regulamentar. Não raras vezes fixa a lei prazo para a edição de ato regulamentar, fixando uma *conditio* para a sua execução. Nesse caso, cumpre ao Executivo diligenciar a regulamentação no prazo estabelecido ou, se julgá-lo exíguo, postular na Justiça contra a violação do seu direito-função. A sua omissão não tem o condão de paralisar a eficácia do comando legal, devendo ser entendido que, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1165)

²¹⁷ A legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação e está expressa no art. 6º do CPC/73 que assim expõe: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por Lei”. Assim, em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular de um direito, ressalvada a denominada legitimação extraordinária. “Há certas situações em que o direito permite a uma pessoa o ingresso em juízo, em nome próprio e, portanto, não como mero representante, pois este age em nome do representado, na defesa de direito alheio”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013. p. 290)

²¹⁸ Lei 9.868/99: Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei. § 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

²¹⁹ Lei 9.868/99: Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei. § 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2013; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*, 2010.

seus membros, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

A decisão final terá eficácia contra todos e efeitos vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, e à Administração Pública Federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º, CRFB/88 e art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99. A decisão é irrecurável, cabendo apenas embargos declaratórios e não terão efeitos retroativos, em regra, tendo em vista a sistemática diferenciada da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Assim, só a partir da data da declaração de inconstitucionalidade por omissão é que se sentirão os efeitos de tal decisão. Só a partir dessa data é que haverá a mudança de estado jurídico, isto é, só após a consideração do Supremo Tribunal Federal, através de um juízo de razoabilidade do tempo para emissão do ato ou da atuação do órgão competente, de que tal inércia ou omissão é violadora das normas constitucionais, é que se sentirão os efeitos de tal declaração, projetando-se para o futuro, embora nosso sistema jurídico se resume apenas ao ato de dar ciência ao poder competente e à determinação de prazo para a atuação do órgão administrativo.²²¹

José Afonso da Silva, de forma minoritária, chama a atenção para a natureza mandamental da decisão em sede de controle de constitucionalidade por omissão e, de acordo com seus ensinamentos, ela não possuiria efeitos *erga omnes*, tendo em vista que seria dirigida diretamente a um Poder.

Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas não é meramente declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário.²²²

Assim que declarada a omissão inconstitucional, será dada ciência ao poder competente para as providências necessárias, sendo que, em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias, ou em

²²¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 376.

²²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 58.

prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (art. 12-H, Lei 9868/99).

Deve-se ressaltar por fim, que embora o STF ainda adote uma postura mais contida no que tange as declarações de omissões inconstitucionais em ação direta, reconhecendo apenas a mora e notificando os órgãos responsáveis para as providências necessárias, a nova postura adotada nas decisões em Mandado de Injunção, esboça um sinal de mudança de concepção da própria Corte diante das omissões inconstitucionais, o que pode ensejar mudanças em sede do controle abstrato.

2.4.1.4. A arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi inserida no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1988²²³, mas apenas recebeu regulamentação e aplicação onze anos depois, com a Lei 9.882/99. Somada ao complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a Lei 9.882/99 reforça a tendência de valorização da jurisdição constitucional abstrata no Brasil.

Assim sintetiza Gilmar Ferreira Mendes:

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.²²⁴

A ADPF²²⁵ pode ser classificada em duas espécies: a autônoma, extraída do art. 1º, caput, da lei 9.882/99, e a incidental, com previsão no art. 1º, parágrafo único, I do mesmo

²²³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *A arguição de preceito fundamental*. Revista Consulex, v.4, n.42, 2000.

²²⁵ Lei 9.882/99: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I -

diploma legal. A autônoma tem como pressupostos a existência de ameaça ou violação a preceito fundamental²²⁶, um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la e a inexistência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade, ou seja, a ação de descumprimento de preceito fundamental autônoma tem caráter subsidiário²²⁷.

A incidental, diferentemente, não tem natureza de ação abstrata, ela pressupõe a existência de um litígio, de uma demanda concreta submetida ao Poder Judiciário, e exige como requisitos, a subsidiariedade, a ameaça ou lesão a direito fundamental, controvérsia constitucional e, por fim, que se trate de uma lei ou ato normativo, e não qualquer ato do Poder Público. Em verdade, a ADPF incidental não possui grande aderência, tendo em vista as hipóteses mais amplas de cabimento da ADPF autônoma, e por isso, nesta breve exposição sobre as ações utilizadas para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade, será esta analisada com maiores detalhes.

Quanto aos legitimados ativos, também constantes no rol do art. 103, CRFB/88 e com as mesmas especificidades no que diz respeito à pertinência temática e a capacidade postulatória, são partes apenas em sentido formal, assim como nas demais ações objetivas, visto que não atuam em defesa de interesse próprio, mas sim em razão do interesse geral. No tocante aos legitimados passivos, caberá ao órgão ou agente responsável pela violação do preceito fundamental, a prestação de informações, assim como ocorre os processos em jurisdição abstrata.

O objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, sendo que a ADPF autônoma inclui um rol bastante extenso de atos que podem ser objeto do pedido. Entre eles podem ser listados: os atos do Poder Público, de natureza normativa, administrativa e judicial, e os atos privados; os atos normativos, dotados de generalidade, abstração e

quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

²²⁶ “A locução preceito fundamental está inclusa nos chamados conceitos jurídicos indeterminados, permitindo uma margem de liberdade para a sua caracterização, o que gera muitas preocupações quanto à possível banalização da utilização da ADPF, transformando-a em mais uma via para a discussão de controvérsias constitucionais, sem especificidades fundamentais para sua diferenciação. É possível definir como preceitos fundamentais “os princípios e regras da Constituição indispensáveis à caracterização e existência do ente estatal, notadamente as relativas aos seus princípios fundamentais, à sua estrutura, forma de Estado e de governo, regime político, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e fixação de sua competências, cláusulas pétreas, além dos direitos e garantias fundamentais.” (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 271)

²²⁷ Cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, não será possível a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por outro lado, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional, é possível a utilização da ADPF. Deve-se esclarecer que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não constitui óbice para a utilização da ADPF, ao contrário, por ser uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, sua utilização tende a solver de forma definitiva a controvérsia.

obrigatoriedade, nos âmbitos federal, estadual e municipal; os atos legislativos em fase de formação, como a proposta de emenda constitucional e projeto de lei; o Direito pré-constitucional; os atos infralegais²²⁸; norma revogada²²⁹.

Quanto ao procedimento, este é regido pela Lei n. 9.882/99 com aplicação subsidiária da Lei 9.868/99. Assim, a petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, com suas especificações, e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (art. 3º, Lei 9882/99).

Não há exigência quando a participação do Advogado-Geral da União, sendo possível, caso o relator assim entenda oportuno, a possibilidade de sua participação em sede de liminar. A participação do Procurador-Geral da República somente será obrigatória nas arguições que não forem por ele formuladas. Não é possível a intervenção de terceiros, sendo facultada, ao relator, a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram.

Será deferida a liminar na ADPF por decisão de maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, Lei 9882/99) e, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave e em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. A lei não prevê prazo de vigência para a cautelar deferida em

²²⁸ “Jurisprudência antiga e constante do STF rejeita o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários, como são os regulamentos, resoluções, instruções, portarias e outros. Tais atos não podem inovar na ordem jurídica, estando subordinados às leis que legitimam sua expedição. A lógica seguida pelo Tribunal é a de que ou a lei na qual se baseia o ato é inconstitucional – e, nesse caso, deveria ser ela, como ato normativo primário, o objeto da ação – ou o conteúdo do ato regulamentar afastou-se dos limites autorizados pela lei, configurando hipótese de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.” (BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 329)

²²⁹ EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o , CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). (...) 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). (...) 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. (...) (ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005) – *grifos nossos*.

ADPF, mas há o entendimento jurisprudencial²³⁰ de que o prazo razoável seria o de 180 dias, previsto no art. 21 da Lei 9868/99.

A decisão final irrecorrível sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, sendo a deliberação tomada por maioria simples (art. 8º, Lei 9.882/99). Ela terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, como próprio ao exercício da jurisdição constitucional abstrata (art. 10, §3º, Lei 9.882/99) e também produzirá efeitos *ex tunc*, sendo expressamente possibilitada a modulação de efeitos (art. 11, Lei 9.882/99²³¹).

2.4.2. O controle concreto e difuso de constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal exerce com exclusividade o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no sistema brasileiro. Como analisado, esta competência se coaduna com sua função precípua de guardião da Constituição e expressa sua natureza de Tribunal Constitucional. Porém, como os demais órgãos do poder judiciário, o STF também é demandado a resolver conflitos de interesse em casos concretos, ora exercendo sua competência originária, ora sua competência recursal.

Nestes casos, a Suprema Corte também realiza o controle de constitucionalidade, mas em sua vertente incidental, difusa e concreta, nos mesmos moldes do controle exercido pelos juízes e tribunais quando da análise do caso concreto. Inclusive, a regra especial da reserva de plenário, apesar de um tanto diferenciada, por não haver claramente a cisão funcional de competência, deverá ser aplicada à Suprema Corte, seguindo procedimento determinado pelo seu Regimento Interno²³². Em suma, a arguição de inconstitucionalidade

²³⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 - LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATICAMENTE CONCEDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO. 1. Em que pese a ressalva do relator quanto à multifuncionalidade da ADPF e seu caráter subsidiário, há reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade do instituto. 5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. 6. Medida liminar parcialmente deferida. (ADPF 130 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008) – *grifos nossos*.

²³¹ Lei 9.882/99: Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

²³² Regimento Interno do STF: Art. 176. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade

deverá ser submetida ao plenário por uma das turmas, e após decidir a prejudicial de inconstitucionalidade, o próprio plenário julgará diretamente a causa, respeitando o quórum de maioria absoluta.

A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade terá efeitos limitados às partes do processo e, declarada a inconstitucionalidade, eficácia retroativa, sendo possível a expansão destes efeitos, através da atuação do Senado Federal que, conforme art. 52, X, CRFB/88, poderá suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais tal como *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência de nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* mediante intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidades proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Este instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967 (art. 42, VII) e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto.²³³

Analisando os *números*²³⁴ do Supremo Tribunal Federal é perceptível que é através do julgamento dos Recursos Extraordinários, que a Suprema Corte brasileira realiza, com expressividade, o controle incidental de constitucionalidade. Ainda que existam outras vias processuais, como pode ser notado no amplo rol de competências originárias previstas no art. 102, CRFB/88, entre elas o julgamento de mandado de segurança, mandado de injunção,

com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral. § 1º Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral. § 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

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

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

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 360.

²³⁴ O Supremo Tribunal Federal tem, em seu acervo atual, um total de 38.623 (trinta e oito mil e seiscentos e vinte e três) processos classificados como “classe recursal” e, dentre estes, 3.514 (três mil e quinhentos e catorze) são agravos de instrumento, 20.374 (vinte mil e trezentos e setenta e quatro) são agravos em recursos extraordinários e 14.735 (catorze mil e setecentos e trinta e cinco) são recursos extraordinários. Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso: 27/05/2015.

habeas corpus, conflitos de competência, revisões criminais e outros, é em sede de recurso extraordinário que a análise constitucional é exigida como cabimento para o próprio recurso.

O recurso extraordinário apenas é cabível se houver indício de violação direta à Constituição e, justamente por isso, ele representa de forma evidente o controle incidental, difuso e concreto de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, sendo importante uma análise pormenorizada do seu procedimento, para a compreensão do próprio controle incidental de constitucionalidade exercido pelo STF.

2.4.2.1. O Recurso Extraordinário

O recurso extraordinário, introduzido na ordem constitucional republicana, tem como fundamental função garantir a supremacia da Constituição. E é através dele que se torna possível o acesso a Suprema Corte por um cidadão comum. O art. 102, III, da CRFB/88 expõe que competirá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal²³⁵.

O recurso extraordinário será cabível em face das causas decididas em única ou última instância, sem a exigência de que se trate de decisões de mérito, logo, ele será cabível para a impugnação de qualquer decisão definitiva, ainda que terminativa ou interlocutória, desde que atendidos os demais requisitos. Ademais, conforme esclarece Paulo Roberto de Figueiredo Dantas²³⁶, por não exigir que a decisão recorrida tenha sido proferida por algum tribunal, a Constituição permite que também haja interposição desse recurso em face de decisões de juízes de primeira instância, na hipótese de recurso contra decisão das Turmas Recursais, perante Juizados Especiais.

A admissibilidade do recurso extraordinário será apreciada, inicialmente, no órgão jurisdicional de origem, onde será verificada a configuração de algumas das hipóteses constitucionais de cabimento e o atendimento a requisitos formais. Da decisão que negar seguimento ao recurso, caberá agravo para o próprio STF, responsável pelo juízo definitivo

²³⁵ Esta é a única hipótese de cabimento do recurso extraordinário em que a violação à Constituição não é explícita, entretanto, como é a Constituição da República que disciplina a competência legislativa dos entes federativos, o cabimento do STF se justifica, mais uma vez, pela violação às normas constitucionais.

²³⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 185.

sobre a admissibilidade, sendo possível, inclusive, que este negue seguimento ao recurso, ainda que aceito originalmente pelo órgão jurisdicional de origem.

Importa frisar que o recurso extraordinário não deve ser considerado como uma terceira instância, não sendo cabível rediscussão de matéria fática, cuidando somente da reapreciação de questões de direito já prequestionadas, conforme súmula 282/STF²³⁷. Destaca-se pequeno e expressivo trecho citado por Scarpinella Bueno, sobre a dificuldade em se conceituar o prequestionamento:

Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate.²³⁸

Além dele, a Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu o parágrafo 3º ao art.102 da Constituição, instituindo o peculiar requisito da repercussão geral. A repercussão geral foi inserida no processo constitucional brasileiro com o objetivo de resgatar a verdadeira função do recurso extraordinário, tentando assim diminuir o número excessivo²³⁹ de recursos que chegavam a Suprema Corte com função meramente protelatória, sem de fato existir ofensa direta à Constituição. No mais, a inserção do instituto da repercussão geral procurou concentrar os debates em torno de temas fundamentais, evitando o desgaste em questões menores, em grande parte das vezes, repetitivas.

A lei n. 11.418/2006 alterou o Código de Processo Civil de 1973²⁴⁰ disciplinando a questão da repercussão geral, definindo seu conceito, a forma como deverá ser demonstrada, a

²³⁷ Súmula 282/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

²³⁸ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento em Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 245/257. apud BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível:<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>. Acesso: 29/05/2015.

²³⁹ Ela faz parte da chamada jurisprudência defensiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal em uma tentativa de barrar o processamento de inúmeros recursos. Neste sentido, também pode-se citar as Súmulas 280, 281, 282, 283, 284, 288, 291, 400, entre outras.

²⁴⁰ O novo código de processo civil de 2015 também fez referência à repercussão geral, em seu art. 1035. O artigo trouxe mais detalhes sobre a sua verificação pelo Supremo Tribunal Federal, sem grandes mudanças.

competência e momento para a sua verificação. De acordo com o art. 543-A²⁴¹, a repercussão geral é pressuposto especial de admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo considerado para seu efeito, as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, sendo necessário, portanto, a análise do caso concreto para a sua verificação.

A presunção absoluta de repercussão geral ocorre sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, o que reforça a força das decisões do STF, não somente quando incluídas no rol das súmulas vinculantes, como também nos enunciados de súmulas não-vinculantes e da jurisprudência dominante não sumulada. Sobre este tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha fazem uma importante ressalva:

A circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta, necessariamente, a existência de repercussão geral, o que evita o temido engessamento da jurisprudência e contribui para a constante revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências social, políticas, econômicas ou jurídicas, sobretudo porque o STF adota a chamada interpretação concreta do texto constitucional a que aludem autores do porte de Friedrich Muller e Konrad Hesse, de sorte que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com o contexto do momento.²⁴²

Em relação ao procedimento de verificação da repercussão geral, caberá ao relator do recurso extraordinário a primeira análise sobre a existência ou não de repercussão geral. Comumente o recurso extraordinário é julgado por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, formadas por cinco Ministros, sendo assim também a repercussão geral.

Caso quatro Ministros da Turma entenderem pela repercussão geral, a matéria não será remetida ao Plenário, e a própria Turma continuará o julgamento dos demais requisitos

²⁴¹ Código de Processo Civil de 1973: Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

²⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. p. 348.

do recurso e depois o julgamento do próprio mérito. Se a Turma negar a existência da repercussão geral ou a afirmar por menos de quatro dos seus Ministros, a questão deverá ser remetida ao Plenário, que poderá, por deliberação de oito Ministros (dois terços dos membros), entender pela não admissibilidade do recurso por ausência de repercussão geral. Negada a existência da repercussão geral pelo plenário, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, formando-se, nestes casos, as chamadas decisões paradigmas.

De acordo com o art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁴³, quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, para que seja aberta a votação. Este procedimento é denominado Plenário Virtual, em que os Ministros dispõem do prazo de 20 dias para se pronunciarem sobre a questão. Nos casos em que o Relator rejeita a repercussão geral, a ausência de manifestação dos demais, corresponde à concordância com a rejeição.

A lei n. 11.418 também instituiu a chamada *repercussão geral por amostragem*²⁴⁴, definida no art.543-B, do CPC/73²⁴⁵. Ela ocorre quando for verificada a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, cabendo ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da questão para encaminhá-los a Suprema Corte, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da corte. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente

²⁴³ Regimento Interno do STF: Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. § 1º Nos processos em que o Presidente atuar como Relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito. § 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

²⁴⁴ O novo Código de Processo Civil de 2015 traz em seus arts. 1036 a 1041 o procedimento para os recursos em matéria repetitiva. As mudanças trazidas pelo novo código foram pontuais, mas importantes, tendo em vista que detalhou o procedimento e sanou algumas omissões deixadas no código de 73.

²⁴⁵ Código de Processo Civil de 1973: Art. 543-B Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

inadmitidos, havendo, portanto, certa vinculação, ainda que em controle difuso e incidental de constitucionalidade, da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo a repercussão geral reconhecida e sendo julgado o mérito do recurso extraordinário representativo, compete a Presidência do tribunal *a quo* reexaminar os pressupostos de admissibilidade dos recursos que estavam sobrestados. Proferido novo juízo de admissibilidade nos recursos sobrestados, seus autos serão remetidos aos respectivos órgãos do tribunal *a quo* (Câmara, Turma, Seção, Pleno, Órgão Especial), que poderão retratar-se da decisão que deu ensejo ao recurso extraordinário, conformando a decisão ao entendimento do STF, ou poderão manter o acórdão, podendo o Supremo Tribunal Federal, nestes casos, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

É perceptível que o instituto da repercussão geral, por reformular o recurso extraordinário, trouxe mudanças significativas para o controle incidental de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e, em razão delas, alguns autores defendem, atualmente, a ocorrência de um verdadeiro processo de objetivação do recurso extraordinário, como bem alerta Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha:

É possível concluir sem receio, que o incidente para apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis.²⁴⁶

Sem dúvidas, muitas controvérsias permeiam esta nova estrutura do recurso extraordinário e, por consequência, do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, o que será apreciado detalhadamente em momento oportuno.

2.4.2.2. Os efeitos da decisão e o papel do Senado Federal - Art. 52, X, CRFB/88

Os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, tal como qualquer decisão relacionada a controle incidental de constitucionalidade, produz eficácia *inter partes*. O Senado Federal, contudo, poderá suspender a execução do ato normativo em questão, garantindo a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, eficácia *erga omnes*, conforme art. 52, X, da Constituição da

²⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. p. 356.

República de 1988, cujo procedimento está disciplinado nos arts. 386, 387 e 388 do Regimento Interno do Senado Federal.²⁴⁷

Esta outorga garantida ao Senado Federal tem enfrentado alguns questionamentos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Entre eles, discute-se sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado, sobre a dimensão dessa eficácia ampla (efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*) e sobre o significado da expressão “no todo ou em parte” do artigo constitucional em referência.

Em relação à vinculação ou à discricionariedade do ato praticado pelo Senado, a doutrina dominante defende que a atuação do Senado se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade, sendo ato discricionário. Desta feita, ao Senado Federal não cabe revogar o ato declarado inconstitucional, cuida-se, em verdade, de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Não há obrigatoriedade na expedição do ato de suspensão, não configurando omissão ou qualquer infração a princípio de ordem constitucional²⁴⁸.

O Senado Federal dispõe, no caso da suspensão da execução, de uma competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A Competência do Senado “consiste em atividade discricionária” de natureza política. Cuida-se, a resolução suspensiva, de “ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida ao caso concreto. Ao Senado “cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico”. Não está ele obrigado a editar a resolução suspensiva. Tem-se hoje como certo, estando portanto praticamente esgotada a polêmica travada pela doutrina a respeito da questão que o “Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”²⁴⁹

²⁴⁷ Regimento Interno do Senado Federal: Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

²⁴⁸ Deve-se frisar que, de acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, justamente pelo Senado não estar obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo STF, não teria problemas em o Tribunal rever sua orientação firmada, assim, a suspensão superveniente não produziria consequência juridicamente relevante. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1090.).

²⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 121-122.

Todavia, há quem entenda que esta discricionariedade carece de fundamentação, tratando-se, assim, de ato vinculado. Conforme entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a suspensão não é posta ao critério do Senado Federal, ela é obrigatória, do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico²⁵⁰.

Também existem questionamentos sobre os efeitos dessa suspensão, ou seja, se ela produziria efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. De acordo com o entendimento do STF, a suspensão de lei declarada inconstitucional realizada pelo Senado Federal produziria efeitos *ex tunc*. José Afonso da Silva e uma parte minoritária da doutrina²⁵¹, diferentemente, entendem que os efeitos da suspensão do ato normativo pelo Senado são *ex nunc*, ou seja, somente a partir da conclusão legislativa é que a norma perderia aptidão para criar direitos ou impor obrigações.

No que tange ao *caso concreto*, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.²⁵²

O significado da expressão “no todo ou em parte” também não é unânime. Alguns autores, como Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁵³, entendem que a extensão da suspensão da eficácia da lei ou ato normativo pelo Senado Federal estará estritamente vinculada à extensão da decisão do STF, já outros, como Paulo Roberto de Figueiredo Dantas²⁵⁴ e Michel Temer²⁵⁵, entendem que deve ser garantida a independência funcional do Senado.

Ainda nesta seara, Manoel Jorge e Silva Neto defende um posicionamento híbrido:

Sobre a indagação pertinente à amplitude da medida da Câmara Alta, é obvio que, malgrado a Constituição refira à suspensão da execução, *no todo ou em parte*, de lei declarada inconstitucional pelo STF, o espaço de movimentação da Casa Legislativa se atém ao raio da declaração do Supremo quando a decisão concluir pela

²⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 56

²⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1090.

²⁵⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 200.

²⁵⁵ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48.

inconstitucionalidade parcial da norma com a Constituição: se a Corte conclui pela inconstitucionalidade em parte não poderá o Senado suspender a execução no todo. Se, entretanto, o STF declara a incompatibilidade vertical de todo o diploma normativo, pode legitimamente o Senado situar os efeitos da resolução coparticipativa (espécie normativa exigível para tal suspensão) em parte dos enunciados da lei declarada totalmente inconstitucional).²⁵⁶

Além desses questionamentos relacionados ao próprio procedimento da atuação do Senado Federal, passou-se a discutir a possível mutação constitucional do art. 52, X, CRFB, sob o fundamento de que a competência senatorial teria passado por um processo histórico de obsolescência, o que faria com que as decisões da Suprema Corte relacionadas ao controle difuso de constitucionalidade, não necessitassem da intervenção do órgão legislativo para expandirem os seus efeitos. Esta discussão será apreciada com mais detalhes em momento oportuno, tendo em vista sua complexidade, no entanto, é possível ponderar que ela faz parte de um conjunto de argumentos que conformam novas perspectivas ao controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, aproximando-o, em efeitos e características, ao controle abstrato.

2.4.3. Novas perspectivas e tendências para o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal, conforme analisado, realiza as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade, exarando decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes, no exercício da jurisdição abstrata, e decisões com efeitos restritos às partes do processo, no exercício da jurisdição difusa.

Estes efeitos diversos das decisões, em outras circunstâncias, aparentariam uma mera diferenciação entre modalidades de controle de constitucionalidade, porém, no âmbito do STF, esta diferenciação traz muitas especificidades, pois o referido tribunal, guardião da Constituição, é o grande responsável por dirimir as principais questões constitucionais no país e, por isto, a ausência de vinculatividade e abrangência de algumas de suas decisões podem gerar uma variação perigosa da própria interpretação garantida ao texto constitucional, além de possibilitar a análise recorrente sobre casos já apreciados pelo Tribunal.

Neste contexto, notou-se no Brasil um processo gradual de valorização dos entendimentos consolidados pela Suprema Corte, o que proporcionou em primeiro plano uma

²⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nº 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220

valorização direta do controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista que a análise da lei em tese possui a garantia constitucional da vinculatividade, não encontrada originariamente no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Esta ênfase conferida à jurisdição abstrata, através da ampliação das ações objetivas e do rol dos seus legitimados, deixou ainda mais evidente as dicotomias existentes entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade e, por consequência, esvaziou por completo o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, embora também expressassem a interpretação constitucional garantida pela Corte Suprema, seus efeitos ainda estavam limitados às partes dos processos e não possuíam força obrigatória em face das instâncias inferiores.

Diante deste quadro, algumas mudanças²⁵⁷ foram observadas no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal na tentativa de revitalizá-lo, aproximando-o em efeitos e estrutura, ao controle concentrado de constitucionalidade, em um movimento, denominado pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes de abstrativização ou concretização do controle difuso de constitucionalidade.

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADIO, ADPF e representação interventiva – operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivização das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotada de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso, a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir deste diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.²⁵⁸

A abstrativização, acolhida por alguns autores e rechaçada por tantos outros²⁵⁹, dividindo o próprio Supremo Tribunal Federal, tem como principal característica a expansão dos efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, que na

²⁵⁷ Tais mudanças serão explicitadas em capítulo apropriado sobre o tema.

²⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1109.

²⁵⁹ GOMES, Anderson Ricardo. *Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306. Acesso: 30/05/2015

origem são restritos e não vinculantes. Esta expansão seria delineada por um conjunto de modificações legislativas e jurisprudenciais que indicariam um processo de valorização das decisões da Suprema Corte independentemente da forma de controle de constitucionalidade realizada, reforçando uma preocupação nacional com a ausência de vinculatividade de algumas das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e as consequências oriundas dela.

Assim explica Guilherme Peña de Moraes:

A abstrativização do controle concreto é resumida como reconhecimento de força normativa, típica do controle principal, instaurado pela via de ação direta, a pronúncias do Poder Judiciário que resolvam contenciosamente litígios existentes na sociedade, tomados no controle incidental, instituído pela via de exceção, sem a intermediação de outro Poder, como, por exemplo: (i) mandado de injunção, individual ou coletivo, (ii) no redimensionamento da suspensão de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por provimento definitivo do Supremo Tribunal Federal e (iii) no manejo da reclamação constitucional para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões judiciais e dos enunciados da súmula vinculante da jurisprudência predominante da Suprema Corte.²⁶⁰

Ainda que bem estruturada e fortemente defendida, a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, tal como estruturada por Gilmar Mendes, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 4335/AC²⁶¹, sendo reafirmadas as características que o distingue do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. No entanto, a Suprema Corte reconheceu uma nova roupagem a estas decisões, afirmando que cada vez mais elas encontram amparos legais para terem seus efeitos expandidos. Desta forma, embora adotada uma postura mais condizente com a tradição do sistema de constitucionalidade brasileiro, a abrangência dos efeitos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade não foi desconsiderada pelo Tribunal, o que não poderia ser diferente, tendo em vista as inúmeras mudanças que fundamentam esta questão e fazem dela alvo de muitas discussões.

Assim, no próximo capítulo pretende-se estudar o atual processo de valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, com a efetiva expansão dos efeitos de suas decisões, analisando as principais mudanças vivenciadas pela legislação pátria, os novos posicionamentos adotados pela própria jurisprudência do STF neste sentido e as possíveis consequências oriundas destas mudanças para o sistema constitucional brasileiro.

²⁶⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159.

²⁶¹ Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014.

CAPÍTULO 3. A EXPANSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO E CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1. Introdução

Em notório processo expansivo, a jurisdição constitucional brasileira, caracterizada por um controle autêntico de constitucionalidade de normas, deve ser examinada em seus detalhes, não excluindo sua complexidade, mas a abrangendo. Desta forma, nos capítulos anteriores pretendeu-se construir as bases para o estudo de um dos temas mais intrigantes que permeia o controle judicial de constitucionalidade no Brasil, os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição difusa.

Como analisado anteriormente, as decisões em controle difuso e incidental de constitucionalidade, ainda que exaradas pela Suprema Corte, possuem efeitos *inter partes* e não vinculantes, se restringindo às partes envolvidas no processo. No entanto, em razão do fortalecimento normativo da Constituição e da própria ascensão vivenciada pelo Judiciário brasileiro nos últimos vinte e sete anos, estes efeitos restritos passaram a trazer mais problemas do que soluções, contrariando uma tendência de valorização das decisões judiciais, bem como expõem fragilidades quanto à coerência interpretativa do sistema jurídico pátrio, o que ensejou mudanças profundas ao direito brasileiro.

Nestes termos, o presente capítulo tem por escopo a análise pormenorizada das principais mudanças normativas e jurisprudenciais que sustentam atualmente a expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, e que impulsionam a valorização das decisões da Suprema Corte brasileira, evidenciando a importância da jurisdição difusa para a tutela de direitos no sistema jurídico nacional.

Em um primeiro momento, examina-se a valorização das decisões judiciais no Brasil, realçando a aproximação entre dois sistemas jurídicos aparentemente opostos, o *common law* e o *civil law*. Estuda-se o processo de formação destes sistemas, suas principais características diferenciadoras e as circunstâncias favoráveis à convergência entre ambos, enfatizando o atual momento vivenciado pelo Brasil em que as barreiras existentes entre a certeza da lei e a força das decisões judiciais são flexibilizadas.

Posteriormente, analisam-se, especificamente, as principais transformações vivenciadas pelo ordenamento jurídico pátrio que asseguram efeitos mais abrangentes às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, corroborando com o processo de valorização das decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do STF. Tais transformações ensejam consequências diretas à sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil, gerando discussões relevantes e colocando em pauta contradições importantes, que também serão apreciadas no decorrer do capítulo.

Em linhas gerais, pretende-se compreender as novas perspectivas que conformam o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ampliando os efeitos de suas decisões, em consonância a uma preocupação maior, interligada a importância de referências interpretativas para a coerência do sistema constitucional pátrio e de parâmetros decisórios para a tutela isonômica de direitos.

3.2. O processo de valorização da jurisprudência no Brasil

A Constituição da República de 1988, conforme anteriormente apreciado, fortaleceu o papel do Judiciário e reforçou sua atuação como grande intérprete das normas constitucionais. Como consequência direta desta ascensão jurisdicional, foi possível acompanhar um verdadeiro processo de valorização das decisões judiciais no Brasil, o que tem propiciado transformações profundas às tradições arraigadas ao sistema jurídico pátrio, conformadas, sobretudo, aos comandos definidos em lei.

Toda a história jurídica brasileira tem na lei escrita a fonte máxima do Direito, ora associando-a aos mecanismos de dominação e controle da população, como ocorria no período colonial²⁶², ora associando-a aos mecanismos de controle da atuação estatal, viabilizando o sentimento de segurança jurídica por proporcionar previsibilidade quanto aos atos dos governantes. Todavia, tal tradição legalista, em um contexto de fortalecimento normativo da Constituição, tem aberto espaço para discussões inovadoras, envolvendo a evolução de novas fontes do direito, interligadas, principalmente, à jurisprudência.

²⁶² “O modelo jurídico hegemônico durante os primeiros dois séculos de colonização foi, por consequência, marcado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito alienígena - segregador e discricionário com relação à própria população nativa -, revelando, mais do que nunca as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. Nesse sentido, para Antonio C. Mendes, a subjugação da população era praticamente completa, pois, ‘distribuída entre raros colonos livres e uma maioria de trabalhadores escravos, seus direitos estavam codificados no arbítrio dos donatários das capitanias, que enfeixavam em si a figura do único proprietário, do único responsável pelos castigos e pelas penas, chefe industrial e militar, distribuidor de sesmarias e de prêmios.’” (WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 45).

O fortalecimento normativo da Constituição, sua centralização no sistema e seus valores irradiantes, trouxeram alterações profundas à atuação do Judiciário, permitindo uma participação mais ativa e comprometida com os fins constitucionais, o que não era vislumbrado até então. Em verdade, o Judiciário e, por consequência, os magistrados sempre encontraram, na conturbada história política nacional, limites precisos para sua atuação, esboçando um passado de formalidades cerceadoras, que abarcavam tanto limites legais como morais.

A carreira do magistrado estava inserida na rigidez de um sistema burocrático que delineava a circulação e a prestação de serviço na Metrópole e nas colônias. Em geral, o exercício da atividade judicial era regido por uma série de normas que objetivavam coibir envolvimento maior dos magistrados com a vida local, mantendo-os equidistantes e leais servidores da Coroa. Dentre algumas dessas regras, vale lembrar a designação por apenas um período de tempo no mesmo lugar, as proibições de casar sem licença especial, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer o comércio em proveito pessoal.²⁶³

No decorrer das Constituições brasileiras, a atuação do Judiciário foi se reestruturando e se moldando às exigências constitucionais, e, com a promulgação da Carta da República de 1988, tornou-se evidente um processo de fortalecimento do Poder Judiciário, respaldado em uma conscientização sobre a importância de se valorizar as decisões judiciais. Estas deixaram o seu papel secundário e passaram a ocupar um lugar até então restrito a lei, conformando uma estrutura distinta das amarras legais próprias da tradição do *civil law*²⁶⁴, grande norteadora do sistema jurídico nacional.

O julgador e também intérprete, até então restrito a letra da lei, foi direcionado ao centro da questão, passando a ser responsável por dirimir as controvérsias constitucionais e garantir a interpretação da lei através do filtro imposto pela Constituição. A atividade legislativa, que anteriormente era vista como máxima e ilimitada, passa a se subordinar à Constituição, e as decisões judiciais, que se restringiam ao texto da lei, ganham autonomia, se pautando na Constituição. O Judiciário, na figura de seus magistrados, torna-se livre para participar do processo de criação do direito, participando das discussões sociais, interpretando

²⁶³ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55.

²⁶⁴ “Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina à declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67).

à Constituição e seus conceitos indeterminados e adequando-a a realidade dos casos concretos.

Desta forma, paulatinamente, tem-se verificado no Brasil um processo de valorização jurisprudencial, sendo notório que, ainda que a lei seja o norte de todo o sistema, o reconhecimento de suas limitações diante de uma sociedade complexa e mutante, permite que as decisões judiciais e as construções jurisprudenciais dos tribunais superiores ganhem o seu devido espaço como fonte de direito. Esta ascensão jurisprudencial, verificada no Brasil e em muitos países europeus herdeiros do sistema romano-germânico, tem ensejado discussões sobre uma possível aproximação²⁶⁵ entre dois sistemas jurídicos aparentemente opostos: o *civil law* e o *common law*.

Segundo o entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhe efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-á, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato em regra geral legislada, cujo significado seria revelado da atividade interpretativa.²⁶⁶

Os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, em uma breve análise histórica, delinearão suas principais características e diferenças com as Revoluções Burguesas do século XVII e XVIII, ocorridas, respectivamente, na Inglaterra e na França. Tais revoluções, fundadas em semelhante descontentamento popular com a elite dominante, pontuaram especificamente a atuação do Judiciário em cada um destes países, traçando os caminhos que influenciariam, anos mais tarde, vários sistemas jurídicos pelo mundo.

²⁶⁵ “O que se sobreleva destacar, no particular, é que, num caso ou noutro, o sistema brasileiro sempre se mostrou permeável à recepção de institutos e ideias oriundo do *common law* e, atualmente, tem se conduzido rumo à crescente atribuição de eficácia e importância aos precedentes judiciais. Muito embora não possa o Brasil ser considerado como um país que perfilhe a cultura do *case law*, a produção legislativa recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes inédita força no país (a exemplo da súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recurso ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificam a improcedência *prima facie*).” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e a concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 189.)

²⁶⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

Na Inglaterra, o Judiciário esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando os direitos e liberdades do cidadão, e por isso, sua atuação não sofreu limitações, ao contrário, o poder dos juízes ingleses consolidou-se no sentido de afirmar o *common law*²⁶⁷, o qual se sobrepunha ao legislativo. Mais do que a lei, foi necessário reiterar a força do direito comum diante do poder real e, assim, a batalha contra o absolutismo, traçada com a Revolução Gloriosa, consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados pelo Parlamento e pelo Judiciário.

No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei. O *common law* não precisou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma dessas regras que advêm das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres a partir do *common law*.²⁶⁸

Diferentemente, na França, a luta contra os abusos do rei, fortaleceu o Parlamento e enfraqueceu o Judiciário, tendo em vista que este não se aliou aos revolucionários, mas sim a nobreza francesa. Em verdade, a supremacia do parlamento no contexto da revolução francesa objetivou amarrar os juízes ao texto puro da lei, na tentativa de limitar suas atuações e manter a segurança jurídica aparentemente conquistada. É perceptível assim, que a supremacia do Parlamento vivenciada na França revolucionária teve um alcance muito distinto da supremacia do Parlamento no direito inglês, impondo efetivamente a lei como algo absoluto, e ratificando a principal característica do sistema romano-germânico, o apreço a lei.

Neste período de codificações e valorização legislativa, ganhou força a chamada *Escola da Exegese*, fortalecendo o positivismo jurídico e subsidiando todas as suas facetas, já analisadas em momento oportuno. Thomas da Rosa de Bustamante, citando Frydman e Perelman, explica de forma precisa as suas conformações.

²⁶⁷ Patrícia Perrone, ao expor a história do direito inglês, a divide em quatro períodos principais: um período anterior a conquista normanda de 1066; um segundo, entre 1066 a 1485, com a formação do *common law*; o terceiro, entre 1485 a 1832, marcado pelo desenvolvimento do sistema *equity*; e o quarto, posterior a 1832, com o substancial desenvolvimento da lei.

E assim expõe sobre o *common law*: "Esse direito comum, designado *common law* e desenvolvido durante o segundo período da história do direito inglês (de 1066 a 1485) foi obra dos Tribunais Reais (Tribunais de Westminster), originalmente, cortes de exceção, que julgavam apenas casos especiais, que justificassem a intervenção do Rei, mas que, paulatinamente, começaram a expandir sua jurisdição sobre aquela desenvolvida pelas cortes senhoriais. Diante da inexistência original de um conjunto de regras substantivas, os Tribunais Reais promoveram a construção do ordenamento britânico com base em normas processuais bastante formalistas, na crença de que um processo adequado conduzirá necessariamente à melhor decisão." (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15)

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 34.

A Escola da Exegese, uma vez estabelecido que o Direito será encontrado nesse “texto único”, caracteriza-se por uma “ruptura completa com a hermenêutica tradicional, religiosa ou jurídica”, que “admitia *a priori* a possibilidade de uma pluralidade de sentidos”. O direito positivo, e em especial o código, que era tido como uma obra perfeita e intrinsecamente racional, deveria ser contemplado como um “sistema axiomático formalizado”, que tem as características da *univocidade* dos seus signos lingüísticos (cada termo empregado pelo legislador há de ser entendido com um único sentido), *coerência* (não há contradições ou falhas no sistema elaborado pelo legislador) e *completude* (o sistema é capaz de resolver todos os problemas que eventualmente surjam na aplicação do direito).²⁶⁹

Nestas circunstâncias, a concepção de uma legislação clara, completa e única, esvaziou os poderes dos juízes, e suas atuações ficaram limitadas aos contornos legais, expressando a essência máxima da segurança jurídica para a sociedade que se reconstruía. Desta forma, a criação do Direito por parte dos juízes foi rechaçada e a ideia de um direito puro e legalmente conformado se consolidou. Em contraposição, na Inglaterra, o positivismo realçou o papel criador do magistrado²⁷⁰, embora haja ainda muitas discussões a respeito da natureza da jurisdição²⁷¹, cabendo a eles a responsabilidade pela adequação da lei ao direito comum inglês, o que ressaltou as diferenças entre os sistemas.

No entanto, as dificuldades encontradas pelo positivismo transpareceram suas deficiências, e o direito, aos poucos, “volta a ser descrito (em ambas as tradições) não mais como pura facticidade ou fruto da autoridade, mas também como *ratio scripta*, como uma prática social intrinsecamente racional, cujas coerência e justiça são garantidas por princípios de conteúdo idêntico a máximas morais”²⁷². O direito deixa de ser visto apenas como um conjunto de regras e passa a ser considerado como um conjunto de regras e princípios, impulsionando o desenvolvimento da interpretação e da argumentação jurídica.

²⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p. 21.

²⁷⁰ “Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham igualou-a ao método adotado para o treinamento de cachorros – chegou a qualificá-la, literalmente, de *dog law* – ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para este autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 24)

²⁷¹ Herbert Hart e Ronald Dworkin sustentam posições diferentes quanto à natureza da jurisdição. Hart sustenta o papel criativo da jurisdição, em contraposição, Dworkin o nega, reinserindo o debate relacionado à teoria declaratória da jurisdição sob uma roupagem contemporânea. Para uma análise aprofundada ler: HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p. 116.

Estas mudanças trazidas pelo pós-positivismo e pela constitucionalização, já apreciadas em detalhes, romperam com a principal barreira que dividia o *civil law* e o *common law*²⁷³, evidenciando uma atuação participativa do Judiciário e, por consequência, valorizando as suas decisões. Nas palavras de Luis Guilherme Marinoni:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes.²⁷⁴

No Brasil, esta aproximação sistêmica, chamada por alguns como *common law* à brasileira²⁷⁵, tem trazido muitas transformações ao ordenamento jurídico pátrio, visto que, aos poucos, a própria legislação tem se adaptado a este movimento, prevendo mecanismos que possibilitem uma maior valorização às decisões judiciais. No que tange à Suprema Corte, a valorização e o respeito às suas decisões são ainda mais imprescindíveis, tendo em vista o seu papel de principal intérprete da Constituição e a possibilidade de multiplicidades interpretativas acerca de uma mesma questão constitucional, capaz de interferir diretamente na coerência do sistema e na unidade da própria Carta Magna.

Assim, as decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade ganham especial atenção, pois, como previamente verificado, seus efeitos são limitados às

²⁷³ “A incorreção reside em razão de ambos os sistemas: na *Civil Law*, é bem verdade que ‘uma andorinha não faz verão’ e que, portanto, um caso isolado propriamente, não constitui jurisprudência; por outro lado, sua eventual força normativa advém não da *communis opinio juris* do povo, mas do prestígio do órgão que permite a formação da jurisprudência, sem, no entanto, apresentar o caráter de obrigatoriedade que os casos julgados tem na *Common Law* ou os costumes representam no Direito Internacional Público e no Direito de Comércio Internacional. Na *Common Law*, um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, para o *fattispecie*, sendo, portanto, a jurisprudência a fonte primeira formal do direito.” (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.)

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

²⁷⁵ “O ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente de *civil law*, não ficou imune ao movimento de convergência e tem passado por transformações. Desenvolveu-se um *common law* à brasileira, com peculiaridades que não raro contradizem as bases do modelo anglo-saxão, abordando o provimento jurisdicional decisório a partir de técnicas e institutos próprios, com norte no julgamento padronizado e na resolução quantitativa das demandas, a partir de padrões decisórios.” (CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 729/730)

partes do processo, fazendo com que elas não se constituam como um precedente obrigatório, em razão da ausência de mecanismos que garantam a sua expansividade e vinculatividade diante das demais instâncias, como o *stare decisis*²⁷⁶, caracterizador do *common law* americano. No entanto, muitas discussões têm sido travadas sobre este tema, defendendo-se uma releitura deste controle difuso e a expansão dos seus efeitos, na tentativa de se garantir o respeito e observância a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade do controle de constitucionalidade realizado.

3.3. A expansão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade

A análise minuciosa do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e do seu desenvolvimento ao longo das sete Constituições que marcaram a história nacional explicitam a complexidade do sistema e evidenciam as incoerências internas que o envolve, sustentadas, sobretudo, pelas combinações entre modelos aparentemente tão distintos. A conjunção de matrizes diversas garantiu ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade uma identidade, porém, em contrapartida, aos poucos, vem demonstrando suas fragilidades.

Estas fragilidades se tornam mais aparentes no tocante à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal que, por exercer as duas modalidades de controle de constitucionalidade, exara decisões com efeitos diversos, deixando transparecer a esdrúxula situação de reapreciar matérias repetitivas em razão da ausência de vinculatividade de todas as suas decisões. Em linhas gerais, embora o STF seja o grande guardião da Constituição Cidadã e o principal responsável por interpretá-la, algumas de suas decisões não possuem força suficiente para vincular as demais instâncias, refletindo uma tradição despreziosa quanto à concepção de precedentes obrigatórios²⁷⁷.

²⁷⁶ “O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por seu decidida pelos órgãos superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto de que outros casos a lei seja, ao invés, de nono aplicada. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 80/81).

²⁷⁷ Neste trabalho, a expressão “precedente” foi utilizada com parcimônia, em razão de possíveis equívocos quanto ao sistema de precedentes consolidados no sistema da *Common Law*. O sistema precedencialista anglo-saxão, possui peculiaridades próprias, que apenas um trabalho específico sobre o tema poderia descrever, tendo alguns pontos de semelhança com o desenvolvimento de precedentes em países como o Brasil, de origem

Diante dos imbrólios narrados, atualmente é perceptível no Brasil uma tendência de aproximação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, caracterizada, entre outras questões, pela ampliação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade. Esta ampliação de efeitos permite um grau de vinculatividade maior a estas decisões e, por consequência, traz implicações quanto à observância obrigatória das mesmas pelas instâncias inferiores, corroborando com a sistemática de valorização das decisões dos tribunais superiores.

Gilmar Ferreira Mendes teceu longos comentários acerca desta ampliação de efeitos, sendo um dos grandes autores a defenderem de forma substancial a releitura do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o jurista, o sistema brasileiro tem vivenciado grandes mudanças em direção a uma aproximação entre as modalidades de controle de constitucionalidade, garantindo uma dessubjetivização ou objetivização do controle incidental e difuso de constitucionalidade, conforme já ressaltado.

Analisando a jurisprudência e a legislação que contornam atualmente o direito nacional é possível observar que não são poucos os exemplos que concretizam esta tendência no Brasil, como alertado pelo Ministro da Suprema Corte brasileira, sendo importante o exame pormenorizado das mudanças mais significativas que, aos poucos, tem garantido ao sistema decisório nacional, novos caminhos e novas perspectivas, como será apreciado a seguir²⁷⁸.

3.3.1. As mudanças legislativas

A análise sobre a expansão dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade realizado pelo STF, além de impor um exame jurisprudencial, também impõe a apreciação das mudanças legislativas que demonstram o movimento do sistema brasileiro em direção à força subordinante das teses elaboradas pelo Pretório Excelso. Embora as mudanças ao ordenamento jurídico pátrio não signifiquem efetivamente a vinculação destas decisões, determinados dispositivos legais podem ser considerados como mitigadores dos

romano-germânica, porém, efetivamente diferente, tanto na forma de sua consolidação, como na forma de aplicação. Assim, no presente trabalho evitou-se utilizar de forma demasiada da referida expressão, limitando-se a utilizá-la especificamente em referências a percepções doutrinárias e construções jurisprudenciais.

²⁷⁸ Ressalta-se que, neste momento, apenas serão apresentadas as grandes mudanças ocorridas no direito brasileiro nos últimos anos que pautam a expansão dos efeitos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Não se pretende realizar juízos de valores, mas apenas especificar estes exemplos importantes.

seus efeitos *inter partes*, vislumbrando novas perspectivas às decisões da Suprema Corte brasileira.

Neste amplo e importante rol de artigos inovadores, é possível citar, em primeiro plano, o parágrafo único do art. 120 do Código de Processo Civil em vigor²⁷⁹. O referido dispositivo trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência, quando há jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada. O novo código de processo civil²⁸⁰ ainda é mais explícito, estabelecendo em seu art. 955, que o relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal e em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Como é perceptível, neste caso, o novo Código de Processo Civil não se restringe a valorizar decisões que, por sua própria natureza, já são vinculantes, como as súmulas vinculantes e as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ele vai além, mencionando, inclusive, as teses firmadas em casos repetitivos.

Outro importante artigo que demonstra esta nova postura diante das decisões dos tribunais superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal, é o art. 475, §3º do Código de Processo Civil atual²⁸¹, que dispensou o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. No entendimento de Fredie Didier²⁸², o referido artigo revela uma tendência no direito pátrio de assentar a importância das decisões da Suprema Corte, mesmo quando oriundas de processos não objetivos, tendo em vista que o dispositivo não se restringe às decisões comumente vinculantes, ao contrário, abrange as decisões oriundas do plenário do STF, criando uma exceção para a prerrogativa fazendária.

²⁷⁹ Código de Processo Civil de 1973: Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

²⁸⁰ O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, foi sancionado no dia 16 de março de 2015 e passará a vigorar, um ano após a sanção, em 17 de março de 2016.

²⁸¹ Código de Processo Civil de 1973: Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

²⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordinario_e_objetivacao. Acesso em: 18/08/2015.

Esta posição se reflete nas alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil sobre o tema, que demonstra uma preocupação do próprio legislador em reconhecer a importância das decisões judiciais, especificamente das decisões do STF. O art. 496, em seu parágrafo 4º, é explícito ao definir que o procedimento de remessa necessária não se aplica quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas²⁸³ ou de assunção de competência²⁸⁴ e, por fim, em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

A análise sistemática do Código quanto a esse aspecto parece indicar o reconhecimento, simultaneamente, da importância e da seriedade da atividade judicial. Caminha, nesse sentido, de forma coesa ao compreender que o reforço no papel do Judiciário não pode ser desacompanhado de garantias firmes quanto aos seus provimentos. Ao fortalecer poderes, também intensifica obrigações. São duas faces da mesma moeda.²⁸⁵

Na mesma época em que o §3º do art. 474 foi editado, o art. 741, parágrafo único, também do Código de Processo Civil atual²⁸⁶, passou a atribuir às decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas, mesmo em controle difuso e incidental, a eficácia de inibir a

²⁸³ “Como o próprio nome informa se trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição através do ‘procedimento-modelo’ ou ‘procedimento-padrão’, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.” (NUNES, Dierle. *O IRDC do NCPC: este estranho que merece ser compreendido*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso: 03/09/2015)

²⁸⁴ O novo código de processo civil criou um capítulo próprio para o que chamou de incidente de assunção de competência. De acordo com o art. 947, é admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

²⁸⁵ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 736/737.

²⁸⁶ Código de Processo Civil de 1973: Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

execução de sentenças a ele contrárias, o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, § 1.º, do referido diploma legal²⁸⁷.

Em 2006, o art. 518, § 1.º, do CPC²⁸⁸ passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmulas do STF ou do STJ. Atualmente, Luis Guilherme Marinoni faz uma leitura ampliada do artigo, considerando que, embora o texto da norma fale em súmula, hoje “o precedente de tribunal superior é suficiente para impedir o recebimento de recurso que a ele diretamente se opõe”²⁸⁹. Corroborando esta ideia, Manoel Carlos Toledo Filho, ao analisar o referido artigo, assim comenta:

O motivo óbvio da modificação discutida foi o de acelerar a solução definitiva da causa, evitando que processos referentes a questões já sedimentadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores viessem a percorrer todo o caminho até aquelas Cortes, apesar de, mesmo nas instâncias de base, existir adesão ao posicionamento da cúpula do sistema judiciário. Ou seja: o legislador partiu da premissa que, havendo uma convicção consensual entre os integrantes da base e do topo da magistratura, o assunto deve necessariamente ser considerado encerrado.²⁹⁰

No mesmo ano, os arts. 543-A e 543-B do CPC, ao disciplinarem a repercussão geral no recurso extraordinário, estabeleceram mais uma forma de impedimento de recursos, agora encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, e explicitaram de forma precisa a preocupação do sistema brasileiro em garantir a conexão entre as decisões das instâncias superiores e inferiores quanto a questões semelhantes, principalmente, quando já decididas pela Suprema Corte brasileira.

A função do instituto da repercussão geral é permitir a seleção dos recursos que devem ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe, assim, o

²⁸⁷ Código de Processo Civil de 1973: Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

²⁸⁸ Código de Processo Civil de 1973: Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 519.

²⁹⁰ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *O novo parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC e o processo trabalhista: a convicção consensual como instrumento de agilização da estrutura judiciária*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313014/1.+O+novo+par%C3%A1grafo+primeiro+do+artigo+518+d+o+CPC+e+o+processo+trabalhistaa+convic%C3%A7%C3%A3o+consensual+como+instrumento+de+agiliza%C3%A7%C3%A3o+da+estrutura+judici%C3%A1ria>. Acesso: 21/08/2015.

desempenho da missão de outorga de unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição. Trata-se de busca de unidade prospectiva e retrospectiva – na última hipótese a compatibilização das decisões judiciais e, na primeira, o desenvolvimento do direito de maneira constitucionalmente adequada aos novos problemas sociais.²⁹¹

Conforme já analisado, a dinâmica de verificação da repercussão geral funciona como um filtro constitucional, onde se seleciona os assuntos constitucionalmente relevantes a serem levados ao Supremo Tribunal Federal. A partir de sua sistemática, é possível efetivamente se falar em efeitos expansivos do Recurso Extraordinário, visto que a posição do STF quanto à existência ou não de repercussão geral e a decisão de mérito proferida posteriormente pela Corte devem ser respeitadas pelas demais instâncias.

Sem dúvidas, a repercussão geral é um marco para o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, pois não apenas trouxe à tona uma grande preocupação com a quantidade dos processos sobre matérias repetidas e, muitas vezes, sem pertinência constitucional que chegam à Suprema Corte, como também explicitou a premência de mecanismos vinculativos para a jurisdição difusa. Todavia, muitas críticas são direcionadas a este instituto, assim como aos dispositivos que conformam uma tendência do ordenamento pátrio em barrar recursos, tendo em vista a possibilidade de se perpetuar equívocos decisórios, bem como impedir o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, no Estado Democrático de Direito nenhum ato estatal (decisões judiciais) pode ser legítimo se não garantir aos afetados a possibilidade de sua revisão e controle. E revisão e controle somente são implementados pelo modelo constitucional de processo, garantindo, aos atingidos pelo ato, contraditório e ampla argumentação. As partes, no processo jurisdicional, têm a garantia de se insurgirem contra a decisão judicial, buscando sua revisão e seu controle. As atividades legislativa, administrativa e jurisdicional, comprometidas com a democracia, devem se preocupar com a legitimidade de suas construções, em uma compreensão participativa. Qualquer desconsideração em relação aos princípios que integram o modelo constitucional de processo, fere o devido processo legal ainda que em busca de uma pretensa “paz social” por meio de procedimentos céleres, mesmo que implementada via emenda constitucional, como a repercussão geral.²⁹²

Em que pesem as críticas pertinentes, institutos como a repercussão geral, quando usados com parcimônia, garantem um novo espaço para as decisões do Supremo Tribunal Federal, valorizando àquelas cujos efeitos, até então, estavam restritos às partes do processo, o

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 470.

²⁹² ALMEIDA, Fabrício Santos. *Repercussão Geral: uma análise crítica das suas implicações no processo penal democrático*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009.

que contribui para reduzir processos repetitivos e para garantir um tratamento mais equânime a questões semelhantes, demonstrando os benefícios que podem ser aferidos destas mudanças.

Em consonância a esta expansividade das decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade, o art. 481, parágrafo único do Código de Processo Civil atual²⁹³, repetido pelo parágrafo único do art. 949 do novo Código²⁹⁴, também reitera esta expansão ao estabelecer que a reserva de plenário poderá ser dispensada quando já houver pronunciamento, a respeito da matéria, pelo próprio órgão especial do Tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

O questionamento neste caso que se faz é se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a ser respeitado seria em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. O entendimento majoritário na doutrina²⁹⁵ é no sentido de que o artigo abrange também as decisões em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, isto porque o dispositivo é explícito ao expor a importância do pronunciamento do próprio pleno dos outros tribunais, não sendo razoável não ser considerado o pronunciamento da Suprema Corte ainda que em controle difuso. Esta posição ganha um novo fôlego com o novo Código de Processo Civil, tendo em vista a valorização como um todo das decisões do STF.

Para os defensores de um controle difuso de constitucionalidade objetivizado, o parágrafo único do art. 481, do CPC demonstra uma clara, apesar de discreta, afirmação da eficácia vinculante das decisões do plenário do Supremo em controle difuso e concreto de constitucionalidade.

Vê-se, assim, que mui discretamente o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que a doutrina e a jurisprudência admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, mesmo porque, bastava, e ainda

²⁹³ Código de Processo Civil de 1973: Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

²⁹⁴ Código de Processo Civil de 2015: Art. 949. Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento; II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

²⁹⁵ Barbosa Moreira diverge deste entendimento, como é possível notar em pequeno trecho de sua obra: “Ao nosso ver, deve entender-se a cláusula final como relativa apenas às decisões em que a matéria haja constituído objeto principal de julgamento pela Corte Suprema (ações diretas), não àquelas em que tenha ocorrido simples apreciação incidental da questão. Com efeito, no segundo caso – ao contrário do primeiro –, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não é vinculativo para os outros tribunais e não tem a virtude de substituir ou dispensar o dos respectivos plenários (ou órgãos especiais), exigidos pelo art. 97 da Carta da República.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 182).

basta, ao relator, para não se conhecer de recurso constitucional, o fundamento de que o tema já fora apreciado pelo Excelso Pretório.²⁹⁶

Gilmar Mendes também reitera:

Esse entendimento marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.²⁹⁷

Por fim, o art. 557 do Código de Processo Civil atual²⁹⁸ também compõe o arcabouço legislativo responsável por assegurar esta nova realidade às decisões do STF. Ainda que sua eficácia seja processualmente geral, ou seja, não se referindo especificamente à questão da constitucionalidade incidental nos processos, o dispositivo afirma a importância de uma construção jurisprudencial com a finalidade de se estabelecer celeridade processual e segurança jurídica. O foco dessa sistemática é justamente desafogar as pautas nos tribunais, deixando para a sessão de julgamento os recursos e ações em que realmente haja necessidade de decisão colegiada.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 932, derruba todas as possíveis dúvidas acerca deste assunto, afirmando que o relator poderá negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Assumindo,

²⁹⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 258.

²⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1093.

²⁹⁸Código de Processo Civil de 1973: Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

mais uma vez, não apenas a valorização das decisões dos tribunais superiores, mas sim a valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O que se percebe com a análise destes dispositivos legais peculiares é que, ao buscarem celeridade processual e otimização das funções do Judiciário, eles corroboram com a mudança paulatina em direção a valorização das decisões dos Tribunais Superiores no Brasil e reforçam a importância dos efeitos abrangentes das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade por ele exercido. Como pode ser observado, os referidos dispositivos assentam o fortalecimento das decisões da Suprema Corte brasileira para embasar decisões das instâncias inferiores e impedir reiteradas apreciações com o objetivo único de procrastinar a marcha processual, e, assim, ao evidenciarem esta força, ratificam a busca por uma coerência decisória, conformada em torno das decisões do STF.

Somada a estas mudanças pontuais encontradas no Código de Processo Civil de 1973, que indicam uma grande transformação para o sistema brasileiro, o novo Código de Processo Civil, promulgado em março de 2015, traz mudanças muito mais intensas, capazes de revolver toda a estrutura do sistema jurídico pátrio, indicando uma tendência de implantação dos chamados precedentes judiciais obrigatórios, na linha do que o novo Código denominou de jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Thomas da Rosa de Bustamante, ao realizar algumas comparações importantes entre a cultura de precedentes no *civil law* e na *common law*, atesta que o novo Código de Processo Civil brasileiro vem como um “sopro de esperança”, na medida em que contém um conjunto de regras que consagram as principais exigências do modelo de precedentes, assim concluindo:

Talvez o CPC represente, portanto, um novo paradigma em formação. Um paradigma que tenta consolidar os aspectos processuais do Estado Democrático de Direito e da construção participativa da legitimidade da jurisprudência e do direito judicial. Para terminar esse trabalho com alguma dose de otimismo, talvez possamos imaginar que o CPC na verdade já é o resultado de uma nova cultura jurídica em formação: uma cultura radicalmente democrática e pautada por uma reflexão crítica sobre o processo pautado pela Constituição.²⁹⁹

Em verdade, ainda que não esteja em vigor e que, portanto, esteja escondendo muitas das discussões que virão, o novo Código de Processo Civil assentou o fortalecimento das

²⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 297.

decisões judiciais, aumentando a vinculação decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados dos tribunais superiores, especificamente do Supremo Tribunal Federal, consolidando um ideal precedentalista ausente ao Direito pátrio até então. De fato, o sistema jurídico brasileiro sempre foi reticente quanto à utilização de precedentes obrigatórios, principalmente em razão da sua tradição legalista, todavia o novo Código inaugura uma nova fase, propondo a consolidação de uma estrutura brasileira de precedentes judiciais obrigatórios³⁰⁰.

Entre as modificações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, dois artigos específicos fundamentam esta virada processual e merecem um destaque especial neste trabalho, sem o objetivo de esgotar o tema, sendo eles, o art. 926 e o art. 927. O art. 926³⁰¹ dispõe sobre a importância de uma jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente, impondo deveres gerais, decorrentes da própria Constituição, aos tribunais, no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, já o art. 927 traz um rol de decisões que devem ser observadas pelas demais instâncias no sentido de assegurar esta jurisprudência uniforme.

De acordo com Fredie Didier, “o dever de uniformizar pressupõe que o tribunal não possa ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica”³⁰², e a partir desta uniformização nasceria a exigência da estabilidade, onde “qualquer mudança de posicionamento deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica”³⁰³.

³⁰⁰ Deve-se ressaltar que o texto efetivamente aprovado do novo Código tratou o tema dos precedentes judiciais de forma bem mais tímida que o Projeto de NCPC na versão da Câmara dos Deputados. Nesta versão, optou-se por inserir um capítulo específico para o tratamento do precedente judicial, o que foi retirado no texto aprovado, deslocando o tema para o Livro relacionado aos processos dos Tribunais. Ademais, na versão da Câmara dos Deputados, eram tratados institutos e técnicas fundamentais à aplicação e superação dos precedentes, como, por exemplo, a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*, o que também não se encontra no texto final.

³⁰¹ Código de Processo Civil de 2015: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

³⁰² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 384.

³⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 385.

O dispositivo também alerta para a necessidade de uma jurisprudência íntegra e coerente, denominada por Fredie Didier como uma jurisprudência consistente³⁰⁴, tendo em vista que as duas características devem ser analisadas juntas, sob pena de se produzir uma jurisprudência coerente, mas inconsistente ou uma jurisprudência íntegra, mas inconsistente. Sobre o tema, Lenio Streck e Georges Abboud sintetizam em breves linhas:

O processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro jogo limpo. Nessa perspectiva a “integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um jogo limpo” (fairness – que também quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutico na causa ou no recurso, do tipo “segundo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manda do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeira discursiva “porque que” (ou porque sim)”.³⁰⁵

Em consonância a estas disposições, o art. 927³⁰⁶ ratifica efetivamente a interligação entre as decisões no sistema jurídico brasileiro, determinando aos juízes e aos tribunais, o dever de observância às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante, aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos; às súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

³⁰⁴ “De fato, ‘consistência’ parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por coerência e integridade; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela ‘consistência de sua jurisprudência’. Qualificar a jurisprudência como ‘consistente’ é, claramente, considerá-la ‘íntegra e coerente’”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 389.

³⁰⁵ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?* In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 179.

³⁰⁶ Código de Processo Civil de 2015: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, por fim, à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Há, nestes dispositivos, a clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente, como normas – não como conselhos ou boas razões, mas levando a sério as decisões judiciais anteriores, já que estas passam a ser obrigatórias para o caso concreto e para os casos futuros, em um duplo discurso jurídico (discurso da decisão do caso concreto e discurso do precedente).³⁰⁷

Como pode ser observado, o dispositivo dispõe sobre todo o procedimento de respeito aos precedentes consolidados pelos tribunais, elencando não apenas um rol de decisões vinculativas, mas também reiterando a importância da modulação de efeitos nos casos de mudança efetiva de entendimentos e a premência de fundamentação adequada diante de um sistema de precedentes, seja para afastá-lo ou para aplicá-lo. É possível notar também que o rol disposto no artigo não abarca apenas as decisões já reconhecidamente vinculantes, como as decisões em jurisdição abstrata e as súmulas vinculantes, ele reforça a vinculatividade destas e evidencia a expansividade de efeitos das decisões exaradas pelos Tribunais, garantindo um novo argumento de autoridade para os efeitos abrangentes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Desta forma, o Novo Código de Processo Civil, longe de estar isento de críticas³⁰⁸, contribui para fortalecer este movimento em direção a uma nova leitura do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, reforçando as já consistentes transformações legislativas que fundamentam esta nova perspectiva.

3.3.2. A objetivação do recurso extraordinário

O estudo anteriormente realizado sobre o tema evidenciou algumas mudanças estruturais sofridas pelo recurso extraordinário ao longo dos últimos anos, cujo escopo

³⁰⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 409.

³⁰⁸ “Vale dizer, por força legislativa (art. 927, NCPC), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculantes independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisória, elas nascerão vinculantes. Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do fator hermenêutico para tratarmos da aplicação do NCPC, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.” (ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 405)

precípua foi desafogar a Suprema Corte das inúmeras demandas repetitivas que assolam o Poder Judiciário. Estas transformações procedimentais vêm garantindo ao recurso extraordinário uma estrutura mais objetiva, isto é, uma estrutura similar às ações abstratas de controle de constitucionalidade, e, sendo ele o principal meio utilizado pela Suprema Corte para exercer o controle difuso e concreto de constitucionalidade, esta objetivação ganha um destaque ainda maior, demonstrando de forma explícita a aproximação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade que convivem no sistema constitucional brasileiro.

Entre estas importantes alterações, a instituição da repercussão geral talvez seja a fundamental para compor este novo momento do recurso extraordinário, visto que ela representou mais do que a inserção de um requisito de admissibilidade, ela possibilitou que as decisões proferidas em processos vistos como paradigmas, expandissem seus efeitos para demandas de igual objeto, o que, sem dúvidas, contribuiu, ainda que com cautelas, para fortalecer a ideia de efeitos abrangentes àquelas decisões.

O §5º do art. 543-A do CPC, já comentado, é expresso ao estabelecer que se negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, demonstrando certa preocupação com a linearidade das decisões do Supremo Tribunal Federal e com a coerência do próprio ordenamento jurídico. De acordo com Manoel Jorge Silva Neto, esta expansividade da decisão que nega a existência da repercussão geral não poderia ser diferente visto que “se recursos extraordinários trazem ao STF o mesmo objeto, devem merecer o idêntico tratamento quanto à rejeição sumária do conhecimento, tudo com base na decisão anterior que rechaçou a existência de repercussão”³⁰⁹.

No que tange as decisões de mérito seguidas ao reconhecimento de repercussão geral, o próprio Supremo Tribunal Federal confirma a vinculação às demais instâncias, visto que, uma vez constatada a repercussão geral e analisado o mérito, a decisão deverá ser aplicada pelas instâncias inferiores em casos idênticos.

Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema

³⁰⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nº 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515.

sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.³¹⁰

Relacionado à repercussão geral e também de suma importância para esta nova faceta do recurso extraordinário, o chamado julgamento por amostragem proporciona, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes³¹¹, uma cooperação entre as instâncias ordinárias e extraordinárias para aquelas hipóteses em que se verificar multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia. Nos casos em que o Tribunal de origem perceber a existência de várias demandas com a mesma controvérsia, ele selecionará um ou mais recursos representativos da questão, o chamado recurso paradigma, para ser encaminhado ao STF, sendo sobrestados os demais até o pronunciamento da Corte.

Caso o STF entenda que não há repercussão geral, todos os recursos sobrestados também serão considerados inadmitidos, conforme art. 543-B, §2º do CPC. Por outro lado, caso o STF entenda que há repercussão geral e julgue o mérito da causa, os recursos sobrestados deverão ser analisados pelos órgãos *a quo*, que poderão declará-los prejudicados ou se retratar (juízo de retratação), conforme art. 543-B, §3º do CPC. Se não houver retratação poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

A indicação do legislador é clara e aponta no sentido de uma desejável vinculação lógica dos juízes inferiores às decisões da Suprema Corte – vinculação fundada em um imperativo de racionalidade e isonomia, sem prejuízo de se admitirem exceções diante de motivos relevantes, devidamente demonstrados -, embora não seja possível dizer que tenha sido estabelecido uma vinculação jurídica forma.³¹²

Como é perceptível, o julgamento por amostragem e a repercussão geral, ao possibilitarem efeitos que ultrapassam os casos concretos, valorizam as decisões em sede de recurso extraordinário, permitindo a expansão das teses fixadas pela Suprema Corte. Esta expansão esboça o principal ponto de aproximação entre o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF e o controle abstrato, caracterizando mais do que a objetivação do recurso extraordinário, mas a própria objetivação do controle difuso como um

³¹⁰ Glossário Jurídico – STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=451>. Acesso em: 12/08/2015.

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 1081.

³¹² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

todo, caracterizada, sobretudo, pela expansão dos efeitos de suas decisões. Sobre o tema, válida é a consideração de Marinoni:

Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status quando comparada às decisões que a Suprema Corte contém, naturalmente, a ideia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante. Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos.³¹³

Juntamente com esta paulatina mudança relacionada aos efeitos das decisões em recurso extraordinário, pode-se mencionar questões procedimentais que reiteram o seu processo de objetivação, entre elas, a modulação dos efeitos de suas decisões.

Como é de conhecimento geral, o art. 27 da Lei n. 9.868/99, já citado anteriormente, possibilitou a modulação dos efeitos nas ações diretas de inconstitucionalidade em razão da segurança jurídica, mitigando assim, os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. De forma interessante, a Suprema Corte também tem utilizado este artigo como fundamento legal para modular os efeitos das decisões em controle difuso e concreto de constitucionalidade, isto porque a mudança de um entendimento consolidado, independentemente da forma como ele se consolidou, deve levar em consideração a expectativa de direito, a boa-fé e a confiança dos jurisdicionados.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.³¹⁴

O *leading case* de modulação de efeito³¹⁵ em controle difuso de constitucionalidade foi o julgamento do RE 197.917³¹⁶, em que o STF decidiu que o número de vereadores do

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 472.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1107.

³¹⁵ Casos recentes de modulação de efeitos em recurso extraordinário: RE 880083 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015; RE 859994 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX,

município de Mira Estrela deveria ser reduzido, mas esta mudança só atingiria a próxima legislatura, ou seja, a decisão projetou seus efeitos para uma data futura. A partir deste julgado, a modulação de efeitos deixou de ser aplicada com exclusividade no controle abstrato de constitucionalidade, passando a ser uma realidade, ainda que tímida, também no controle difuso de constitucionalidade, como pode ser ratificado por julgados mais atuais, como o ARE 709212³¹⁷, referente à prescrição do FGTS, e o RE 586453³¹⁸, referente à competência da justiça comum para processar e julgar os casos decorrentes de contrato de previdência complementar privada.

Importante mencionar também as mudanças trazidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pelo art. 14, §4º e §9º Lei n. 10.259/2001³¹⁹, e as mudanças ensejadas pelo art. 321, § 5º do Regimento Interno do STF, que retiraram o caráter subjetivo

Primeira Turma, julgado em 10/03/2015;RE 546649 AgR-ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015;

³¹⁶ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. (...) 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.(STF. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368) – *grifos nossos.*”

³¹⁷ “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade comefeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.(ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)” – *grifos nossos.*

³¹⁸ “EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). (...) (RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001)” – *grifos nossos.*

³¹⁹ Lei 10.259/2001: Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais, atribuindo-lhe características bem similares as ações objetivas, como bem sintetiza Fredie Didier:

O procedimento para julgamento deste recurso permite a intervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF); a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja (inciso VII do § 5º do art. 321 do RISTF); e, ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgue o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 do RISTF), norma semelhante ao art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC.³²⁰

A jurisprudência também tem conduzido a mudanças importantes no que tange ao procedimento do recurso extraordinário, assumindo uma postura de afirmação da sua objetivação. Entre tantas decisões paradigmáticas que, ao longo dos anos, foram afirmando este viés mais objetivo do recurso extraordinário, vale a pena apreciar, devido a sua importância, o RE 298.695 de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. O referido recurso foi julgado em 08/05/2001, e a Corte concluiu pela possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido.

A decisão solidificou a causa de pedir aberta do recurso extraordinário³²¹, semelhante ao que já acontece no julgamento das ações de controle abstrato, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido. Gilmar Mendes alega que neste precedente, o STF entendeu necessário diferenciar juízo de admissibilidade do juízo de mérito em sede de recurso extraordinário.

Assim, o Tribunal afirmou que o juízo positivo de admissibilidade requer que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados, ao passo que o mérito envolve a verificação da compatibilidade entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário.³²²

³²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordinario_e_objetivacao. Acesso em: 17/08/2015.

³²¹ Outros casos: RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007; RE 388830, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006.

³²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1087.

Em voto vencido sobre o tema, no julgamento do RE 582760³²³, o ministro Gilmar Mendes, ao defender a causa de pedir aberta, ponderou sobre o processo de mudanças vivenciado pelo recurso extraordinário nos últimos anos, considerando a sua objetivação, como pode ser percebido no trecho exposto abaixo.

Tal como já destaquei, o Tribunal não se tem, na verdade, atido a mais - e aí, diria eu, felizmente - àquela ortodoxia do recurso extraordinário apenas como matéria de caráter subjetivo, ou como elemento de defesa de caráter subjetivo. Pelo contrário, a partir de várias decisões, temos tido a manifestação do Tribunal no sentido de, especialmente quando se trata de inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, se manifestar, a despeito daquela manifestação não aproveitar o caso concreto.

Inegavelmente, ainda que haja resistência a estes novos procedimentos que garantem novas formas ao recurso extraordinário, o referido recurso tem desempenhado a função cada vez mais relevante de intermediação entre as decisões exaradas pela Suprema Corte brasileira. Como ponto comum entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade exercidas pelo STF, o recurso extraordinário e suas mudanças procedimentais demonstram a possibilidade real de uma aproximação entre ações aparentemente distintas, que se finaliza na conjunção de seus efeitos.

Deve-se ressaltar que a repercussão geral não é o único instrumento formal que viabiliza esta abrangência de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, as súmulas vinculantes realizam esta função com excelência, atribuindo às decisões com efeitos restritos, eficácia vinculante, não se restringindo ao Recurso Extraordinário, como será apreciado a seguir.

3.3.3. A Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional 45/2004 instituiu no sistema constitucional brasileiro a figura da Súmula Vinculante. Em que pesem outras menções ao direito sumular³²⁴, como, por

³²³ RE 582760, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008.

³²⁴ O direito sumular traduz o resumo das jurisprudências sedimentadas em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do país, que visam à rapidificação de causas no Judiciário. A se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de Súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio de uniformização das decisões. Prevalência do entendimento contido no direito sumulado, que traduz manifestação de um colegiado, para negar provimento ao agravo regimental. (STJ, 1ª Turma, rel. Min. Pedro Acíoli. Ag. Reg. em Resp. n. 3317-BA, julgado em 26/11/90).

exemplo, o clássico art. 479 do CPC³²⁵, a referida Emenda Constitucional inovou ao estabelecer observância compulsória da jurisprudência da Corte Suprema em matéria constitucional, quando sumuladas por decisão de dois terços dos seus membros.

Em consenso doutrinário, os motivos que levaram a introdução da Súmula Vinculante ao direito brasileiro perpassam pela crescente tendência de valorização da jurisprudência e a necessidade de se conter as diversas demandas em torno de um mesmo objeto, possibilitando uma atuação mais célere e eficaz do Judiciário. Luis Guilherme Marinoni vai além, afirmando que, em verdade, esta nova modalidade de súmula, agora na versão vinculante, surgiu da percepção de que as súmulas comuns vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, “descompromissados com os casos e precedentes que lhes deram origem e com uma metodologia incapaz de permitir a sua adequada aplicação num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e a segurança jurídica”³²⁶.

Como é possível perceber através da leitura simples do art. 103-A da Constituição da República de 1988, aprovada a súmula pelo Supremo Tribunal Federal, esta terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, tal como as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ratificando uma aproximação entre estas modalidades aparentemente contrapostas de controle de constitucionalidade.

Pelo fio do exposto, considerando o trinômio igualdade – estabilidade – previsibilidade na entrega da prestação jurisdicional, a súmula com efeito vinculante promove a aproximação entre o controle difuso, instaurado pela via de exceção, dado que a súmula traduz reiteradas decisões acerca da matéria constitucional, e o controle concentrado, instituído pela via de ação direta, eis que o efeito vinculante transcende as controvérsias atuais entre órgãos judiciários e administrativos ou organismos judiciais entre si que motivaram a jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, de constitucionalidade de leis e atos normativos.³²⁷

As Súmulas Vinculantes serão editadas, revistas e canceladas³²⁸ por decisão de dois terços dos Ministros do STF, por iniciativa própria ou mediante provocação, sendo que, somente poderão ser editadas depois de reiteradas decisões do STF sobre a questão

³²⁵ Código de Processo Civil de 1973: Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 487.

³²⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 495.

³²⁸ Os legitimados para proporem a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante estão listados no art. 3º, *caput*, da Lei 11.417:

constitucional controversa³²⁹, isto é, a Súmula Vinculante apenas poderá ser editada quando houver controvérsia acerca da *ratio decidendi*³³⁰ das decisões que dizem respeito a uma mesma questão constitucional.

Assim ensina Luiz Guilherme Marinoni:

Não há razão para instituir súmula quando a *ratio decidendi* dos precedentes que versaram determina questão jurídica clara, não existindo sobre ela qualquer controvérsia atual. Ora, a clareza da *ratio decidendi* é, por si só, apta a tutelar a segurança jurídica e a inibir a multiplicação de processos a respeito de “questão idêntica”. Na verdade, admitir súmula vinculante em relação a uma *ratio decidendi* clara é supor que toda e qualquer *ratio decidendi*, para ter eficácia vinculante depende da observância do procedimento instituído para a edição da “súmula vinculante”. Portanto, é esquecer que há irreversível processo de redefinição do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal.³³¹

Marinoni, ao tratar da clareza da *ratio decidendi* dos precedentes para a elaboração das Súmulas Vinculantes, expõe tema fundamental para a divergência entre a vinculatividade das súmulas e os mecanismos garantidores de uma nova faceta do recurso extraordinário, entre eles, a repercussão geral.

O instituto da repercussão geral, como analisado, surgiu para delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Sua principal função foi a instituição de mais uma barreira aos recursos sem o viés extraordinário, reduzindo assim o número de recursos que chegam ao STF. A súmula vinculante, diferentemente, não tem o condão de impedir recursos repetitivos, mas sim,

³²⁹ Esta deveria ser a regra quanto à edição de Súmulas Vinculantes, em razão de sua importância para as decisões das instâncias inferiores, no entanto, há casos em que o STF não seguiu este mandamento, como na edição da Súmula Vinculante das algemas em 2008 (súmula vinculante nº 11), derivada de uma decisão principal proferida no HC 91952, reiteradas pelas decisões nos HC 89429, 71195 e 56465. De acordo com o verbete, “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”. Esta Súmula Vinculante foi confirmada em setembro de 2015, e ainda está em vigor.

³³⁰ A *ratio decidendi* ou *holding* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, também chamado de seu núcleo essencial. Trata-se de um conceito bastante discutido, tendo em vista a própria dificuldade em defini-lo e de identificá-lo. De acordo com Patrícia Perrone, sua identificação suscita diversas questões, entre elas: “a) quais são as formulações jurídicas efetivamente imprescindíveis à decisão e como podem ser identificadas? Trata-se de aspecto essencial, uma vez que justamente tais formulações corresponderão ao enunciado vinculante para as demais cortes. b) O holding abrange a fundamentação da decisão? c) Quais são os métodos para a sua identificação? d) E, por fim, a pergunta mais complexa: com que grau de generalidade se deve formular o comando extraído de um caso concreto ou com que amplitude se devem tratar os fatos que o geraram?” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-120)

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 490.

solidificar, em enunciados, posições já consolidadas pela jurisprudência da Suprema Corte, por isso sua não utilidade no caso de decisões cuja *ratio decidendi* é clara.

Diferença importante entre os institutos também se apóia na vinculação, aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, à tese jurídica firmada com a edição da Súmula Vinculante, sendo possível, inclusive, a utilização da Reclamação Constitucional em caso de decisão judicial ou ato administrativo que deixe de aplicá-la. A repercussão geral é própria do Recurso Extraordinário e produzirá efeitos apenas aos órgãos do Poder Judiciário, não afetando à Administração Pública.

Deve-se ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal está vinculado à observância das Súmulas Vinculantes, mas esta vinculação é limitada, estando a Corte impedida de afastar a observância da súmula, mas admitindo a possibilidade do entendimento ser superado pela maioria absoluta de seus membros. Esta superação de entendimento também tem sido utilizada pelo STF na sistemática de suas súmulas não vinculantes³³², tornando frágeis as diferenças entre aquelas e estas, principalmente se considerada as mudanças observadas no controle difuso de constitucionalidade. Marinoni tece importantes comentários sobre a questão:

Por ser assim, não há como pensar que as súmulas, quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante. Elas têm esta eficácia pela simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição.³³³

Após esta análise geral sobre o tema é possível verificar que através de decisões proferidas também em controle difuso de constitucionalidade pelo STF, sobre o mesmo objeto

³³² EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido. (HC 85185, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-04 PP-00800) – *grifos nossos*.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 487.

e possuindo o mesmo tema, súmulas vinculantes³³⁴ e não vinculantes³³⁵ poderão ser editadas, garantindo efeitos expansivos a estes entendimentos consolidados, o que, de fato, demonstra mais um passo em direção ao respeito às decisões da Suprema Corte, principalmente no que tange à jurisdição difusa.

Esta expansividade de efeitos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, como visto até aqui, se delinea a partir de mudanças na legislação e pela adoção de institutos específicos responsáveis por impor esta abrangência, como a sistemática da repercussão geral e das súmulas vinculantes. No entanto, somada a elas, a forma como o próprio Tribunal Excelso manuseia estas decisões também tem garantido novas perspectivas ao controle difuso, como pode ser verificado na posição concretista adotada pelo STF no julgamento de Mandado de Injunção e também nos debates travados no julgamento da Reclamação 4335/AC, analisados em detalhes nos itens subsequentes.

3.3.4. A concretização do mandado de injunção³³⁶

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, LXXI da CRFB/88, se constituindo como instrumento cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como, o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania. Este remédio constitucional, juntamente com a ação de inconstitucionalidade por omissão, tem por objeto a tutela de direitos

³³⁴ A título de exemplo, a Súmula Vinculante nº 50 (“Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade”), aprovada em 17 de junho de 2015, tem como base as decisões proferidas nos seguintes recursos: RE 295992, RE 356476, RE 354406, RE 248854, RE 356368, RE 232287, RE 222323, RE 195218, RE 275791, RE 180224, RE 192730, RE 230115, RE 294543, RE 278557, RE 270341, RE 258789, RE 219878, RE 228796, RE 240266, RE 205686, RE 209386, RE 203684, RE 181832.

³³⁵ A título de exemplo, a Súmula do STF nº 717 (“Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”), aprovada em 24 de setembro de 2003, tem como base as decisões proferidas nos seguintes *habeas corpus*: HC 72565, HC 72149 e HC 73760.

³³⁶ Sobre o tema: TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *Mandado de Injunção: novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6389_6416.pdf. Acesso: 31/10/2015; GUELLERO, Camila Talhete; ESTEVES, João Luiz Martins. O mandado de injunção como possibilidade de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/10879/9513>. Acesso em: 31/10/2015.

esvaziados pela inércia do poder público e foi criado com vistas a sanar a ineficácia das disposições constitucionais diante de omissões legislativas juridicamente relevantes³³⁷.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

O mandado de injunção há de ter por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afetam direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).³³⁸

Em que pesem o seu relevante objeto e fundamento, por muitos anos, o Mandado de Injunção ficou sem utilidade efetiva no direito brasileiro, visto que a jurisprudência assentou o entendimento no sentido de que suas decisões estariam limitadas a constatar a inconstitucionalidade da omissão, deixando ao legislador a função de tomar as providências cabíveis para saná-la. Nas palavras de José Afonso da Silva³³⁹, esta postura deu ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão, esvaziando-o, pois a simples identificação da omissão e comunicação ao órgão competente não seriam suficientes para tutelar os direitos em questão, ao contrário, apenas evidenciariam a eficácia limitada de muitas normas constitucionais³⁴⁰.

Com o passar do tempo, a exigência por tutelas jurisdicionais concretizadoras de direitos se ampliou e com isso o mandado de injunção cresceu como possibilidade real de

³³⁷ “A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. (...) Poderá de uma forma geral, falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática.” (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos: O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. in As garantias do cidadão à justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354/355*)

³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1181.

³³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 452.

³⁴⁰ De acordo com José Afonso da Silva as normas constitucionais poderiam ser consideradas sob uma tríplice característica: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. “Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também, se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA. José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 82)

solucionar as omissões e não apenas de declará-las. Este processo concretizador, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi gradual, sofrendo modificações pontuais, até transparecer uma mudança efetiva de postura diante do instituto.

O primeiro grande passo em direção à mudança foi a possibilidade de estipulação, em Mandado de Injunção, de prazo para que fosse sanada a mora legislativa³⁴¹. O Tribunal deixou de apenas comunicar a omissão ao órgão competente, para também estipular prazos para que ela fosse sanada, sob pena de ele mesmo assegurar ao prejudicado a satisfação de seu direito, adotando uma postura proativa e moldando o caminho em direção às sentenças com caráter normativo.

Sem dúvidas, o marco dessa mudança paradigmática ocorreu nos julgamentos dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712³⁴², que envolviam o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII da CRFB/88³⁴³. O STF tinha entendimento consolidado no sentido de que, devido à inexistência de lei exigida pela Constituição, o referido direito não poderia ser exercitado pelos servidores³⁴⁴, no entanto, este entendimento foi alterado, decidindo a Suprema Corte pela aplicação analógica da lei que regulava o direito de greve dos empregados da iniciativa privada (Lei n. 7.783/89). O Supremo Tribunal Federal foi além da mera estipulação de prazo para que os órgãos competentes suprissem a omissão, ele concretizou um direito, adotando uma moderada sentença de perfil aditivo³⁴⁵.

Desta forma, as decisões que, em decorrência de jurisprudência consolidada, tinham natureza declaratória, ganham um caráter constitutivo, devendo o magistrado utilizar mecanismos diversos para a regulamentação daquele direito até então sem efetividade. De acordo com Luis Roberto Barroso, o caráter constitutivo se verificaria no plano da criação da

³⁴¹ MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991.

³⁴² Informativo nº 485 do STF: O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37.VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

³⁴³ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

³⁴⁴ MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994.

³⁴⁵ "De fato, a sentença aditiva – entendida como a decisão que agrega conteúdo ao conteúdo normativo original do preceito, ampliando-o, sem incidir em seu texto – indica que um artigo é inconstitucional enquanto não estabelece, ou não prevê, ou omite, ou não inclui, ou exclui, algo que deveria incluir para ser completamente conforme a Constituição. Daí que seja possível afirmar que a sentença aditiva tem sua causa numa omissão da lei." (BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 172-173)

normatividade ausente e, somado a ele, também haveria um caráter instrumental, tendo em vista que “uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida”³⁴⁶.

Essa mudança na postura da Suprema Corte e do Judiciário brasileiro como um todo, diante do Mandado de Injunção, gerou alguns questionamentos, principalmente em relação à usurpação de competências dos demais poderes, tendo em vista que seria explícita a interferência do Judiciário na esfera do Legislativo e do Executivo. Todavia, a legitimação desta atuação diferenciada encontra amparo na omissão estagnante dos referidos poderes, impedindo a aplicação efetiva da Constituição e dos direitos por ela tutelados³⁴⁷.

Rui Medeiros faz uma análise importante sobre este papel proativo dos Tribunais, realçando as necessárias intervenções por eles efetuadas para a efetivação de direitos.

Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um indirizzo político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional.³⁴⁸

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

³⁴⁷ Deve-se ressaltar que quanto às omissões penais, a postura judicial ainda deve ser de contenção, mesmo que a omissão esteja na própria norma constitucional, isto porque, no que tange a criminalização de condutas, deve-se aplicar a legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, CF), sendo vedadas analogias e construções jurisprudenciais neste sentido. Como grande exemplo de omissão penal, o mandado constitucional de criminalização do terrorismo, previsto no art. 5º, XLIII, CRFB/88 (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem), ainda não possui previsão legislativa, não cabendo ao Judiciário concretizá-lo. Sobre o tema: BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização – O paradigma do terrorismo*. Mimeo, 2013; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso: 26/10/2015.

³⁴⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 493. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1189.

Especificamente, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, esta postura concretista ganha ainda mais relevância, visto ser ele o grande intérprete e guardião das normas constitucionais, sendo responsável por zelar pela eficácia das mesmas. Assim, a mera identificação de uma omissão legislativa, diante de direitos não tutelados e de normas constitucionais ineficazes, estaria muito aquém de um tribunal como a Suprema Corte brasileira, sendo consequência inevitável, diante de omissões legislativas, as decisões com forte caráter concretizador.

Somadas a esta natureza constitutiva das decisões em sede de mandado de injunção, as questões envolvendo os seus efeitos também ganharam destaque, principalmente, quando considerada a possibilidade de sua extensão aos casos idênticos, como esboçado nos mandados de injunção acima citados, referentes ao direito de greve dos servidores públicos. Estes paradigmas além de garantirem uma postura concretista ao remédio constitucional, também deixaram em evidência a eficácia *erga omnes* deste típico exemplo de controle difuso de constitucionalidade.

Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindo de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente para os impetrantes, mas também para os casos idênticos ou semelhantes. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.³⁴⁹

No âmbito doutrinário, ainda pairam divergências quanto a estes efeitos contra todos, visto que parte relevante da doutrina³⁵⁰ defende que o órgão jurisdicional cria, para fins específicos, a norma necessária para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo e não *erga omnes*. Todavia, não foi esta a posição que se consolidou em sede jurisprudencial, quando compete ao Supremo Tribunal Federal suprir a omissão, ratificando a transformação, vivenciada na atualidade, pelo controle difuso e concreto de constitucionalidade.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1195.

³⁵⁰ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

3.3.5. A Reclamação 4335/AC e um novo caminho a ser seguido

O instituto da reclamação foi adotado pelo Regimento Interno do STF no ano de 1957, sob a égide da Constituição de 46. No entanto, foi com a Constituição de 1988, em seus arts. 102, I, I³⁵¹ e 105, I, f³⁵², que ele adquiriu status constitucional, se constituindo como um mecanismo de preservação da competência dos respectivos tribunais. Posteriormente, com a emenda constitucional nº 45, que introduziu o art. 103-A, §3º à Constituição da República, a reclamação também passou a se ocupar das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, visando a sua proteção e observância pelas demais instâncias.

O referido dispositivo estabelece que o ato administrativo e a decisão judicial que contrariar súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, ensejará reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada. Nesta esteira, como as decisões em controle concentrado de constitucionalidade também produzem efeitos vinculantes, este artigo passou a ser interpretado de forma abrangente, sendo cabível a reclamação também nos casos de inobservância das decisões do STF em ações objetivas.

Quanto às decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade, em razão dos efeitos limitados, a reclamação não teria cabimento, tendo em vista sua função de garantir a autoridade das decisões vinculantes. No entanto, em contramão ao consolidado pela doutrina tradicional, o Supremo Tribunal Federal foi surpreendido com a reclamação nº 4335/AC, ensejada a partir do descumprimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade (HC 82.959/SP), cujos efeitos, em um primeiro momento, seriam restritos as partes do processo e, por isso, insuficientes para complementar os requisitos de uma reclamação³⁵³.

³⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

³⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

³⁵³ Glossário Jurídico: A Reclamação é um processo sobre preservação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Está prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 102, inciso I, letra “I”, e regulamentada pelos artigos 156 e seguintes, do Regimento Interno do STF. Sua finalidade é preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais tribunais. Além dos requisitos gerais comuns a todos os recursos, deve ser instruída com prova documental que mostre a violação da decisão do Supremo. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=204>. Acesso em: 26/08/2015)

O referido *habeas corpus*³⁵⁴, responsável pela controvérsia, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, sendo declarada, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90³⁵⁵, tornando possível a progressão de regime em crimes hediondos, o que era, até então, vedado. Esta decisão foi tomada com base na garantia constitucional à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI³⁵⁶), visto que o referido dispositivo não permitia que fossem consideradas as particularidades de cada apenado, definindo uma regra inflexível e ausente de parâmetros suficientes para uma análise individualizada.

Com base na decisão que deferiu o *habeas corpus*, a Defensoria Pública da União solicitou a concessão da progressão de regime a outros apenados em situação semelhante aos envolvidos no caso concreto, todavia o juiz de direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC indeferiu o pedido realizado, alegando que a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 estaria limitada às partes envolvidas no processo e somente seria a favor de todos, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo, conforme o mandamento do art. 52, X, CRFB/88.

Diante de tal negatória, a Defensoria Pública da União interpôs reclamação ao Supremo Tribunal Federal alegando ter o juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco descumprido sua decisão, o que seria inadmissível considerando a função exercida pela Suprema Corte no sistema jurídico brasileiro. No caso em análise, não foi feita diferença entre os efeitos das decisões em controle de constitucionalidade, ao contrário, a Defensoria levou em conta a importância das decisões da Suprema Corte e a impossibilidade das mesmas serem desconsideradas pelas instâncias inferiores, o que deveria ser levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁴ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

³⁵⁵ Lei 8072/90. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

³⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Desta forma, a reclamação 4335/AC rompeu não apenas com a dicotomia de efeitos das decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, mas também trouxe a tona tema de suma importância, ligado à tutela de direitos fundamentais. Como pode ser percebido com a análise das circunstâncias que ensejaram a reclamação em questão, o direito fundamental à liberdade foi tratado de formas diferentes em razão da modalidade de controle de constitucionalidade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que apenas em circunstâncias idênticas fossem impedidos de gozar de um benefício garantido pela mais alta Corte do país. Isso equivaleria a permitir a aplicação de dispositivo restritivo da liberdade e declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo, exclusivamente por conta da modalidade de controle no qual a declaração de inconstitucionalidade foi proferida.

A reclamação foi julgada em 20 de março de 2014 e com ela os efeitos diferenciados das decisões em controle difuso de constitucionalidade deixaram de ser mencionados apenas por uma parte da doutrina nacional, passando a ser discutidos no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. As discussões que se moldaram em plenário permitiram um debate profundo sobre os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, e, ainda que não tenham atingido as expectativas criadas em torno da reclamação, evidenciaram um novo momento do controle de constitucionalidade brasileiro, perpassando por questionamentos quanto à competência senatorial e pelas mudanças que sustentam a objetivação do controle difuso.

O relator da ação, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, votou pelo provimento da reclamação, corroborando a posição defendida pela Defensoria quanto aos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, independentemente da atuação do Senado Federal prevista no art. 52, X, CRFB/88. Em seu voto, o ministro construiu uma sólida rede de fundamentações para embasar a perda de eficácia do referido dispositivo, afirmando que seriam apenas históricas as razões que contribuíram para a permanência do instituto tal como previsto no sistema jurídico pátrio.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.³⁵⁷

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho

De acordo com sua exposição, diante das várias transformações observáveis na legislação e na jurisprudência, o artigo 52, X, da CRFB/88 teria passado por um processo de obsolescência, perdendo parte do seu significado e por isso foi objeto de uma verdadeira mutação constitucional.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.³⁵⁸

Assim considerando, seria reservado ao Senado Federal o papel de dar publicidade a decisão que declara uma norma inconstitucional e não mais de atribuir a esta declaração eficácia *erga omnes*, nesta vertente, as declarações de inconstitucionalidade do plenário do STF em jurisdição difusa seriam recobertas de efeitos gerais sem o exercício da competência senatorial. Em acordo a estes fundamentos, o ministro Eros Grau, também ressaltou em seu voto esta mutação do dispositivo, afirmando ser o novo texto adequado ao arcabouço constitucional.

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto, norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

(...)

Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.³⁵⁹

do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso: 26/08/2015

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso: 26/08/2015.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso: 26/08/2015.

Em que pese o argumento muito bem construído a favor da mutação constitucional do artigo em voga, o que levaria, sem dúvidas, a uma mudança considerável no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não foi o que prevaleceu, sendo alegada, pelos ministros contrários a posição, a interferência infundada em competência legislativa, o que ensejaria violação direta ao princípio da separação de poderes, e reafirmado os limites do fenômeno da mutação constitucional, os quais estariam sendo ultrapassados pela interpretação sugerida.

Dessa forma, para os Ministros divergentes, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF/88, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF; de maneira que, eles afastaram a ocorrência da alegada mutação constitucional. Todos argumentaram que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão; e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizaram que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF/88, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição.³⁶⁰

Confirmada a competência do Senado Federal, a improcedência da reclamação em destaque era a consequência lógica para o seu resultado, visto que, como explicitado, a decisão responsável por provocar a Corte Suprema não havia sido objeto de análise pelo órgão legislativo e por isto seus efeitos estariam limitados às partes envolvidas no caso concreto, não se enquadrando nas hipóteses de cabimento de processos como a reclamação. No entanto, o Ministro Teori Zavascky apresentou voto importante que, a partir das premissas que elegeu e das posições que adotou, mudou o rumo da reclamação e permitiu, ainda que de forma contida, a análise do cerne da questão em debate.

No meu entender, a ocorrência, ou não, da mutação do sentido e do alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 52, X) não é, por si só, fator determinante do não-conhecimento ou da improcedência da reclamação. Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força

³⁶⁰ MEDEIROS, Oriane Dantas de. *A influência do realismo judicial no julgamento da Reclamação Constitucional 4335-5/AC: rejeição da mutação constitucional prevista no art. 52, X, CRFB/88*. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/2276/1301>. Acesso: 29/08/2015.

expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação.³⁶¹

Teori Zavascki, em seu voto, relatou a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal, enumerando importantes exemplos capazes de caracterizar um verdadeiro processo de aproximação entre o sistema brasileiro e a cultura do *stare decisis*³⁶². Quanto ao controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, ponderou as transformações pontuais vivenciadas pelo ordenamento jurídico nos últimos anos, as mesmas destacadas neste capítulo, e os dois mecanismos específicos capazes de garantir efeitos vinculantes a estas decisões, a súmula vinculante e a repercussão geral, corroborando a força expansiva, expressão por ele cunhada, das mesmas.

No entanto, embora tenha considerado esta força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da atuação do Senado Federal, o ministro se posicionou de forma contrária ao cabimento de reclamações nestes casos, distinguindo as decisões exaradas pela Suprema Corte e seus efeitos, como pode ser percebido no trecho transcrito abaixo:

O mesmo sentido restritivo há de ser conferido à norma de competência sobre cabimento de reclamação. 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.³⁶³

Desta forma, mais uma vez, diante da posição adotada, a improcedência da reclamação em análise pareceu ser o único caminho viável, tendo em vista o seu não

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl4335TZ.pdf>. Acesso: 27/08/2015.

³⁶² “A expressão *stare decisis* deriva da frase latina: *stare decisis et non quieta movere*, que significa: ‘deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo’. Na *common law*, ela constitui a política que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente superiores.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 116.)

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl4335TZ.pdf>. Acesso: 27/08/2015.

cabimento, como bem ressaltou Teori Zavascki. No entanto, ainda havia outras possibilidades a serem consideradas, o que permitiu uma decisão de procedência um tanto controversa, cujo fundamento se estruturou na Súmula Vinculante nº 26³⁶⁴. Assim, em síntese, apesar de todas as relevantes discussões travadas em plenário, a reclamação 4335/AC foi julgada procedente com base em uma súmula vinculante superveniente ao seu próprio ajuizamento, existindo uma verdadeira disparidade entre os fundamentos da decisão de procedência e seu dispositivo.

Esta disparidade demonstra, em verdade, um grande receio por parte da Suprema Corte em assumir efetivamente os efeitos abrangentes das suas decisões em controle difuso, optando-se por uma decisão pragmática ao invés de uma decisão inovadora, ainda que os debates realizados demonstrem com evidência esta realidade.

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor.³⁶⁵

Inegavelmente, a reclamação 4335/AC propiciou debates importantes acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Além de reconhecer os seus efeitos expansivos, corroborando a aproximação com o controle abstrato de constitucionalidade sustentada pela doutrina especializada, ela permitiu que a sistemática contraditória dos efeitos das decisões da Suprema Corte fosse levada ao debate, possibilitando que questões tangenciais também fossem analisadas pelo plenário. No entanto muitos temas ainda permaneceram em aberto e as questões aparentemente dirimidas e concretizadas, com as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil³⁶⁶ no sentido de

³⁶⁴ Súmula Vinculante 26: Progressão de Regime no Cumprimento de Pena por Crime Hediondo - Inconstitucionalidade - Requisitos do Benefício - Exame Criminológico

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

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 195.

³⁶⁶ Vale destacar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 988 e seguintes, traz os procedimentos de um novo mecanismo de proteção às decisões, a reclamação. A reclamação poderá ser proposta perante qualquer tribunal e será cabível para preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

valorizar as decisões do STF, ganham nova roupagem, como é o caso da releitura do inciso X, do art. 52 da Carta da República, deixando explícito o longo caminho a ser percorrido para se chegar a conclusões únicas e certas acerca desta questão.

3.4. A releitura da competência do Senado Federal estabelecida no art. 52, X, CRFB/88

Conforme analisado, a Reclamação 4335/AC se destacou por proporcionar o debate sobre os efeitos abrangentes do controle difuso de constitucionalidade, e, como não poderia deixar de ser, também propiciou a análise da competência constitucional garantida ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvidas, a competência atribuída pelo art. 52, X, CRFB/88 ao Senado Federal é um dos pontos centrais da discussão acerca dos efeitos expansivos do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, tendo em vista que, conjuntamente às súmulas vinculantes, as resoluções emitidas pelo órgão legislativo conformam os mecanismos constitucionalmente previstos para a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes a estas decisões. Porém, como estudado anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio tem apresentado mudanças profundas no sentido de valorizar as decisões da Suprema Corte, garantido outras maneiras para a expansão dos seus efeitos, independentemente da atuação do Senado Federal, o que coloca em questionamento a validade desta norma constitucional.

Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha afastado a mutação constitucional do referido dispositivo constitucional, a percepção de contenção do STF na decisão final da Reclamação 4335/AC no sentido de dizer menos do que poderia, e as novas mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que reiteram a força das decisões da Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade, retomam as discussões sobre a competência senatorial, sendo importante a análise dos argumentos contra e a favor da sua releitura.

Fredie Didier³⁶⁷, Zeno Veloso³⁶⁸, Luiz Flávio Gomes³⁶⁹ e Gilmar Ferreira Mendes defendem a releitura do art. 52, X da CRFB/88, calcando seus argumentos na desnecessidade

³⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordinario_e_objetivacao. Acesso: 29/08/2015.

³⁶⁸ VELOSO, ZENO. *O Senado precisa ser retirado do controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/673>. Acesso: 29/08/2015.

da atuação do Senado Federal, diante de uma nova realidade do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e da amplitude do controle abstrato de constitucionalidade. De acordo com suas análises, o controle abstrato de constitucionalidade passou a ser muito mais utilizado diante da sua presteza e celeridade, reduzindo a importância do controle difuso e, por consequência, a competência atribuída ao Senado Federal, ademais, há casos em que o STF limita-se a ressaltar qual a interpretação que melhor se adéqua a Constituição, mais uma vez não se utilizando da competência senatorial.

Guilherme Peña de Moraes sintetiza os principais argumentos trazidos por estes autores no sentido de se sustentar a mutação constitucional da referida norma.

Primeira: enfraquecimento do controle difuso-incidental, em proveito do controle concentrado-principal, no qual todas as controvérsias judiciais relevantes sobre a aplicação de disposições legais, por iniciativa de legitimados ativos, concorrentes e disjuntivos, podem ser levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal que, inclusive, dispõe de competência para suspender liminarmente a eficácia de leis e atos normativos. Segunda: a suspensão de execução não se aplica às decisões de não recepção de normas pré-constitucionais, bem assim às técnicas de decisão no controle de constitucionais, nas quais o Supremo Tribunal Federal, embora não promova a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, fixa a interpretação constitucionalmente adequada ou correta em “decisões de calibragem”, tal como se dá na interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e sem pronúncia de nulidade. Terceira: o cabimento da arguição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos nas ações coletivas demonstraria a inutilidade da suspensão de execução no controle de constitucionalidade coletivo, tendo em vista que o provimento judicial de tutela coletiva poderia ser revestido, por si só, de efeito *erga omnes*.³⁷⁰

Gilmar Mendes, em artigo importante sobre o tema, ressalta, em sua linha argumentativa em prol da mutação constitucional do referido dispositivo, a falta de coerência na aplicação da teoria da nulidade no direito brasileiro, que, apesar de defendida, não seria concretizada, tendo em vista ser necessária a atuação de um órgão político para conferir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto. De acordo com o professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, se a doutrina e a jurisprudência entendem que lei inconstitucional é nula desde a origem, por coerência, deveriam defender, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado, previsto na Constituição, destina-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão e não a suspender sua eficácia.

³⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstratizado*. Consulex, nº 221, 2006. p. 47. *apud* MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

³⁷⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.³⁷¹

Outro argumento trazido pelos favoráveis à releitura do art. 52, X, da CRFB/88, são as súmulas vinculantes, que para alguns é o principal argumento que deslegitima a mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/88, mas para outros, indicam a possibilidade de se garantir às decisões em controle concreto de constitucionalidade eficácia vinculante e *erga omnes*, sem a intervenção do Senado Federal, enfraquecendo ainda mais o seu papel e corroborando com a necessidade de sua releitura para a permanência do dispositivo.

Gilmar Mendes, assim conclui:

Parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e -permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.³⁷²

Em sentido contrário às alegações ora apresentadas, Lenio Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, reafirmam a competência do Senado Federal, alertando para o risco de uma verdadeira usurpação de competência se realizada a releitura do dispositivo constitucional. De acordo com os autores, o art. 52, X, CRFB/88 é muito mais importante do que se tem pensado, ele consubstancia um

³⁷¹ MENDES, GILMAR. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>. Acesso: 29/08/2015.

³⁷² MENDES, GILMAR. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>. Acesso: 29/08/2015.

direcionamento das decisões do judiciário à esfera pública de controle dessas decisões, espelhando o Estado Democrático de Direito.

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.³⁷³

Ademais, os autores renegam a possibilidade de mutação do dispositivo, afirmando ser tal alegação uma verdadeira mudança do texto da Constituição, o que seria vedado. Para eles o que de fato ocorreria seria a mudança de um texto antigo para um texto novo e não de um texto antigo para uma nova norma, violando os limites da mutação constitucional³⁷⁴.

Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo – o Poder Legislativo, único que pode tratar do âmbito da vigência, providência necessária para dar efeito erga omnes à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?³⁷⁵

Em síntese, os argumentos utilizados contra a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 perpassam, em linhas gerais, pelos limites da declaração incidental de

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acesso: 29/08/2015.

³⁷⁴ Neste sentido, G. Jellinek traz reflexões importantes sobre a mutação e reforma da constituição e, especificamente, quanto a mutação constitucional por desuso das competências estatais, alerta: “De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevância jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal. (JELLINEK, G. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução: Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 51)

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acesso: 29/08/2015.

inconstitucionalidade, pelo respeito a princípios constitucionais basilares como o da separação dos poderes, e também pela existência do instituto da súmula vinculante, que tem a principal função de atribuir à jurisprudência consolidada da Suprema Corte efeitos *erga omnes* e vinculantes, se assim for desejado.

Primeiro: a jurisdição constitucional teria ultrapassado as possibilidades semânticas do texto constitucional, resultando em inovação não comportada pelo art.52, inc. X. Segundo: o precedente obrigatório importaria em violação dos princípios da separação dos poderes, devido processo legal e ampla defesa e contraditório, ao diminuir as atribuições do Senado Federal à de um órgão de divulgação intra-legislativa dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos poderão alcançar pessoas que não tiveram garantida a sua participação nos processos de tomada das decisões que as atingirão. Terceiro: a impossibilidade jurídica da declaração incidental de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* e vinculante seria demonstrada pelos pressupostos materiais da produção sumular. Como a aprovação, revisão ou cancelamento dos enunciados ou verbetes da Súmula Vinculante da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é subordinada à reiteração de decisões sobre matéria constitucional, os pronunciamentos de inconstitucionalidade no controle difuso, pela via de exceção, à toda evidência, não poderia ser dotados de força normativa.³⁷⁶

Indubitavelmente, não são simples as discussões acerca da atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda que haja posição do referido Tribunal sobre o tema, a questão ainda está longe de ser pacificada, principalmente se consideradas as novas circunstâncias processuais, já analisadas, que alimentam ainda mais os efeitos expansivos das decisões em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF e colocam em discussão a importância de parâmetros decisórios para a tutela efetiva de direitos.

Considerar a expansividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, diante da normatividade constitucional e do papel da Suprema Corte como principal intérprete da Constituição, impõe uma nova análise de toda a sistemática de controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro, o que implica diretamente na releitura de mecanismos já consolidados, como é o caso da competência atribuída ao Senado Federal, objetivando-se, assim, eliminar as divergências perigosas que permeiam o sistema brasileiro e dificultam uma interpretação unitária e coerente da Constituição da República e do ordenamento jurídico como um todo.

³⁷⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181.

3.5. O Supremo Tribunal Federal e a incongruência sistêmica derivada dos efeitos divergentes de suas decisões

O processo de reconstrução do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, acompanhado pela análise das mudanças legislativas e jurisprudenciais que lhe atribuem efeitos mais abrangentes, demonstra mais do que uma tendência do direito nacional à valorização das decisões dos tribunais superiores, em verdade, evidencia uma tentativa de solucionar as problemáticas derivadas da própria estrutura do controle de constitucionalidade brasileiro, preso em tradições e incongruências institucionalizadas.

Conforme analisado até o momento, o Brasil sofreu influências de duas matrizes diversas no âmbito do controle de constitucionalidade, a americana e a austríaca, não as incorporando integralmente, o que originou um sistema com peculiaridades próprias. Nesta adaptação de sistemas, o Supremo Tribunal Federal assumiu a competência de exercer as duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade, ora analisando a constitucionalidade da norma em tese, ora analisando a norma no caso concreto, ratificando as influências do *judicial review* americano³⁷⁷.

Porém, embora o *judicial review* tenha sido adaptado com êxito ao sistema brasileiro, a ele não foi conjugado mecanismos que garantissem vinculatividade às decisões da Suprema Corte, tal como o *stare decisis*, o que contribuiu para que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade não tivessem a abrangência que lhe era necessária, indo de encontro às decisões em jurisdição abstrata, com efeitos *erga omnes* e vinculante.

³⁷⁷ “The value of judicial review lies in its utility in establishing a practice for reflection and deliberative conversation designed to translate the constitutional values of the past into the constitutional reality of the present. Judicial review provides the government and the people with a chance to take a second look at or have a second thought about their conduct—as expressed through laws and other official action—in order to ascertain whether this conduct comports with prevailing constitutional meanings and traditions. Individual practical reasoning includes both (first-order) decisions and judgments about what to value and what to do, and it also includes (second-order) critical reflection upon whether our first-order judgments were properly generated. The Court, through judicial review, helps us achieve this critical reflection. However, we simply sacrifice the *raison d’être* of republican democracy when we regard the Court’s second-order judgments as binding all other governmental branches and the entire body politic. Judicial review is designed to encourage us to reflect upon the conduct of the elected branches, not to short-circuit the legislative process by anointing the Court as perennial monitor checking the elected branches’ homework. The overriding imperative here is to welcome what courts say in our deliberative conversations about constitutional meaning, not to identify their words as final.” (LIPKIN, Robert Justin. *What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?* Widener Law Review. vol. 14, n. 1, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1309757>. Acesso: 15/09/2015) Ver também: FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law review. v. 84. n. 2, 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso: 15/09/2015.

Sobre esta questão, Lúcio Pegoraro faz uma crítica importante, afirmando que, na verdade, a não adoção do *judicial review* americano em sua totalidade, ou seja, com a observância do *stare decisis*, resulta de uma dificuldade dos próprios juristas em aceitarem uma aproximação entre as famílias do *common law* e do *civil law*.

Mas, com a devida cautela, parece que o dogma da dificuldade de exportação do modelo americano para os sistemas da *civil law* opera, prevalentemente, como legado cultural de juristas resistentes a considerar a progressiva aproximação das famílias do *common law* e da *civil law* e o reconhecimento da extraordinária flexibilidade e capacidade de adaptação da justiça constitucional: capacidade comprovada, por um lado, pela atenuação da eficácia vinculante do precedente nos Estados Unidos; por outro, pela aquisição de eficácia *erga omnes* dos precedentes elaborados por alguns Tribunais Supremos nos ordenamentos da *civil law*.³⁷⁸

Esta realidade trouxe algumas incoerências ao sistema brasileiro, pois, embora a Constituição seja dotada de grande normatividade e o Supremo Tribunal Federal, diante deste contexto, exerça a função de grande intérprete e aplicador das normas constitucionais, algumas de suas decisões não possuem força suficiente para vincular as instâncias inferiores, estando restritas, inclusive, às partes do processo, o que enfraquece sua função de Tribunal Constitucional e prejudica a percepção una do ordenamento jurídico, validando interpretações dissonantes ao entendimento da Suprema Corte e, corroborando para a desigualdade de tratamentos em casos idênticos.

Diante desta situação, mecanismos alternativos foram inseridos ao ordenamento jurídico pátrio no sentido de fortalecer o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e atribuir eficácia expansiva às suas decisões, espelhando a importância de parâmetros decisórios para a unidade do sistema constitucional. Nestas circunstâncias, como analisado ao longo deste capítulo, os efeitos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade ganharam o respaldo legal para se expandirem, mas ainda são muitas as questões que rodeiam o tema, tendo em vista a resistência em se consolidar uma vinculatividade direta destas decisões às demais instâncias.

Em verdade, as mudanças legislativas e jurisprudenciais que conformam este novo momento do controle difuso de constitucionalidade, evidenciaram as distorções de um sistema que garante efeitos diversos a decisões exaradas por uma mesma Corte Suprema, como o Supremo Tribunal Federal, demonstrando, assim, a importância em se valorizar as suas

³⁷⁸ PEGORARO, Lúcio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>. Acesso em: 06/11/2015.

decisões como um todo, independentemente da forma em que se realiza o controle de constitucionalidade. Sem dúvidas, a expansão dos efeitos das decisões em controle difuso já representa um direcionamento do sistema nacional em busca de uma coerência decisória, o que tem sido corroborado com o estudo dos precedentes obrigatórios no Brasil.

Deve-se ponderar com antecedência que, nos últimos anos, tem-se acompanhado o crescimento do estudo dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro. Muitos autores, como Thomas da Rosa de Bustamante, Patrícia Perrone e Luis Guilherme Marinoni, defendem a ideia de que mesmo o Brasil sendo herdeiro do sistema da *civil law*, a adoção de precedentes obrigatórios tal como estruturado no sistema da *common law* não desvirtuaria a tradição brasileira, ao contrário, apenas acrescentaria um novo elemento, o que poderia ser confirmado com a presença de decisões vinculativas. Estes estudos, ainda que divergentes do recorte metodológico realizado neste trabalho, como já explicado, são importantes para demonstrar uma nova concepção quanto aos efeitos das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso e concreto de constitucionalidade, deixando explícita a importância de referências decisórias para a coerência do sistema.

Pesquisas relacionadas à consolidação dos precedentes no sistema brasileiro demonstram o caráter diferenciado destas decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, sendo, inclusive, defendido por alguns autores a ideia de uma vinculatividade em sentido frágil nestes casos. Thomas da Rosa de Bustamante, por exemplo, ao mencionar em seu estudo algumas das normas sobre precedentes judiciais encontradas no sistema jurídico brasileiro, expõe a complexidade da legislação nacional que abarca todas as diferentes intensidades ou graus de eficácia imagináveis para o *case law*, desde o precedente vinculante em sentido forte ao meramente persuasivo.

De acordo com o professor, apesar destas mudanças normativas não tornarem as decisões do STF em jurisdição difusa, decisões vinculantes em sentido forte, elas certamente elevaram o seu *status* ao nível de vinculante em sentido frágil.

Uma norma adstrita derivada de precedente consolidado do STF ou do STJ, seja explicitamente formulada por meio de uma súmula ou meramente reiterada por um órgão especial ou seção, tem um efeito vinculante em sentido frágil que encontra suporte tanto em princípios constitucionais como em leis que recentemente introduziram novas disposições no Código de Processo Civil. A força desses precedentes reside no argumento da universalidade e na exigência de justificação racional das decisões judiciais.³⁷⁹

³⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p 325.

Sobre o tema, Patrícia Perrone também explicita uma classificação semelhante à realizada por Bustamante, todavia utiliza de nomenclatura diferenciada. De acordo com a autora, haveria precedentes com eficácia normativa abarcando decisões que estabelecem entendimentos obrigatórios, precedentes com eficácia intermediária, que não possuiriam obrigatoriedade, mas que seriam dotados de efeitos impositivos brandos e, por fim, precedentes com eficácia meramente persuasiva, que seriam utilizados para fins de argumentação. Quanto às decisões do STF em controle difuso, Patrícia assim expõe:

Vale reiterar, contudo, que o controle incidental encontra-se em processo de evolução e de aproximação do sistema concentrado, razão pela qual, diante de todo o exposto, se poderia mesmo afirmar que as decisões proferidas no âmbito do primeiro pelo pleno do STF se qualificam como julgados com eficácia impositiva intermediária a caminho da eficácia normativa.³⁸⁰

Luiz Guilherme Marinoni, analisando os precedentes obrigatórios no Brasil, se posiciona de maneira mais contundente a este respeito, afirmando não ser possível atribuir o poder de controlar a constitucionalidade aos juízes, sem vinculá-los às decisões do Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios, não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável.³⁸¹

De acordo com entendimento importante do autor, a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal às demais instâncias não estaria ligada à forma como o controle de constitucionalidade é exercido, mas sim à “percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal estar comprometida”³⁸².

Desta forma, a expansão dos efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, mais do que uma mudança

³⁸⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 458.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 459.

sistêmica ou uma questão doutrinária, responde ao papel exercido pela Suprema Corte brasileira como grande guardião da Constituição, não sendo coerente que suas decisões, oriundas de um mesmo plenário, possuam pesos diversos, produzindo efeitos diferenciados e, portanto, podendo ser desrespeitadas pelas instâncias inferiores.

Sem dúvidas, a releitura dos efeitos destas decisões implica uma mudança importante ao sistema jurídico brasileiro, principalmente por romper com tradições arraigadas a história do Direito nacional e por enfrentar obstáculos estruturais, cuja superação exige a reformulação de competências constitucionais. Todavia, quando analisada sob a perspectiva da estabilidade decisória e da unidade interpretativa do ordenamento jurídico, integrado por uma Constituição normativamente fortalecida e coerentemente interpretada, ela evidencia a importância de uma valorização total das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade exercida, ponderando a relevância de parâmetros decisórios para a tutela efetiva e igualitária de direitos, como será apreciado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4. A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A BUSCA POR DECISÕES ISONÔMICAS PARA A TUTELA EFETIVA DE DIREITOS

4.1. Introdução

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade esboçam o entendimento do principal intérprete da Constituição acerca de questões que desestabilizam a estrutura constitucional por gerar dúvidas quanto a sua efetiva validade. Através delas, normas inconstitucionais são declaradas inválidas, interpretações são rechaçadas e a validade das normas constitucionais é reforçada, garantindo a unidade do sistema constitucional e a força normativa da Constituição.

Desta forma, diante da sua importância, a vinculatividade destas decisões, entendida neste capítulo como a vinculação entre as decisões da Suprema Corte e as demais instâncias, torna-se premissa básica para a coerência do sistema, representando não apenas a obrigatoriedade em seguir a posição da Suprema Corte, grande guardiã da Constituição, mas também evidenciando a necessidade em se estabelecer parâmetros de decisão para a tutela efetiva de direitos.

Neste contexto, o presente capítulo analisará a importância de decisões igualitárias para a solução de casos concretos semelhantes, principalmente quando temas constitucionais conformam o núcleo essencial das discussões em pauta, conduzindo a exposição para uma análise sobre o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de oportunizar previsibilidade e segurança jurídica ao sistema decisório brasileiro. Busca-se reiterar a importância de efeitos abrangentes para ambas às modalidades de controle de constitucionalidade exercidas pela Suprema Corte brasileira, ponderando a sua relevância para a coerência da ordem constitucional, para a duração razoável do processo e para a veiculação de tratamentos igualitários em casos idênticos, essencialmente, quando direitos fundamentais estão em questão.

4.2. Decisões igualitárias para casos concretos semelhantes

A consolidação do Estado de Direito tal qual o modelo francês, como analisado, se apoiou na lei para assegurar direitos e viabilizar a ruptura com o regime então vigente. Neste

contexto de legalidade, a segurança jurídica se associava à certeza dos direitos positivados, abrangendo a elaboração, a interpretação e a própria positivação do ordenamento. No entanto, este apreço à lei positiva, paulatinamente foi demonstrando os seus riscos e perigos, o que ensejou novas perspectivas ao ideal tradicional de segurança jurídica, agora atrelado a previsibilidade da atuação estatal em suas diversas esferas de poder.

A segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor ‘antes’ que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer ‘mais cedo’ o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada ‘dimensão formal-temporal da segurança jurídica’, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do ‘cálculo prévio’ independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma ‘certa medida’ de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade contedísticas para os destinatários da regulação³⁸³.

Nestes termos, no âmbito do Judiciário, a imprevisibilidade das decisões judiciais e, por consequência, a não uniformidade no tratamento de casos idênticos, passaram a ser consideradas como atentatórias ao próprio regime democrático, fragilizando a proteção de direitos garantidos pela legislação. Deve-se ressaltar que a concepção de um novo ideal de segurança jurídica, interligado a previsibilidade, evidenciou a fragilidade das leis diante das vicissitudes da interpretação judicial, o que se intensifica na interpretação da Constituição, com suas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, como já ressaltado.

Assim, se confirmou a importância de elementos conformadores, primeiramente, do que se pode chamar de sinceridade decisória, no sentido de os próprios órgãos do Judiciário seguirem seus entendimentos para casos específicos, e também do respeito ao entendimento consolidado por Tribunal Superior, o que converge para questão essencial, envolvendo a uniformidade de soluções para casos idênticos, também chamada de universalização³⁸⁴.

Garantir um tratamento isonômico para demandas interligadas por um mesmo núcleo jurídico traz vantagens relevantes para a unidade do sistema jurídico, potencializando à

³⁸³ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Editora Saraiva, 2004. p. 297. *apud*. DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na Segurança Jurídica*. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>. Acesso: 18/09/2015.

³⁸⁴ “A universalização é mais ampla que a igualdade. Para além de incluir a premissa da igualdade, a universalização exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização, o dever normativo de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedentes, quando o caso deva ser julgado de forma diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção.” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 410).

segurança jurídica, à estabilidade das decisões e à confiança dos seus destinatários. No que tange à interpretação e aplicação da Constituição, estas vantagens tornam-se ainda mais evidentes, tendo em vista toda a conjuntura que faz da Constituição a lei das leis, incluindo, sua supremacia no ordenamento jurídico e a efetividade de suas normas. Buscar uma interpretação igualitária da Constituição implica proteger sua coerência, e, considerando o processo de constitucionalização vivenciado atualmente, impõe a valorização das decisões judiciais e a vinculação entre estas decisões, não existindo espaços para decisões isoladas, sob pena de se massacrar direitos e se retornar a instabilidade indesejada.

4.2.1. Segurança Jurídica: previsibilidade, estabilidade e confiança

O pensamento constitucional contemporâneo atrela o Estado de Direito ao direito fundamental a segurança jurídica, fazendo com que a sua ausência seja percebida como óbice a concretização de um Estado democrático, social e garantidor de direitos. Desta forma, de acordo com as reflexões de Ingo Sarlet, a segurança jurídica não assumiu apenas a condição de direito fundamental da pessoa humana, no Estado de Direito, simultaneamente, ela se impôs como princípio fundamental da ordem jurídica estatal.

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniqüidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.³⁸⁵

Com efeito, a segurança jurídica pode ser desmembrada em duas dimensões, a objetiva e a subjetiva. Na sua dimensão objetiva, de acordo com Sarlet, ela exige um patamar mínimo de continuidade do Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, a segurança jurídica significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade. Assim, o cidadão

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso: 19/09/2015.

deve ter a expectativa de que o Estado e terceiros se comportarão de acordo com as normas vigentes, que haverá certa continuidade quanto aos direitos conquistados e, por fim, que serão estáveis as posições adotadas pelos órgãos responsáveis por garantir a aplicação destes direitos.

Em outras palavras, é possível conceber a segurança jurídica através de três conceitos-chaves, a previsibilidade, a estabilidade e a confiança, que devem ser visualizadas em toda a atuação estatal. No âmbito do Judiciário, esta tríade ganha especial relevância, tendo em vista que mais do que a norma abstrata em si, elaborada pelo Legislativo, a norma individual, que resulta da interpretação judicial da norma ao caso concreto, contém o grande suporte para se efetivar a segurança jurídica, atrelando-a às expectativas dos jurisdicionados em um tratamento igualitário.

Perceba-se que, quando há crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato.³⁸⁶

A interpretação de uma norma pressupõe a escolha, realizada pelo intérprete, de uma das possibilidades interpretativas abarcadas pela moldura normativa, e esta escolha, quando realizada com parcimônia e responsabilidade³⁸⁷, reduz o amplo quadro de possibilidades, trazendo certa estabilidade ao ordenamento. Certamente, isso não quer dizer que as dúvidas que incorrem da interpretação são resolvidas com facilidades, no entanto, é possível, e assim deve ser feito, minimizar as divergências interpretativas através dos mecanismos próprios para esta função, protegendo a previsibilidade, elemento essencial da segurança jurídica.

A previsibilidade das decisões judiciais garante ao cidadão confiança aos próprios direitos e auxilia a efetividade do sistema jurídico, pois reflete um sistema coerentemente interpretado, sem divergências entre os órgãos julgadores, em razão de sua vinculação,

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

³⁸⁷ “O que temos visto, com frequência, em todas as esferas do Poder Judiciário, são decisões baseadas em juízos de consciência – ou de conveniência – dos prolores, sem qualquer comprometimento com a efetiva aplicação do direito posto. Diante disso, é necessário combater os decisionismos, proferidos sem qualquer justificativa racional e sem legitimidade para que os ganhos advindos da virada constitucional, não sejam enfraquecidos.” (GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. *Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 506).

respeitando às expectativas dos destinatários da norma e da decisão. Em sentido contrário, a acentuada imprevisibilidade contribui para o enfraquecimento do regime democrático, gerando intranquilidade ao cidadão, violando suas expectativas e corroborando com contradições quanto à interpretação dada ao sistema.

Com efeito, a ordem jurídica deve ser coerente, pois, como é óbvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. É imprescindível, também, que as decisões judiciais sejam harmônicas, a fim de garantir a construção de uma pauta de conduta estável. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, no Estado Democrático de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.³⁸⁸

A estabilidade é vista como uma segunda faceta da segurança jurídica, expressando a continuidade do direito legislado e também das decisões judiciais. Ambos indicam atos de poder e, como tais, devem ser compreendidos dentro de uma perspectiva global do sistema jurídico, evitando leis direcionadas a favorecimentos e decisões judiciais imersas na posição individual do julgador. Decisões judiciais e leis estáveis indicam continuidade de garantia de direitos, pois tendem a evitar surpresas desagradáveis, preservando o direito adquirido, e, por consequência, estão intimamente ligadas à confiança do cidadão, vista por alguns autores, como alerta Canotilho³⁸⁹, como um subprincípio da segurança jurídica.

A confiança na ordem jurídica reflete a previsibilidade e a estabilidade da mesma, resultando de um ordenamento que corresponda às expectativas construídas ao seu redor. Um cidadão apenas se sente confiante quanto ao sistema que rege suas relações jurídicas, se encará-lo como uma unidade coerente, com leis efetivamente aplicadas e uniformemente interpretadas. Nesta seara, as decisões judiciais também possuem um papel importante, pois a ausência de previsibilidade e de estabilidade nos entendimentos dos órgãos julgadores afetam diretamente a confiança dos jurisdicionados no Judiciário, enfraquecendo-o.

Não sendo o caso de detalhar (pelo menos nesta quadra da exposição) ainda mais a íntima e evidente conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do

³⁸⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. *Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 508.

³⁸⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997.

indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente. Neste sentido, constata-se que segurança jurídica implica sempre um certo grau de proteção da confiança, o que, a despeito de não constituir nenhuma novidade, não dispensa algumas considerações adicionais, já que cuida-se de dimensão carente de maior desenvolvimento entre nós e que, além disso, guarda direta ligação com a temática da proibição de retrocesso.³⁹⁰

Conforme analisado, a segurança na legislação vigente e nos entendimentos consolidados pelo Judiciário conformam um ordenamento jurídico fortalecido e confiável, garantindo maior proteção aos direitos conquistados e maior efetividade ao sistema. Especificamente no âmbito das decisões judiciais, a segurança jurídica deve vir relacionada a um tratamento isonômico às questões judicializadas, o que impõe diretamente uma interpretação uniforme da Constituição e das normas jurídicas como um todo.

4.2.2. Coerência da ordem jurídica

Norberto Bobbio, em sua clássica Teoria do Ordenamento Jurídico³⁹¹, ensina que as normas jurídicas nunca existem isoladamente, em verdade, elas existem em um contexto de normas chamado ordenamento jurídico e este possui a pretensão de ser unitário, sistemático³⁹² e completo³⁹³. Unitário, por se pressupor uma base e origem única; sistemático, por representar uma totalidade ordenada; e completo, por possuir normas para regular qualquer caso concreto, esboçando as premissas básicas do positivismo jurídico, cujas críticas já foram moldadas no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso: 19/09/2015.

³⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

³⁹² “Entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 71).

³⁹³ “Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 115).

Embora tais premissas tenham sido superadas pelo pós-positivismo, com a normatividade dos princípios e a adoção de métodos interpretativos mais sofisticados, estas três características se encontram em um elemento fundamental, readaptado às novas circunstâncias, a coerência. A coerência entre as normas que compõem o ordenamento garantem certeza e justiça ao sistema jurídico, como bem explica Norberto Bobbio, o que não se apóia em condições de validade, mas em questões interligadas à própria sobrevivência do ordenamento.

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violados duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.³⁹⁴

A coerência identificada por Bobbio como elemento fundamental a saúde do ordenamento jurídico no ideal positivista, ganha contornos importantes se considerada a valorização das decisões judiciais no contexto pós-positivista, sendo explícito o impedimento de decisões isoladas e divergentes para um mesmo caso concreto, em proteção a coerência do sistema. Inclusive, fala-se atualmente em um sistema coerentista configurado em rede que se caracteriza por um “todo articulado em que cada parte se engendra com muitas outras, em um apoio mútuo maleável pela lógica dialética”³⁹⁵.

Nesta esteira, considerando as decisões judiciais como parte do sistema jurídico e a estrutura do Poder Judiciário em instâncias, a não vinculação das decisões dos tribunais superiores às instâncias inferiores vicia toda a ordem jurídica, possibilitando decisões diferenciadas para casos idênticos, em total dissonância ao que se entende como sistema uno e integrado.

Calmon de Passos, analisando as súmulas vinculantes, assim expõe:

³⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 113.

³⁹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 167.

Vê-se, por conseguinte, que a força vinculante das decisões dos tribunais superiores, para que exista, reclama certos pressupostos que lhe são essenciais. Presentes eles, vinculam, independentemente de previsão legal expressa, e vinculam como decorrência necessária do próprio sistema jurídico e seu modo constitucional de operar. Ausentes eles, carecem de força vinculante, pelas mesmas razões antes expendidas, nem podem se revestir dessa eficácia, também por força de imperativo do sistema.³⁹⁶

A coerência do sistema decisório impõe uma sistematicidade entre as decisões, não sendo cabíveis soluções diferenciadas, provenientes de um mesmo Poder, para casos idênticos, sob pena de se violar, como bem alertou Bobbio, a certeza e a justiça das decisões. Ademais, deve-se alertar sempre que decisões diferenciadas em casos idênticos esboçam interpretações normativas diferenciadas, o que ameaça a unidade e a completude do sistema jurídico, sobretudo, se envolverem a Constituição, considerando esta a grande base norteadora de todo o ordenamento.

Given that (or so far as) we are here dealing with societies characterized by an adherence to the ideology and the practice of 'rational' legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practice aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of a rational legal discourse.³⁹⁷

Assim, é possível perceber que a coerência das decisões judiciais é fundamental para coerência da ordem jurídica, garantindo, segurança jurídica e auxiliando em questões procedimentais ligadas ao Judiciário, como o desestímulo aos recursos desnecessários e a duração razoável do processo.

4.2.3. Desestímulo à litigância e duração razoável do processo

A vinculação das decisões judiciais exaradas por tribunais superiores e o tratamento igualitário para casos concretos semelhantes também implicam em mudanças importantes no processo, primeiramente desestimulando a litigância, tanto para se propor uma nova demanda,

³⁹⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula vinculante*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf. Acesso em: 20/09/2015.

³⁹⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 487. *apud*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 170.

como para se recorrer de sentença contrária, e também contribuindo para a duração razoável do processo.

Com a valorização dos entendimentos consolidados pelos Tribunais Superiores sobre determinado tema, a previsibilidade das decisões torna-se a regra e, com isto, demandas contrárias ao entendimento fixado perdem seu fundamento principal, já sendo certo o resultado final. Este conhecimento antecedente tende a inibir demandas e recursos protelatórios, impedindo que a máquina judiciária seja demandada à toa, o que não seria possível com a desconfiança do cidadão, visto que, com a dúvida sobre o deslinde da questão, em razão de decisões favoráveis e não favoráveis, a sua jurisdicionalização torna-se consequência evidente.

Desta forma, quanto maior a jurisdicionalização, certamente potencializada pela contradição em decidir casos idênticos de maneira diferente, mais moroso e ineficiente se torna o Judiciário, pois os números de processos não diminuem e os recursos são cada vez mais constantes, fazendo com que muitos processos durem anos para ter uma decisão final. Em verdade, se as instâncias inferiores se vêm obrigadas a decidir conforme posicionamento consolidado por um tribunal superior, os recursos perdem sua razão de ser, e as partes tendem a aceitar com maior facilidade a decisão contrária aos seus interesses.

Logicamente, tais reflexões não implicam em uma utilização cega e acrítica dos entendimentos consolidados pelos tribunais superiores, indicando em uma suposta imutabilidade das decisões, ao contrário, há mecanismos viáveis para que o tema possa ser revisto e reposicionado, como o *distinguishing* e *overruling*, técnicas comumente adotadas no âmbito do *common law*.

O *distinguishing* se diferencia do *overruling* em razão de que nele, o afastamento do entendimento consolidado por um Tribunal Superior, não implica em seu abandono, ele ocorre em razão das peculiaridades do caso concreto que geram uma inadequação entre o caso e o precedente, já o *overruling* pode ser entendido como uma total superação³⁹⁸ do

³⁹⁸ “É possível estabelecer os seguintes requisitos, ao menos em termo gerais, para a realização da superação: primeira série de requisitos alternativos: a) quando ambas as possibilidades puderem ser extraídas do texto normativo, impõem-se que o julgador demonstre que o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica; b) quando houve efetivo erro da decisão originária, deve o julgador demonstrá-lo. Segunda série de requisitos alternativos, que devem ser somados aos anteriores: a) se for caso de superação paulatina, argumentar que as normas jurídicas sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação; b) na superação repentina, deverá ponderar a necessidade de mudança com as razões de segurança e isonomia, utilizando-se eventualmente da superação prospectiva.” (PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 563)

entendimento anterior e por isto, sua justificação deve ser mais forte e o contexto de sua utilização mais gravoso.

Portanto, é irrazoável sustentar a tese de que o respeito aos entendimentos consolidados pelos tribunais superiores pode gerar uma injustiça em razão da imutabilidade das decisões, pois existe a possibilidade de afastamento de determinadas posições consolidadas, desde que justificadas, sendo respeitadas as peculiaridades do caso concreto. Como bem alerta Thomas da Rosa de Bustamante “sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada”.³⁹⁹

Assim, a vinculação de decisões no sistema jurídico e a obrigatoriedade de uma instância inferior aplicar entendimentos consolidados pelas instâncias superiores, não esboçam uma reprodução sistemática de posicionamentos, o que prejudicaria a efetividade do Judiciário, ao contrário, ela permite uma coerência entre as decisões, inibindo personificações injustas e contribuindo para um sistema interligado por interpretações uniformes que garantem tratamentos isonômicos a casos concretos semelhantes.

4.2.4. Igualdade perante a interpretação judicial e igualdade perante direitos

Todo o caminho percorrido até aqui, para demonstrar a importância de decisões igualitárias para casos concretos semelhantes, converge para um ponto fundamental, interligado a proteção da igualdade perante a interpretação judicial, tendo em vista que toda decisão implica uma interpretação, que impõe um processo criativo do direito.

A decisão judicial esboça a interpretação garantida pelo Judiciário a uma determinada norma e, por isto, sua racionalidade não está atrelada ao discurso do órgão julgador que a proferiu, mas sim ao sistema jurídico como um todo, fazendo com que as decisões judiciais sejam concebidas como frutos do próprio sistema. Assim, a menção a igualdade não pode se limitar a aplicação igualitária da lei e a defesa de procedimentos igualitários, é preciso analisá-la também no interior da atuação do Judiciário, principalmente se considerada as várias interpretações possíveis abrangidas por uma mesma moldura normativa, o que se intensifica na interpretação constitucional.

³⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p. 388.

Na verdade, é uma grande ingenuidade supor que o texto legal somente possa ter um significado ou uma interpretação. Essa ingenuidade *pode* ser escusável apenas quando atrelada às angústias da tradição do *civil law*. Ora, por mais perfeita que a sua construção lingüística possa parecer, a norma – compreendida como texto legal – tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado, e, assim, abre oportunidade a uma ampla variedade de interpretações – o que, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes. Como diz Riccardo Guastini, o texto da lei admite uma pluralidade de interpretações, ou seja, exprime potencialmente não apenas uma norma (ditada pelo intérprete) de limites determinados, mas uma multiplicidade de normas alternativas, sempre de conteúdo indeterminado.⁴⁰⁰

O Judiciário, com o fortalecimento normativo da Constituição e com a expansão da jurisdição constitucional, assumiu papel de destaque no sistema jurídico, sendo responsável por interpretar e aplicar as normas constitucionais tanto de forma direta, quanto de forma indireta, realizando o controle de constitucionalidade. Desta forma, com o processo de constitucionalização dos direitos, a grande parte das decisões judiciais, atualmente, possui uma carga constitucional elevada, trazendo interpretações diversificadas acerca do texto aberto da Constituição, com muitos conceitos indeterminados e principiológicos. Nesta esteira, a ausência de tratamento isonômico a casos concretos idênticos, envoltos e fundados em uma mesma norma, pode gerar contradições perigosas a unidade da Constituição, trazendo incoerência e instabilidade a sua sistematicidade.

Em outras palavras, a adoção de um tratamento desigual a uma mesma situação fática levada a tutela jurisdicional, ausente fundamento relevante para isto, implica em interpretações diversas a um mesmo dispositivo legal ou constitucional, acarretando desencontros interpretativos em um sistema jurídico que deveria ser caracterizado pela unidade e uniformidade, garantidas pela centralização de uma Constituição fortalecida normativamente. Assim, a diversidade de interpretações e a ausência de consensos tendem a fragilizar o sistema e a deslegitimar a atuação do Judiciário.

A legitimação da jurisdição depende de um consenso acerca das interpretações extraídas de uma norma jurídica e, como consequência, depende de uma linearidade nos significados atribuídos aos direitos, sobretudo, aos direitos fundamentais. Sendo assim, como alerta Marinoni, a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais, muito menos, ao gerar decisão distinta da que foi formada pelo tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luis Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files/_O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx. Acesso: 22/09/2015.

Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a idéia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.⁴⁰¹

Deve-se frisar que a invocação da igualdade apenas como a necessidade de tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual na medida em que se desigualem, pouco contribui para o alcance de uma decisão justa e coerente, “é preciso que sejam delimitados os critérios para que situações fáticas possam ser aproximadas ou afastadas; para que se harmonize a tendência universalizante e a busca do direito à diferença, do respeito à diversidade, tão prezada pelo pensamento multicultural”⁴⁰².

Sobre o tema, Fernanda Duarte e Rafael Maio Iorio, em estudo importante a respeito da gramática das decisões judiciais, expõem as três diretrizes básicas que permitem o tratamento desigual a casos aparentemente semelhantes, alertando que o tratamento diferenciado justificado remete a ideia de diferença, afastando a desigualdade jurídica, mas o tratamento diferenciado injustificado, ao contrário, viola diretamente o direito à decisões igualitárias.

Desta forma, o princípio constitucional da igualdade pressupõe um dever de igualdade para o Poder Público, desdobrando-se em tratamento igualitário se as situações consideradas apresentarem circunstâncias iguais e autorizando tratamento diferenciado, se as situações forem diversas. Para aqueles que compartilham dessa representação, entende-se que os critérios que norteiam a adoção de tratamento legal diferenciado devem observar três diretrizes básicas: a) determinação constitucional para tratamento igual, se não houver autorização constitucional para a adoção de tratamento diferenciado; b) a exigência de tratamento diferenciado pressupõe a existência de situações essencialmente diferentes; c) o tratamento diferenciado deve se revelar em harmonia com a totalidade da ordem constitucional. E não havendo uma justificativa razoável para a adoção do tratamento diferenciado, tem-se configurada a violação ao princípio da igualdade, e a manutenção da desigualdade

⁴⁰¹ MARINONI, Luis Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx. Acesso: 22/09/2015.

⁴⁰² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e a concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 204.

jurídica. A chave argumentativa reside na idéia do tratamento diferenciado *justificado* que, ao ser invocado, rompe com a possibilidade de comparações entre iguais, pois remete a idéia de diferença, e, por conseqüência, afasta a desigualdade jurídica.⁴⁰³

Assim, apenas as situações que exijam o tratamento diferenciado, em razão de suas peculiaridades concretas, podem obter decisões judiciais desiguais. De forma contrária, casos idênticos não podem receber tratamentos jurídicos diferenciados, sob pena de se violar a coerência do ordenamento e, o mais grave, de se violar direitos. A partir do momento que um mesmo direito, assegurado pela Constituição ou por uma lei, é aplicado de forma diferenciada em casos concretamente idênticos, a efetividade de todo o sistema jurídico está comprometida e, de acordo com Ingo Sarlet⁴⁰⁴, a própria dignidade da pessoa humana estará desprotegida.

Ademais, deve-se ter em mente que o tratamento não-igualitário pode assegurar a institucionalização de privilégios odiosos. Com a palavra final quanto às interpretações de todo o ordenamento jurídico, incluindo da Constituição, o Judiciário tem o poder de dizer o que é certo e o que é errado, de dizer se há direitos ou não para aqueles que buscam a tutela jurisdicional, e, por isto, o tratamento diferenciado de suas decisões podem perpetrar arbitrárias diferenciações e consolidar relações subjugadas.

A igualdade de decisões judiciais permite o tratamento igualitário de direitos, porém ela apenas se efetiva com a existência de uma sistemática de vinculação entre as decisões, como já mencionado inúmeras vezes neste trabalho. Assim, ainda que seja atribuída a mesma decisão para casos concretos semelhantes, se esta tiver em confronto com as decisões dos tribunais superiores, a contradição sistêmica persiste, e a proteção de direitos também se fragiliza. Nestes termos, a aplicação e interpretação equânimes de uma norma jurídica devem ser apreciadas de forma ampla e não regionalizada na estrutura do Judiciário, promovendo

⁴⁰³ DUARTE, Fernanda; IORIO, Rafael Maio. *A gramática das decisões judiciais no Brasil: mesmos casos e decisões diferentes*. Disponível em: www.uff.br/ineac/sites/default/files/texto_lsa_2011.doc. Acesso: 22/09/2015.

⁴⁰⁴ “Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso: 22/09/2015).

uma integração completa do sistema jurídico, o que apenas se torna possível com a relação entre decisões.

Deslocando esta questão para o Brasil, as discussões ganham outros contornos, em razão da hibridez de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade e pela resistência em se conceber como parâmetros decisórios os entendimentos por ele consolidados. Com efeitos restritos, as decisões da Suprema Corte não cumprem o seu papel de pacificar a discussão constitucional, incentivando recursos, gerando instabilidade à unidade constitucional, diminuindo a confiança dos jurisdicionados e impedindo um tratamento igualitário para demandas semelhantes, validando desigualdades e comprometendo a tutela de direitos, o que evidencia as problemáticas inerentes à ausência de vinculatividade imediata de todas as suas decisões.

4.3. As decisões do Supremo Tribunal Federal como parâmetros decisórios

A Constituição da República de 1988, conforme reiterado ao longo deste trabalho, foi um marco para a democracia brasileira, representando não somente um momento de transição política, como também um momento de fortalecimento das instituições, delineando competências e organizando os Poderes da República. Somada a estas questões, a Constituição Cidadã assumiu sua normatividade e supremacia, irradiando seus efeitos para os demais ramos do direito e se portando como um grande filtro para a validade do ordenamento jurídico.

Em razão deste fortalecimento constitucional e da própria centralização da Constituição no sistema jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade de normas se tornou instrumento fundamental para a proteção da força normativa da Constituição, sendo introduzido na atuação de todos os Poderes da República. Neste âmbito, o Judiciário se destacou, apropriando-se desta competência com primazia, assumindo sua ascensão diante de uma explosão de litigiosidade, antes reprimida com o regime ditatorial, e também diante do movimento de grande constitucionalização de direitos.

Sobre o tema, Lenio Streck propõe reflexões importantes, reconhecendo, entre algumas críticas, o novo momento do Judiciário brasileiro diante da inserção do que ele denomina de justiça constitucional, admitindo, inclusive, a sua relevância no contexto de realização dos direitos fundamentais.

Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a evolução da concepção de Estado exige uma ruptura com a clássica divisão de poderes. Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da idéia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário.⁴⁰⁵

Sem dúvidas, a ascensão do Judiciário no Brasil tem como base o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, tendo em vista que protegendo a Carta Magna de interpretações divergentes e mal intencionadas e exercendo a jurisdição constitucional com primazia, se responsabilizou por garantir a integração do sistema jurídico brasileiro, conformado no entorno de uma Constituição forte e garantidora de direitos. Nesta esteira, a Suprema Corte passou a centralizar debates até então restritos aos demais Poderes, adotando uma postura ativa diante da judicialização maciça dos conflitos e da fragilidade do Legislativo e do Executivo, o que respaldou sua proatividade na tutela e efetivação dos direitos como um todo, principalmente dos direitos fundamentais.

Conforme avalia Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao tecer comentários sobre a medida cautelar concedida, em 09 de setembro de 2015, no julgamento da ADPF 347⁴⁰⁶, “a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo”⁴⁰⁷. E ela assim o faz, através dos debates realizados em plenário e através de suas decisões, atuando, muitas vezes, a partir de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, o que corrobora a tese de que a atuação mais ativa das cortes acaba sendo o único meio para “superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos,

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso: 02/10/2015.

⁴⁰⁶ A referida ADPF ainda não foi julgada em definitivo pela Suprema Corte. Trata-se, em breve resumo, de ação proposta pelo Partido Socialismo Liberdade - PSOL, no sentido de que seja declarado o sistema penitenciário brasileiro como um *Estado de Coisas Inconstitucional* e, como tal, requer-se que a Suprema Corte interfira na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso: 02/10/2015.

⁴⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 02/10/2015.

temores de custos políticos, *legislative blindspots*, e sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados”⁴⁰⁸.

Desta forma, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade espelham não apenas uma análise de constitucionalidade, mas também a concretização de direitos e a afirmação de valores defendidos pela Carga Magna, o que exige uma compreensão mais complexa de sua sistemática decisória. Por desempenhar o papel de guardião da Constituição e por muitas vezes ocupar as lacunas deixadas pelos demais poderes, as decisões da Suprema Corte não podem ser analisadas de forma singela, sendo importante o debate sobre sua vinculatividade, ainda que sejam reais as dificuldades inerentes a ela.

4.3.1. Um novo caminho de respeito às decisões da Suprema Corte

O respeito aos entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal e a sua observância como parâmetros interpretativos a serem seguidos, são fatores essenciais para o nascimento de uma nova perspectiva sobre as decisões judiciais no Brasil, contribuindo para a construção de um sistema decisório integrado, isto é, um sistema, onde as decisões deixam os seus compartimentos isolados e passam a apresentar pontos de contato umas com as outras, refletindo uma linha decisória que tende a ser lógica e constante, principalmente quando capitaneada por um tribunal superior, como o Supremo Tribunal Federal.

A integração entre decisões de um mesmo sistema jurídico privilegia a unidade do ordenamento, promovendo interpretações equânimes e evitando tratamentos divergentes para casos idênticos, o que proporciona, como visto, o atendimento à segurança jurídica, à estabilidade e à confiança dos jurisdicionados, além de afastar a chamada jurisprudência lotérica⁴⁰⁹, grande óbice para a integridade do sistema jurídico como um todo. Esta percepção decisória tem sido inserida no direito brasileiro através de mudanças pontuais que reafirmam a importância de se proteger os entendimentos da Suprema Corte e de garantir a sua aplicabilidade para situações análogas, objetivando-se a proteção máxima da força normativa da Constituição.

⁴⁰⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 02/10/2015

⁴⁰⁹ “A idéia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.” (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos tribunais, nº 786, ano 90, abril/2001).

As mudanças foram iniciadas, sem dúvidas, com a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade, exercido com exclusividade pelo STF. A Constituição de 88 e as emendas que seguiram trouxeram novos legitimados ativos, além de novas ações objetivas para o desempenho deste controle, ampliando as possibilidades de decisões com efeitos vinculantes e *erga omnes* no âmbito da Suprema Corte. Com novas estruturas, o controle abstrato deixou de ser uma exceção e passou a ser realizado com frequência pela Suprema Corte brasileira, assumindo a sua função de garantir uma interpretação uniforme à Constituição.

Em seguimento, a EC 45/2004 instituiu a figura da súmula vinculante, em plena consonância a um ideal maior de respeito, por parte das instâncias inferiores, aos entendimentos consolidados pelo STF, cada vez mais caracterizados pela obrigatoriedade. As súmulas vinculantes demarcaram a influência do sistema precedencialista no direito brasileiro, isto é, reforçaram valorização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em que pesem as inúmeras diferenças entre elas e os chamados precedentes obrigatórios do *common law*, como pode ser apreciado em pequeno trecho extraído da obra de Patrícia Perrone.

Já no caso das súmulas, verifica-se, primeiramente, que são necessárias diversas decisões para se extrair um conteúdo com eficácia normativa (ou com efeitos impositivos intermediários), ao contrário do que ocorre no *common law*, em que basta um precedente. Além disso, a norma delas emergente é cristalizada em um texto, em um enunciado-síntese, produzido a partir da interpretação da própria corte vinculante sobre seu julgado. Esses fatores garantem um teor vinculante mais acentuado a tais proposições: em primeiro lugar, o texto escrito é uma barreira a novas interpretações reconformadoras dos precedentes; além disso, a formulação do holding pelo próprio tribunal, sem a participação das cortes vinculadas em sua gênese, afasta de tal processo esta importante instância crítica, que lida, em sua dia-a-dia, com uma riqueza fática maior, e que poderia contribuir na definição da generalidade da norma.⁴¹⁰

Por fim, a legislação brasileira e a própria jurisprudência tem se mostrado receptiva a expansividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição difusa, evidenciando não apenas a busca por valorização das decisões da Suprema Corte, mas também a construção de uma cultura de respeito a estas decisões, independentemente da forma como o controle de constitucionalidade é realizado. Como visto, algumas mudanças pontuais no ordenamento tem retirado o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF da zona de marginalidade em que ele era deixado, evidenciando caminhos alternativos para a expansão dos efeitos de suas decisões, na

⁴¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 147/148.

contramão, dos efeitos *inter partes*, que contribuía para um sistema decisório confuso, muitas vezes incoerente e inseguro.

O que se nota é uma preocupação com integridade das decisões judiciais, principalmente as exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, buscando-se o desenvolvimento de parâmetros para a solução igualitária de casos análogos e também para a otimização dos julgamentos.

O espírito da denominada Reforma do Processo, portanto, foi o de acentuar o poder normativo dos Tribunais Superiores e estabelecer uma vinculação estrita do precedente judicial. De um lado, para as sumulas vinculantes e os precedentes decorrentes de decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, estabeleceu-se uma norma constitucional tão forte quanto as “convenções constitucionais” inglesas sobre a força do precedente judicial. De outro lado, para os recursos “extraordinários” ou os “recursos representativos de controvérsias”, cria-se um precedente dotado de “efeito vinculante” ao menos em “sentido frágil”, que cria uma autêntica obrigação jurídica de seguir o precedente a não ser em casos excepcionalíssimos, que devem ser devidamente justificados.⁴¹¹

Nesta esteira, ganha relevância a abrangência de efeitos de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, independentemente da forma como ele é exercido, buscando-se conformar uma linha decisória atinente a uma interpretação uniforme da Constituição. Em outros termos, a ausência de efeitos vinculantes de algumas das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, inibe o fortalecimento de seus entendimentos, permitindo interpretações diversificadas de uma mesma questão constitucional, colocando em risco a própria estabilidade da Constituição, sendo explícita a necessidade de instrumentos que viabilizem esta obrigatoriedade de seguimento.

Bustamante vai além, afirmando que ainda que não exista uma regra de direito positivo estabelecendo o dever de observar os entendimentos consolidados por tribunais como o Supremo Tribunal Federal, “haverá, ao menos um regra moral fortemente internalizada pelos aplicadores do direito positivo recomendando a atenção ao precedente judicial”⁴¹². Isto se deve ao fato de que a não observância dos parâmetros decisórios extraídos dos entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle difuso de constitucionalidade, acarreta imprevisibilidade quanto à atuação de juízes e tribunais, gerando

⁴¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 295.

⁴¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 276.

uma insegurança jurídica generalizada, que afeta diretamente a confiança dos jurisdicionados na atuação jurisdicional.

As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal mesmo em controle difuso – v.g., recurso extraordinário – não podem deixar de ter eficácia vinculante. O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por ser produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer a importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle de constitucionalidade.⁴¹³

Inegavelmente, a tendência que se confirma no direito brasileiro, principalmente após a promulgação do novo Código de Processo Civil em março de 2015, é a de se conceber as decisões do Supremo Tribunal Federal como parâmetros obrigatórios a serem respeitados e seguidos pelas instâncias inferiores, independentemente da forma como o controle de constitucionalidade é exercido, visto que a ausência de vinculação e a variação de efeitos de suas decisões podem ocasionar problemas sérios de integridade e coerência ao sistema jurídico. No entanto, em contrapartida, há algumas questões que precisam ser enfrentadas para que esta expansão de efeitos seja apropriada pelo direito brasileiro, sem afetar suas raízes.

4.3.2. As dificuldades inerentes à vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal

O Brasil, como ressaltado anteriormente, herdou das tradições do *civil law* o apreço a lei, em prejuízo da jurisprudência, cujo papel sempre foi diminuído diante da suposta função simplória de juízes e tribunais em aplicar a legislação vigente ao caso concreto, sem espaços para participação no processo de construção do Direito. No entanto, com o desenvolvimento do constitucionalismo e com a insurgência de novos ideais pós-positivistas, ratificados no Brasil através da Constituição da República de 1988, novas aptidões do Judiciário foram reveladas e, neste contexto, as decisões judiciais passaram a ocupar um novo espaço no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando direitos e sanando omissões deixadas pela legislação.

Nesta esteira, os entendimentos dos tribunais e dos juízes alcançaram a sua importância no processo de criação do direito brasileiro, o que se percebeu com intensidade

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 164.

no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que assumiu a primazia de definir os caminhos a serem seguidos na interpretação constitucional, fazendo com que suas decisões sejam utilizadas como fontes de legitimação de direitos e, principalmente, de outras decisões, conformando-se como parâmetros decisórios.

Certamente, este processo contínuo de valorização da jurisprudência no Brasil traz consequências importantes para o sistema jurídico brasileiro, inicialmente descaracterizando suas matrizes originárias e encontrando resistências na própria maneira com que ele foi moldado e estruturado. No que tange especificamente à vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, reflexo deste momento de fortalecimento decisório, questões importantes surgem ao debate, fundamentando as principais críticas sobre a matéria.

Visando possibilitar a compreensão desta resistência à vinculação direta das decisões da Suprema Corte brasileira, inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade, e da própria absorção da ideia de parâmetros de decisão ao sistema nacional, serão analisados a seguir, os imbrólios trazidos pela conjugação do tema à separação de poderes, à independência e autonomia dos magistrados das instâncias inferiores e ao possível engessamento das decisões judiciais diante das peculiaridades dos casos concretos

4.3.2.1. Violação a separação dos poderes

O reconhecimento dos efeitos vinculantes das decisões da Suprema Corte brasileira, em controle de constitucionalidade, gera um desconforto imediato por parte da doutrina pátria em relação ao princípio da separação de poderes, expresso na Constituição da República de 1988 em seu art. 2º⁴¹⁴. Este desconforto se pauta na concepção de que decisões obrigatórias ensejariam a substituição da lei pela jurisprudência, em razão do caráter abstrato e geral destas decisões que se assemelhariam a legislação, usurpando do Poder Legislativo sua competência máxima de criar leis, o que violaria a própria estrutura do Estado brasileiro.

De acordo com esta perspectiva, a generalidade destas decisões obrigatórias tenderia a substituir a legislação, garantindo certa normatividade não internalizada pela sistemática tradicional do direito brasileiro. Ademais, considerando o momento de total ativismo judicial vivenciado pela Suprema Corte, a vinculatividade de suas decisões contribuiria para

⁴¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

centralizar, ainda mais, grande parte das pautas sociais a um Poder com carência de legitimidade democrática, esvaziando ainda mais as competências legislativas e executivas.

Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.⁴¹⁵

Nestes termos, os fundamentos que traduzem as críticas à conformação de parâmetros decisórios no Brasil, sobretudo à vinculação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, atrelam a valorização das decisões judiciais a uma deformação do sistema, que teria como consequência lógica violações absolutas à separação de poderes, tendo em vista que garantiria ao Judiciário uma posição de destaque em detrimento do Legislativo e do Executivo. Todavia, a valorização das decisões judiciais e a ascensão do Judiciário, dentro de limites certos, podem ser consideradas como uma sobrevida ao sistema jurídico brasileiro, garantindo a ele adaptabilidade diante das mudanças sociais, sem que os outros Poderes se sintam oprimidos.

Luis Roberto Barroso confirma esta posição, afirmando que a atuação ampla do Judiciário e do STF é necessária e importante, desde que respeitadas as fronteiras procedimentais e substantivas do direito, não sendo necessário sufocá-lo para que os demais Poderes da República encontrem maneiras de se auto-afirmarem.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.⁴¹⁶

⁴¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117. apud. FREIXO, Maria Aparecida de Andrade. *O ativismo judicial e a separação de poderes*. Revista Intervenção, Estado e Sociedade. v.1. n.1 jan./jun. 2014.

⁴¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 25/09/2015.

Barroso, no referido trecho transcrito, alerta a importância de se disseminar uma cultura de respeito aos entendimentos consolidados pelos Tribunais Superiores para a garantia de integridade e eficiência do sistema, ponderando mais uma vez que a vinculatividade das decisões dos tribunais superiores não tem o condão de substituir a função do Legislativo, violando o princípio básico da separação dos poderes, ao contrário, ela tem a função de garantir interpretações coerentes e igualitárias acerca das normas que compõem o sistema, auxiliando o órgão legiferante.

Esta resistência em se conceber com naturalidade os entendimentos pacificados pelos tribunais superiores, encontram respaldo na resistência em se conceber as decisões judiciais também como normas jurídicas, como se este reconhecimento impulsionasse a desvalorização das leis ou sua equiparação as decisões judiciais.

Como bem ensina Thomas da Rosa de Bustamante, “os textos legais constituem uma mera possibilidade de Direito, pois sua transformação em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”⁴¹⁷, desta forma, a norma jurídica em si, não é o dispositivo legal, tampouco a interpretação judicial, sua formulação depende da existência de um dispositivo legal e da atuação do intérprete conjuntamente, o que faz das decisões judiciais um resultado integrado entre o Legislativo e o Judiciário, desmistificando possíveis violações à separação de poderes.

No que tange, especificamente, a expansão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, às críticas a inobservância do princípio da separação de poderes, ganham um novo argumento, o art. 52, X, CRFB/88. Como analisado no capítulo anterior, o referido artigo garante ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o que, em outras palavras, significa que foi atribuída ao órgão legislativo a competência para garantir expansividade às decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade.

Desta forma, a expansão imediata dos efeitos das decisões exaradas pela Suprema Corte em sede de controle difuso e concreto de constitucionalidade, é vista por alguns, como uma desconsideração a competência senatorial garantida pela Constituição, o que se agrava quando considerados os argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes para defender o processo de obsolescência vivenciado pela norma, como já apreciados em detalhes. Lenio Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne

⁴¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p. 233.

Barreto Lima entendem que, mais do que violar a separação de poderes, a não aplicação da norma constitucional afeta a própria integridade da Constituição.

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobretudo a força normativa da Constituição – mas também suportar as consequências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição*. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é.⁴¹⁸

Certamente, a competência senatorial definida no discutido art. 52, X, CRFB/88 é um limitador a vinculação ampla de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, no entanto, em que pesem as importantes e bem fundamentadas críticas, as profundas mudanças que conformam um novo controle difuso de constitucionalidade e as futuras transformações advindas de um novo Código de Processo Civil, reiteram a urgência em se proteger os entendimentos pacíficos da Suprema Corte brasileira, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade realizado, e colocam em questionamento a necessidade da atuação do Senado Federal nos termos frios da Constituição da República.

Como alerta Luis Guilherme Marinoni, “ainda que se imagine que o Senado possa ter este poder, o fato de esta casa legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante”⁴¹⁹, ou seja, independentemente da sua atuação deve-se respeitar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal enquanto grande guardião da Constituição da República.

4.3.2.2. Violação a independência dos juízes

A independência dos juízes⁴²⁰ para decidir e se posicionar sobre todos os temas que exigem a sua atuação é fundamental para a consolidação de um Estado democrático. Através

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acesso: 25/09/2015.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 462.

⁴²⁰ “No exercício da jurisdição, os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade. Essa independência deve ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a

de magistrados livres e independentes, pertencentes a um Poder autônomo, decisões justas e igualitárias tornam-se uma realidade, contribuindo para a efetivação de direitos e para o fortalecimento da democracia. Nestas circunstâncias, riscos a esta independência significam riscos para o próprio Estado Democrático de Direito, o que implica em prováveis violações aos direitos fundamentais, tendo em vista a função precípua do Judiciário em proteger os direitos tutelados pela Constituição.

Eugênio Facchini Neto⁴²¹ identifica a independência dos juízes a partir de três espécies: a independência externa, a independência interna e a independência psicológica. As independências externa e psicológica estariam ligadas à possibilidade dos juízes desempenharem suas atividades e desenvolverem suas opiniões livres de “condicionamentos e pressões de outros poderes, políticos e econômicos” e também livres das pressões sociais, já a independência interna estaria focada na possibilidade do juiz decidir sem a sujeição ao poder de controle dos juízes de grau superior, isto é, na perspectiva interna, juízes de primeiro grau não estariam vinculados aos entendimentos consolidados dos tribunais superiores.

Esta vertente da independência dos juízes, explicitada pelo autor, esboça o entendimento de uma grande parte da doutrina nacional que se posiciona de forma contrária a obrigatoriedade na utilização, pelas instâncias inferiores, de parâmetros obrigatórios para fundamentar suas próprias decisões. De acordo com esta posição, a vinculatividade das decisões violaria a independência e autonomia dos magistrados, pois os obrigariam a adotar entendimentos consolidados dos tribunais superiores, ao invés de seguirem suas próprias convicções.

Quanto à vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, as críticas se apóiam na existência de mecanismos específicos que já garantem esta expansão de efeitos, como as súmulas vinculantes e o controle abstrato de constitucionalidade. Desta forma, avançar neste ponto significaria uma inversão total do sistema, o que não teria respaldo na Constituição e violaria a independência dos magistrados nas instâncias inferiores.

No entanto, deve-se ressaltar que os magistrados são independentes porque precisam se portar como grandes intérpretes e aplicadores da Constituição e, justamente por isto,

regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares.”(GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Novos Estudos Jurídicos, nº 14, 2002)

⁴²¹ FACCHINI NETO, Eugênio. *O poder Judiciário e sua independência - uma abordagem de direito comparado*. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_7.pdf. Acesso: 24/09/2015.

decisões díspares dentro de um mesmo sistema jurídico, respaldam uma interpretação contraditória da Constituição, desestruturando o sistema. Como alerta Marinoni, juízes são peças dentro do sistema de distribuição de justiça e para que este sistema possa funcionar, “cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência”⁴²².

Calmon de Passos retrata o tema:

De tudo quando exposto, concluímos por afirmar que o problema da força vinculante das decisões dos tribunais superiores, mesmo sem texto expresso, até desnecessário, ainda quando conveniente, decorre da lógica do sistema e só pode existir nessa perspectiva. Se esquecermos nossos "melindres corporativos", nosso "autoritarismo congênito", nossa tendência para o falar pelo falar sem ter a preocupação de pensar para falar, se nos esforçarmos nessa linha, creio que chegaremos ao entendimento sempre possível entre os que realmente põem o coletivo, o público, o que é do interesse geral como prioridade, porque sabem que se o indivíduo é a única realidade, e não há interesse que também não lhe diga respeito, sabem também que nenhum interesse individual é viável, em termos duradouros e profícuos, se for apenas, estreita e mesquinamente um interesse individual, ou um interesse dito coletivo mas em verdade corporativo, de grupinhos, grupelhos ou grupamentos. Se a parte não for referida sempre ao todo a que pertence e de que foi retirada, mas ao qual necessariamente deve se integrar, poderemos ser sujeitos sabidos, nunca teremos, entretanto, a sabedoria, indispensável para que se possa ter aquela boa vida humana da multidão, sem a qual até mesmo a felicidade pessoal se faz problemática.⁴²³

Marcelo Alves Dias de Souza reitera:

Em terceiro lugar, o princípio da persuasão racional do juiz ou da liberdade de interpretação da lei, por mais importante que seja, há de ser conciliado com o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Sempre que aos casos iguais sejam aplicadas decisões judiciais divergentes, sendo isso fruto de um apego quase religioso à liberdade de convicção do juiz, o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, no seu conteúdo, é aniquilado. Em outras palavras, a expressão constitucional contida no caput do art. 5º da Constituição de 1988 restará como uma fórmula vã se não conciliarmos os dois princípios, e para haver conciliação pressupõe-se, necessariamente, não aniquilar um dos princípios.⁴²⁴

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 204.

⁴²³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula vinculante*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf. Acesso em: 25/09/2015.

⁴²⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 291-292.

Assim, é possível dizer que a “instituição de teses vinculantes realmente atinge a independência funcional dos juízes, mas o faz de forma legítima”⁴²⁵, sendo fundamental que os juízes, independentes e autônomos, sejam entendidos como partes integrantes de um sistema uniforme. Como consequência, as decisões judiciais das instâncias inferiores devem refletir esta uniformidade, pautando um diálogo intenso entre elas e os entendimentos consolidados pela Suprema Corte.

4.3.2.3. Engessamento das decisões quanto à realidade social

Em uma análise superficial, seria possível supor que a obrigatoriedade de todas as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade dificultaria a adequação das decisões à realidade social e à realidade do caso concreto analisado. A vinculatividade e a obrigatoriedade das decisões, nesta vertente, diminuiriam o campo de atuação do julgador, que ficaria restrito a aplicá-las, sem a possibilidade de adequá-las às circunstâncias presentes, ensejando a estagnação da jurisprudência e da doutrina, além de perpetuar erros e injustiças.

Esta posição pessimista se funda na ideia de que a consolidação de um sistema de respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores traduz, em contrapartida, o engessamento das demais instâncias, fazendo com que elas apenas reproduzam os entendimentos consolidados, sem exercer qualquer participação efetiva no processo decisório, o que colaboraria para um tratamento judicial precário e desconexo com a realidade social. No entanto, tal perspectiva desconsidera algumas questões importantes acerca da expansividade dos entendimentos consolidados pela Suprema Corte, e, entre elas, está, primeiramente, a necessidade de interpretação judicial para a aplicação destes parâmetros decisórios, e também a possibilidade de superação dos mesmos em razão das novas circunstâncias fáticas que exigem uma postura diferenciada do Judiciário.

A partir do momento que se concebe o entendimento fixado pelo Tribunal Excelso como uma norma a ser aplicada, este receio de engessamento do direito, perde seu principal fundamento, tendo em vista que mal aplicar um entendimento judicial é tão grave quanto mal aplicar uma lei, sendo necessária para ambos, a atuação dos magistrados no intuito de adequá-los as peculiaridades presentes. A obrigatoriedade de uma decisão do Supremo Tribunal

⁴²⁵ CARVALHO E MARINHO, Hugo Chacra. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 94.

Federal não necessariamente implica em uma proibição de interpretar. Quem pensa assim, alerta Lenio Streck e Georges Abboud, “parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade do positivismo da *common law* equiparável ao positivismo exegetic francês e ao pandectismo alemão.”⁴²⁶

Os autores alertam para a idealização errônea de que o STF poderia criar *superdecisões* que trariam a solução pronta para deslindar uma multiplicidade de casos, substituindo o juiz limitado pelo texto normativo por um juiz preso a provimentos vinculantes.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma e da necessidade do acesso hermenêutico para se evitar uma equivocada aplicação dos provimentos vinculantes. Essa percepção é fundamental para que se possa dar à lei e às decisões dos Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste na crença intolerável pelo pós-positivismo.⁴²⁷

No caso específico de um entendimento judicial, o magistrado tem o papel fundamental de verificar a real compatibilização entre àquele parâmetro decisório e o caso em análise, e, nos casos em que esta compatibilização é baixa ou nenhuma, caberá a ele adequar sua decisão, podendo inclusive não aplicar o entendimento consolidado, desde que justificado, como já exposto no momento em que se mencionou o *distinguishing*.

Portanto, é despropositado pensar que o respeito aos precedentes pode gerar injustiça, em virtude da impossibilidade da consideração das peculiaridades de uma dada posição ou situação jurídica. Na realidade, num sistema que respeita precedentes, a nenhum juiz é dada a possibilidade de aplicá-los a casos que tem particularidades que os tornam distintos, a repelir tratamento igualitário ou uniforme. Não há distinção entre mal aplicar precedentes e mal aplicar normas legais. As duas situações geram injustiças. Ora, a igualdade formal diante da lei pode coexistir com uma forte desigualdade de tratamento. Enfim, aplicar a mesma lei a situações desiguais é o mesmo que aplicar um mesmo precedente a casos substancialmente distintos.⁴²⁸

Deve-se ponderar também que estes posicionamentos não podem ser analisados do ponto de vista da imutabilidade, isto é, eles não são imutáveis e indiferentes às mudanças

⁴²⁶ STRECK, Lenio; ABBoud, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?* In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 177.

⁴²⁷ STRECK, Lenio; ABBoud, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?* In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 182.

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 195.

doutrinárias e sociais, sendo possível sua superação sempre que o desenvolvimento da doutrina demonstrar que o entendimento está equivocado ou que ele não mais se coaduna com a realidade social. Em outras palavras, apesar de o respeito às decisões da Suprema Corte significar igualdade e coerência para o sistema decisório, a evolução doutrinária pode demonstrar que determinado entendimento deve ser superado, contribuindo para que seja resguardada a coerência do sistema diante de uma nova realidade fática.

Nestes termos, o caráter obrigatório e vinculante de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, seja o concreto ou o abstrato, não tem a função de engessar as decisões judiciais, esvaziando-a da sua finalidade social, tampouco visa diminuir as potencialidades dos magistrados ou imobilizar os demais Poderes da República, como muitos acreditam, em verdade, seu objetivo é garantir ao sistema jurídico brasileiro unidade interpretativa, permitindo que a aplicação da legislação não seja feita de forma isolada e independente, mas sim que seja inserida em uma sistemática coerente, onde a Constituição da República deve ser considerada como o seu início e fim.

Em outras palavras, a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, primeiramente, deve passar pelo filtro da Constituição, impedindo, assim, a aplicação de normas inconstitucionais para a tutela de direitos. E esta filtragem constitucional⁴²⁹ deve seguir uma linearidade, não sendo viável que uma mesma norma jurídica, integrada a um mesmo sistema jurídico, seja ora considerada constitucional, ora inconstitucional, sob pena de se abalar a própria unidade da Constituição, prejudicando sua normatividade. Assim, considerando o Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição, a vinculatividade de suas decisões em controle de constitucionalidade torna-se fundamental para uma perspectiva integrada de todo o sistema jurídico nacional.

⁴²⁹ “A filtragem constitucional deverá pressupor a preeminência normativa da Constituição. Contudo, projeta-la-á não para qualquer concepção sistemática da Constituição, mas, sim, para uma específica concepção: a da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, como filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística – o enunciado ou texto).” (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 106-107)

4.4. Os efeitos expansivos do controle difuso como mecanismo garantidor de direitos

No presente capítulo objetivou-se analisar a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, a partir de dois elementos centrais, o tratamento isonômico direcionados a casos idênticos e a tutela efetiva de direitos.

Como apresentado inicialmente, o respeito às decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal é essencial para a consolidação de um sistema integrado de decisões no Brasil, atendendo não apenas ao ideal de segurança jurídica e previsibilidade diante das decisões judiciais, mas também a premência de tratamentos igualitários para casos idênticos. Como Corte Constitucional e última instância recursal, o STF exerce com primazia a jurisdição constitucional, responsabilizando-se pela palavra final quanto às questões constitucionais, solucionando controvérsias e definindo caminhos possíveis para o deslinde de questões, sendo intuitiva a força de suas decisões e sua influência para as instâncias inferiores, o que reflete uma estabilidade e isonomia decisória.

Sem dúvidas, esta perspectiva não é unânime na doutrina brasileira, pelo contrário, os efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal e a construção, no Brasil, de uma cultura de respeito aos precedentes oriundos dos tribunais superiores, traz muitos receios aos estudiosos sobre o tema, não apenas pelo desenvolvimento de um “hibridismo-sistêmico”, corroborado pela importação de mecanismos consolidados no sistema da *common law*, como alerta Lenio Streck, mas também pelos entraves gerados ao acesso à justiça e à realização dos direitos fundamentais.

Todos esses mecanismos vinculatórios têm um nítido caráter metafísico, porque procuram estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas. São, pois, anti-hermenêuticos, que, a par de se apresentarem como mecanismos de resolução pragmática do problema da funcionalidade do sistema, colocam-se na contramão do acesso à justiça e da realização dos direitos fundamentais, porque escondem o aparecer da singularidade dos casos individuais. O efeito vinculante – sob os diversos matizes – provoca o seqüestro da faticidade e da historicidade do Direito.⁴³⁰

De acordo com o autor, a vinculatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal poderia gerar uma contínua desconsideração das singularidades dos casos concretos, prejudicando o acesso a decisões justas e a proteção de direitos fundamentais. No entanto, o grande fundamento que respalda os efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 07/10/2015.

Federal e a construção de uma linha decisória para guiar as instâncias inferiores, é a possibilidade de se tutelar de forma equânime direitos, principalmente os direitos fundamentais, atendendo ao anseio por justiça. Através de decisões vinculadas e integradas, interpretações dúbias deixam de ser a regra, permitindo que a proteção de direitos atinja seu grau mais elevado, em razão da linearidade com que é moldado pelo Judiciário.

Conforme analisado, em razão do fortalecimento normativo da Constituição de 1988 e do processo de constitucionalização dos direitos, a hermenêutica e a jurisdição constitucional se expandiram e ganharam novas peculiaridades, contribuindo para o fortalecimento do Judiciário e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, que adotou uma posição ativa, centralizando debates sociais relevantes e concretizando direitos. Assim, questões que deveriam ser discutidas no âmbito de outros Poderes, passaram a encontrar no plenário do STF o espaço que mereciam, exigindo debates mais apurados e intensos, que o elevaram à posição de Corte Suprema na tutela de direitos.

Nestes termos, as decisões do Supremo Tribunal Federal não se limitam a uma declaração simples de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, elas enfrentam divergências complexas, estabelecem limites estreitos e atravessam linhas tênues, alcançando pessoas, vidas e direitos. Inegavelmente, o Judiciário como um todo possui esta peculiaridade em suas decisões, todavia, considerando a Suprema Corte a grande intérprete da Constituição e a última instância recursal para a tutela jurisdicional, a importância de suas decisões é realçada, exigindo a inter-relação entre elas e as decisões das demais instâncias, o que apenas se faz possível com o respeito irrestrito aos entendimentos consolidados pelo STF.

Em relação ao controle abstrato de constitucionalidade, não há dúvidas quanto à vinculatividade das decisões do Tribunal Excelso e quanto à obrigatoriedade de sua observância pelas instâncias inferiores, inclusive existindo mecanismo próprio para vedar possíveis decisões contrárias, o que ratifica a importância dessas decisões. No que tange ao controle difuso, em razão de seus procedimentos, ainda se alimenta a ideia de que tais decisões não teriam efeitos vinculantes, o que tem sido desmistificado com as mudanças normativas que fundamentam o próprio reconhecimento, pelo STF, da expansividade destas decisões do plenário.

Ainda que não haja uma vinculatividade instituída tal como no controle abstrato, o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal não pode mais ser lido sob as lentes da contenção, pois grande parte destas decisões possui efeitos mais abrangentes, em razão da jurisprudência defensiva que contorna atualmente o

ordenamento jurídico pátrio. Ademais, assim como acontece no controle abstrato, suas decisões também expressam o entendimento da Suprema Corte acerca da questão constitucional e, acima de tudo, efetivam direitos prejudicados por inconstitucionalidades ou por ausência de concretização, o que lhes garante a mesma relevância atribuída às decisões em jurisdição abstrata.

Esmiuçando a questão, atribuir às decisões do pleno do STF, em controle difuso de constitucionalidade, efeitos limitados às partes envolvidas no processo traz consequências tão perigosas quanto atribuir efeitos limitados às decisões em controle abstrato, pois como já ressaltado, em ambos os casos, as matérias debatidas em plenário envolvem interpretação e aplicação das normas constitucionais, sendo temerária para a coerência da Constituição, a coexistência pacífica de decisões divergentes sobre um mesmo tema. Assim, o respeito às decisões proferidas pelo plenário da Suprema Corte brasileira, independentemente da forma como o controle de constitucionalidade é realizado, atende ao desejo por uma constância na interpretação e jurisdição constitucional e, ao garantir uma linearidade de decisões, colabora para a tutela efetiva de direitos.

Alguns casos específicos, julgados em jurisdição difusa, demonstram com clareza a importância do respeito às decisões da Suprema Corte e reafirmam a solidez dos efeitos expansivos do controle difuso de constitucionalidade para a efetivação de direitos, tendo em vista a sensibilidade das muitas questões que chegam ao STF através de casos concretos, tangenciando, muitas vezes, direitos fundamentais e políticas públicas.

Por meio do Recurso Extraordinário, inúmeros casos são levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, envolvendo em sua grande parte, matérias recorrentes, que possuem como questão de fundo, normas e princípios constitucionais correspondentes a inúmeros outros processos idênticos, o que demonstra, por si só, a importância de se uniformizar os tratamentos destinados aos casos análogos. Através do *Habeas Corpus* e de outros remédios constitucionais, casos concretos também exigem a pronúncia da Suprema Corte sobre determinadas questões relevantes, entre elas, o direito fundamental a liberdade esboça uma das faces mais problemáticas das divergências de decisões em um mesmo sistema jurídico e, por consequência, uma das dificuldades trazidas pela limitação dos efeitos ao controle difuso de constitucionalidade realizado pelo pleno do STF.

Como pôde ser apreciado, a procedência da Reclamação nº 4335/AC impediu uma grande injustiça quanto a fruição do benefício da progressão de regime nos casos de crimes hediondos, obstando o tratamento diferenciado aos apenados em situação idêntica ao caso

concreto decidido pelo STF no HC 82.959/SP. De acordo com a limitação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em jurisdição difusa, a decisão proferida no referido *habeas corpus* não vincularia as demais instâncias, sendo aceitável, portanto, decisão contrária ao entendimento da Suprema Corte, o que apenas não ocorreu em razão de nova intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Neste caso, decisões divergentes significariam barreiras ao exercício pleno da liberdade, afetando a fruição de um direito fundamental, o que demonstra a delicadeza do tema em questão e as preocupações derivadas da ausência de vinculatividade geral às decisões da Suprema Corte. Ressalta-se que este receio em se ampliar os efeitos do controle difuso, também afeta outros ramos do direito, como o tributário, trabalhista, ambiental, cível e previdenciário que são temas correntes no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e trazem repercussões para uma ampla parcela da população.

Reforçando esta situação peculiar, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do RE 635.659 de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006⁴³¹, referente ao porte de drogas. Em breve síntese, o dispositivo é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, previstas no art. 5º, X, CRFB/88 e, como afirma Gilmar Mendes, o recurso se funda, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado. O julgamento ainda não foi concluído, porém, já é possível extrair algumas considerações acerca dos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin.

⁴³¹ Lei 11343/2006: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Gilmar Mendes, espelhado na tradição da Corte alemã, teceu longas considerações acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa e ponderou que, nesse campo, “o Tribunal estaria incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar”⁴³². Segundo o jurista, haveria três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais, dos quais também poderiam ser extraídas importantes balizas no controle de constitucionalidade de leis penais, entre elas estariam: o controle de evidência⁴³³, o controle de justificabilidade⁴³⁴ e o controle de intensidade⁴³⁵. Partindo de tal exposição e de diferenciações entre proibição, despenalização e descriminalização, o ministro deu provimento ao recurso, declarando a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006 de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal.

Acompanhando o relator, os Ministros Luis Roberto Barroso e Luis Edson Fachin, divergiram em parte, declarando a inconstitucionalidade da criminalização de que trata o art. 28 da Lei n. 11.343/06 apenas nos casos de quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, maconha. Nestes termos, o que se percebe é uma tendência da Corte em descriminalizar o porte de drogas para uso próprio, ainda que seja apenas quanto ao porte de maconha, o que também envolve o direito

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 10/10/2015.

⁴³³ “No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 10/10/2015)

⁴³⁴ “No segundo nível, o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis. (...) Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 10/10/2015)

⁴³⁵ No terceiro nível, o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 10/10/2015).

fundamental à liberdade, com a peculiaridade de ser debatido em âmbito do controle difuso de constitucionalidade, e não em controle abstrato.

Assim considerando, caso não fosse reconhecida a repercussão geral para o caso em análise, a decisão final sobre o tema apenas teria efeitos restritos às partes do processo, gerando indubitavelmente, uma sensação de instabilidade aos jurisdicionados quanto ao direito essencial da liberdade, tendo em vista a incerteza e imprevisibilidade diante das decisões das demais instâncias, o que poderia gerar injustiças insuperáveis. O reconhecimento da repercussão geral garante a expansão dos efeitos da decisão final neste caso, o que evidencia os arranjos procedimentais criados e utilizados pela Suprema Corte na tentativa de pacificar controvérsias e uniformizar as decisões sobre o tema, ponderando assim, um tratamento igualitário para situações análogas.

Uma grande parte da doutrina, contrária a vinculação dos efeitos das decisões do STF, questiona o que se poderiam considerar como casos idênticos, tendo em vista que cada caso possui suas próprias peculiaridades, capazes de individualizá-los e identificá-los como únicos. Assim, a conformação de um sistema de decisões traria mais prejuízos do que benefícios, mais injustiça do que justiça, visto que vincularia os magistrados a decisões que em nenhuma possibilidade se adequariam às suas singularidades.

Ocorre que esta equiparação realçada pelos defensores dos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal, não impõe uma igualdade extrema e absoluta entre o parâmetro e a variável, pois é certo que os casos concretos possuirão especificidades que os diferenciarão de todos os outros, sendo impossível sua adequação total. Resta saber, portanto, quais diferenças são relevantes e quais não são, como alerta Robert Alexy:

As razões básicas para seguir os precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por traz da justiça como qualidade forma. Isso imediatamente revela uma das dificuldades decisivas de seguir o precedente: dois casos não são sempre totalmente idênticos. Sempre é possível descobrir uma diferença. O problema real então muda para o problema de determinar que diferenças são relevantes. Antes de entrar nisso, há outro ponto importante. É possível que um caso seja exatamente como um caso anterior decidindo em todas as circunstâncias relevantes e, no entanto, se busque uma decisão diferente porque nossa abordagem às circunstâncias foi alterada nesse meio tempo. Se fôssemos aderir unicamente ao princípio da universalizabilidade, essa decisão seria impossível. Portanto, excluir qualquer mudança de mente é, entretanto, inconsistente com a exigência de correção implícita em cada ato de decisão.⁴³⁶

⁴³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 259.

O que se defende, em verdade, é a busca por pontos centrais de semelhanças, isto é, pela determinação de pontos identificadores capazes de ensejar e exigir tratamentos idênticos entre as demandas apreciadas, assim, “devemos extrair essa determinação de algum padrão de organização, especificando quais semelhanças são importantes e quais podemos tranquilamente ignorar”⁴³⁷. Desta forma, nesta busca por semelhanças relevantes e desigualdades pouco importantes, a identificação do núcleo essencial da questão discutida nos casos concretos em análise, é fundamental para a verificação da extensão dos seus efeitos a outros casos, sendo relevante a apreciação dos fundamentos que conformam a decisão.

Conforme já salientado, o magistrado, ao julgar um caso concreto, individualiza a norma abstrata previamente estabelecida, concretizando-a, criando uma norma individual. No entanto, não é apenas uma norma a ser criada, mas sim duas: uma de caráter individual constante no dispositivo do julgado, que confere solução ao caso concreto e se aplica às partes envolvidas na demanda; e outra, de caráter geral, que se localiza no fundamento do julgado e deve ser considerada como o núcleo da decisão para a identificação entre outras demandas.

A luz das circunstâncias fático-jurídicas, trazidas à sua apreciação pelas partes, em procedimento jungido ao princípio do contraditório, no qual sejam garantidos aos litigantes igualdade material de atuação em juízo e mesmo potencial poder de influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida, o magistrado constrói, então, a norma geral do caso concreto, na fundamentação do julgado, pesando, tanto quanto possível, todas as circunstâncias postas e o ordenamento jurídico. E esta norma geral do caso concreto regulará a situação conflituosa judicializada, conferindo lastro para a edição da norma individualizada ou norma de decisão, consoante o dispositivo do julgado.⁴³⁸

Ante o exposto, embora a decisão exarada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade não seja caracterizada pela objetividade e abstração encontradas nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade, sua abrangência não pode ser negada em absoluto, é preciso identificar o seu núcleo essencial e a partir dele realizar as adequações possíveis evitando que casos semelhantes sejam apreciados sob fundamentos diversos, prejudicando a efetiva tutela de direitos.

⁴³⁷ SCHAUER, Frederick. *Precedente. In: Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

⁴³⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e a concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 191.

CONCLUSÃO

A reconstrução dos países da Europa continental, sobretudo dos que saíram derrotados da Segunda Guerra Mundial, permitiu uma redefinição da Constituição e da importância do Direito, em especial o constitucional, sobre as instituições, garantindo as bases para a formação de um Estado Constitucional de Direito, delineado por um novo modelo de constitucionalismo.

Conforme analisado, o Neoconstitucionalismo é fruto da reaproximação entre o Direito e a Moral, sendo caracterizado pelo surgimento de um novo paradigma constitucional, representado por três marcos fundamentais: o marco histórico, esboçado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e pelo surgimento do Estado Constitucional de Direito; o marco filosófico, delineado pela construção do pós-positivismo como forma de superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico em suas formas puras; e o marco teórico, destacando-se, neste ponto, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Com a implantação de um modelo de supremacia Constitucional, percebeu-se cada vez mais a necessidade de se desenvolver mecanismos responsáveis por proteger a normatividade da Constituição e garantir a sua aplicação não apenas como parâmetro de validade da legislação infraconstitucional, mas também como norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto. Nestes termos, a jurisdição e a hermenêutica constitucional assumiram os espaços para esta realização, impulsionando a atuação do Poder Judiciário como grande intérprete da Constituição.

No Brasil, o Neoconstitucionalismo foi aos poucos conformando uma nova realidade constitucional ao sistema brasileiro, tendo como seu verdadeiro marco, a Constituição Cidadã de 1988. A Carta da República de 1988, como visto, rompeu com alguns vícios arraigados ao direito brasileiro, manifestando uma preocupação central com a proteção dos direitos fundamentais e com o desenvolvimento de instrumentos capazes de concretizar suas normas. Ao longo destes vinte e sete anos e noventa emendas, a Constituição de 1988 expandiu a jurisdição constitucional brasileira e evidenciou a importância de uma hermenêutica constitucional fortalecida e coerente, ratificando a normatividade de suas normas e corroborando com a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte assumiu o papel de instância originária, instância recursal e de Tribunal Constitucional, centralizando a função de principal intérprete da Constituição e sua grande guardiã, sendo responsável por aplicar a Constituição, julgar possíveis violações ao seu texto e declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais a partir das duas modalidades de controle judicial de constitucionalidade, o controle abstrato e o controle concreto. Sem dúvidas, o Supremo Tribunal Federal se fortaleceu nos últimos anos, tornando-se palco dos principais debates nacionais e adotando uma postura atuante diante do processo de constitucionalização do direito vivenciado com a Constituição de 1988 e seu poder irradiante.

Neste contexto de valorização constitucional e de fortalecimento do Poder Judiciário, a jurisdição constitucional no Brasil se tornou mais exigente e multifacetada, sendo construído no cenário nacional um sistema complexo de controle de constitucionalidade, com a conjugação de diferentes modalidades de controle de constitucionalidade com peculiaridades próprias. Esta complexidade se deve, originariamente, às influências austríaca e americana que ensejaram, no decorrer das sete Constituições brasileiras, procedimentos diversos de controle constitucionalidade, corroborando com o desenvolvimento de um sistema nacional de controle de constitucionalidade que ganhou novos arranjos com a Constituição de 1988, tendo em vista a exigência de mecanismos mais competentes de proteção para a sobrevivência do sistema.

Especialmente, a Constituição cidadã ampliou as ações objetivas e o rol dos legitimados para a sua propositura, expandindo o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade em detrimento do controle difuso e concreto. De forma peculiar, as ações objetivas, listadas em quatro modalidades principais (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Direta de Constitucionalidade - ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADIO e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF), são exercidas com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal e suas decisões possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes, ratificando o fortalecimento da Suprema Corte como principal intérprete da Constituição.

Em que pese à expansão do controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões da Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade continuaram limitadas às partes do processo, não se impondo como parâmetros a serem seguidos pelas demais instâncias. Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal seja o grande responsável por garantir à Constituição uma interpretação coesa e

condizente com os seus próprios valores, algumas das suas decisões não possuem força suficiente para vincularem às demais instâncias, gerando uma grande contradição em face do papel realizado pelo Supremo Tribunal Federal e do fortalecimento normativo da Constituição.

Diante desta nítida incoerência, atualmente tem-se acompanhado no sistema jurídico pátrio um processo de valorização de todas as decisões exaradas pela Suprema Corte brasileira, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade por ela realizado, objetivando-se assim garantir uma interpretação coerente e una da Constituição, sem variações capazes de esvaziar a sua normatividade. Para tanto, a vinculatividade exclusiva das decisões exaradas em jurisdição abstrata torna-se ineficiente, principalmente se considerado que grande parte das demandas que chegam até a Suprema Corte é veiculada por meio do Recurso Extraordinário, típico instrumento de realização do controle difuso de constitucionalidade.

Alterações pontuais na legislação e na jurisprudência esboçam um novo momento da jurisdição constitucional brasileira, possibilitando a releitura dos efeitos das decisões exaradas pela Corte Suprema em sede de controle difuso de constitucionalidade. Esta releitura se pauta na expansividade destes efeitos, que deixam de se limitar às partes envolvidas no processo, ultrapassando-as, e assim, se assemelhando em muito ao controle abstrato de constitucionalidade.

Entre os importantes artigos que fundamentam a expansão de efeitos das decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, é possível destacar o art. 475, § 3.º, do Código de Processo Civil, que dispensa o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente; o parágrafo único do art. 481 do CPC que estabelece a dispensa do requisito da reserva de plenário quando já houver pronunciamento, a respeito da matéria, pelo próprio órgão especial ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal; o art. 518, § 1.º, do CPC que passou a considerar descabida a apelação contra sentenças proferidas com base em súmulas do STF ou do STJ; os arts. 543-A e 543-B do CPC que formalizaram a chamada objetivação do Recurso Extraordinário e deram sentido prático a força das decisões do STF, garantido ao mesmo um pressuposto especial de admissibilidade - a repercussão geral - e a chamada repercussão geral por amostragem; e, por fim, o art. 557 do CPC que possibilitou ao relator negar seguimento a recurso em confronto a súmula ou jurisprudência do STF ou de tribunal Superior ou dar provimento se a decisão recorrida estiver em similar situação.

Em consonância a estas mudanças legislativas, a jurisprudência também tem abarcado esta releitura do controle difuso de constitucionalidade quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal, garantido uma nova roupagem ao recurso extraordinário, mais objetivado, possibilitando a concretização do Mandado de Injunção, até então sem muita eficácia no direito brasileiro, e reconhecendo em decisões importantes, como na Reclamação 4335/AC, a abrangência dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

Desse modo, são expressivos os argumentos que sustentam a expansão dos efeitos do controle difuso e concreto de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileira, sendo cada vez mais notórias as adaptações ao sistema desenvolvido até então, no sentido de se garantir um respeito maior às interpretações garantidas pelo Supremo Tribunal Federal e também de se impedir que questões repetitivas assolem as pautas do Tribunal. Este movimento em direção a uma valorização total das decisões exaradas pelo STF foi otimizado com o Novo Código de Processo Civil de 2015, que enfatiza a importância de se estabelecer uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, listando decisões que devem ser utilizadas como parâmetros obrigatórios para as demais instâncias, entre elas as decisões do STF.

Sem dúvidas, esta abrangência dos efeitos das decisões da Suprema Corte, encontra algumas barreiras no princípio da separação de poderes, na independência dos magistrados das instâncias inferiores e no possível engessamento das decisões quanto à realidade social, todavia, estas questões perdem a sua força quando considerada a possibilidade de se respaldar interpretações divergentes da Constituição ante a ausência de correspondência entre as decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal e as decisões das demais instâncias.

Especificamente quanto às decisões exaradas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, a expansão dos seus efeitos encontra resistência no próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, e isto se deve ao fato de que, embora o Brasil tenha adotado o controle difuso e concreto como uma das modalidades possíveis para o exercício do controle de constitucionalidade, ele não o adaptou da maneira como o mesmo foi concebido pelo sistema americano, estando ausente o discutido *stare decisis*. No Brasil, inicialmente, apenas a elaboração de súmulas vinculantes e a interferência do Senado Federal, através da sua competência definida no art. 52, X, CRFB/88, poderia ensejar uma abrangência de efeitos destas decisões, deixando explícita a desigualdade entre os sistemas e a sua má adequação ao sistema brasileiro.

Neste sentido, uma grande parte da doutrina, abraçada por constitucionalistas e processualistas, favoravelmente a expansão dos efeitos das decisões do STF, sustenta uma

possível mutação constitucional sofrida pela referida competência senatorial, cabendo ao Senado Federal, em verdade, a mera publicização da decisão do Supremo Tribunal Federal e não a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional. Desta forma, as decisões exaradas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade teriam amplos efeitos independentemente da atuação do Senado, e por conseqüência, independentemente da elaboração de Súmulas Vinculantes, como já é possível vislumbrar nas alterações legislativas e jurisprudenciais citadas.

Esta posição, criticada por muitos autores, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação Constitucional 4335/AC, sendo reafirmada a competência senatorial, diante da verdadeira mudança no texto constitucional que esta tese poderia ensejar, extrapolando os limites da mutação constitucional. Todavia, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, esta discussão volta ao centro da questão e ganha ainda mais força, tendo em vista a clareza com que o novo Código trabalha com a valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade exercido. Ademais, a importância de parâmetros decisórios para a tutela isonômica de direitos nunca permitiu que ela de fato fosse abandonada pelos estudiosos sobre o tema, sendo inequívoca a inconsistência desta atuação diante do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como grande intérprete da Constituição.

Como Corte Constitucional e última instância recursal, o STF exerce com primazia a jurisdição constitucional, responsabilizando-se pela palavra final quanto às questões constitucionais, solucionando controvérsias e definindo caminhos possíveis para o deslinde de questões, sendo assim, a imediata vinculatividade de suas decisões, independentemente do controle de constitucionalidade realizado, é essencial para se garantir a coerência da ordem jurídica e um tratamento igualitário para casos idênticos. Assim, permitir que uma decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de jurisdição difusa, seja desconsiderada pelas demais instâncias é tão temerário quanto permitir que suas decisões, em jurisdição abstrata, sejam desrespeitadas, ensejando casos graves de injustiças, grande insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados e um estímulo total a litigância repetitiva.

Ante o exposto, o presente trabalho teve como objetivo principal analisar esta nova realidade dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileira e a importância da sua releitura ante a premência de decisões igualitárias para o tratamento isonômicos em casos idênticos. Nesta esteira, defende-se a construção de um sistema brasileiro de valorização das decisões do Supremo Tribunal Federal, compartilhando

o entendimento de que as decisões exaradas pelo STF, independentemente da modalidade do controle de constitucionalidade realizado, devem ser consideradas como parâmetros decisórios para as demais instâncias, evitando-se a coexistência de interpretações divergentes sobre um mesmo texto normativo.

Por consequência, pondera-se por uma revisão da estrutura de controle de constitucionalidade desenvolvida até então no Brasil, assumindo-se a imprescindível releitura de competências e mecanismos que a acompanham, no sentido de proporcionar um novo caminho para as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, em consonância ao papel desempenhando por ele e a importância destas decisões para a proteção da normatividade constitucional.

Não se pretende com a exposição apresentada defender um fortalecimento exacerbado do Judiciário em face dos demais poderes, tampouco alimentar uma sobreposição do Supremo Tribunal Federal em face das demais instâncias, o que se pretende, em verdade, é possibilitar um exame do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a partir das suas principais peculiaridades, evidenciando a sua grande incoerência e as possíveis maneiras de saná-las ou amenizá-las, em busca de uma interpretação coerente e una da Constituição. Assim, mais do que compreender as decisões da Suprema Corte brasileira como parâmetros a serem seguidos em casos idênticos, objetivou-se demonstrar a importância destes parâmetros para a conformação de um sistema jurídico integrado e para a tutela efetiva e igualitária de direitos.

JULGADOS MENCIONADOS

Rp 1016, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1979

Rp 1405, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1988.

MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991

MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991.

ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992

MI 284, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992

MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994

ADI 1519 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1996

ADC 9 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2001

ADI 2396 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001

RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002,

HC 85185, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005

ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005

RE 388830, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006

ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006

HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006

ADI 3619, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006

RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007

MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007

MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007

MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007

MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007

ADPF 130 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2008

ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008

ADI 3510, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008.

ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008

RE 582760, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008

ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010

ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012.

RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013

Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014

AP 470 EI-décimos quintos-AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014

ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014

RE 546649 AgR-ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015

RE 859994 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015

RE 880083 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015

ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 19/09/2015

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Do Genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatos históricos, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

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

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fabrício Santos. *Repercussão Geral: uma análise crítica das suas implicações no processo penal democrático*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2009.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *O poder constituinte e sua expressão na política*. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/04.pdf>.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Editora Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Atlântica, 1977.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. *Princípios e Regras: uma abordagem evolutiva*. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=23>.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

BARBOSA, Renata Athayde. *Os mandados constitucionais de criminalização – O paradigma do terrorismo*. Mimeo, 2013

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. vol. XX. tomo V.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso: 10/06/2015

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e a concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito administrativo*. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf.

BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma doutrina constitucional transformadora*. 7 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELAUNDE, Domingo García. *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*. Disponível em: <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/DomingoGarcia.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de Jurisdição Constitucional: As lições de Marbury v. Madison*. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coordenador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução. Maria Celeste C. J. Santos. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições, e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>.

BRANDÃO, Rodrigo. *Constituição e Sociedade: o outro lado de Marbury v. Madison*. Disponível em: <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-o-outro-lado-de-marbury-v-madison>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso: 26/08/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4335-5. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco – AC. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 4335/AC. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/rcl4335TZ.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>.

BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

BUARQUE, Chico. *Budapeste*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20e%20RE.pdf>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacComick*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 106, 2013. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p263>.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012.

CAMARGO, Margarida. *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos tribunais, nº 786, ano 90, abril/2001

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos: O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas*. in *As garantias do cidadão à justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO E MARINHO, Hugo Chacra. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo

Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2013.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Alceu, n. 9, 2004. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>.

CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays*. Princeton: Princeton University Press, 1914.

COSTA, Emília Viotti da. *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica*. Disponível em: <https://www.stj.gov.br/>.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Disponível em: http://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordinario_e_objetivacao.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

DUARTE, Fernanda; IORIO, Rafael Maio. *A gramática das decisões judiciais no Brasil: mesmos casos e decisões diferentes*. Disponível em: www.uff.br/ineac/sites/default/files/texto_lsa_2011.doc.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EGAÑA, José Luis Cea. *Evolucion Del Derecho Constitucional en America Latina. 1980-2000*. Disponível em: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art07.pdf>.

FACCHINI NETO, Eugênio. *O poder Judiciário e sua independência - uma abordagem de direito comparado*. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_7.pdf.

FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIXO, Maria Aparecida de Andrade. *O ativismo judicial e a separação de poderes*. Revista Intervenção, Estado e Sociedade. v.1. n.1 jan./jun. 2014.

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law review. v. 84. n. 2, 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328.

FURMANN, Ivan. *O Supremo Tribunal Federal e o regime militar de 1964*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964>.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf

GOMES, Anderson Ricardo. *Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306.

GOMES, Luiz Flávio. *Efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstratizado*. Consulex, nº 221, 2006.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. *Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRAU, Eros. *O perigoso artifício da ponderação entre princípios*. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Novos Estudos Jurídicos, nº 14, 2002.

GUELLERO, Camila Talhete; ESTEVES, João Luiz Martins. *O mandado de injunção como possibilidade de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/10879/9513>.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O novo constitucionalismo: a hegemonia normativa dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional*. Disponível em: [file:///C:/Users/Principal/Downloads/02o novo constitucionalismo a hegemonia normativa dos princípios.pdf](file:///C:/Users/Principal/Downloads/02o%20novo%20constitucionalismo%20a%20hegemonia%20normativa%20dos%20princípios.pdf).

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JELLINEK, G. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução: Christian Forster. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 2000.

LIPKIN, Robert Justin. *What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review?* Widener Law Review. vol. 14, n. 1, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1309757>.

MARINONI, Luis Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files/_/O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual constitucional*. 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

MEDEIROS, Orione Dantas de. *A influência do realismo judicial no julgamento da Reclamação Constitucional 4335-5/AC: rejeição da mutação constitucional prevista no art.*

52, X, CRFB/88. Disponível em:
<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/2276/1301>.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A arguição de preceito fundamental*. Revista Consulex, v.4, n.42, 2000

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/contr_const_dir_mun_est.htm.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em:
<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/R162-12.pdf?sequence=4>.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 1. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.

NELSON, Willian E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003.

NUNES, Dierle. *O IRDC do NCPC: este estranho que merece ser compreendido*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento em Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de. *Novo constitucionalismo latino-americano: o Estado moderno em contextos pluralistas*. Revista Culturas Jurídicas, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/41/5>.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula vinculante*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.

PEGORARO, Lúcio. *A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/228/R165-07.pdf?sequence=4>.

PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/autonomia-administrativa-e-financiera-do-poder-judici%C3%A1rio>.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade (o Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Interesses)* das Leis. Revista de Direito Administrativo nº 212, abril/junho de 1998.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito de Estado, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Disponível em: <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/sieyes-que-es-el-tercer-estado.pdf>.

SILVA, Frederico de Castro e POMPERMAYER, Edson Fernando. *A tese da nulidade e anulabilidade em controle concentrado no sistema pátrio*. Revista Faculdade Montes Belo, vol. 5, n. 2, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 82.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 58.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nº 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Revista Novos

Estudos Jurídicos. n. 2. 2003. Disponível em:
<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em:
http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York University Press. 1995.

TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional*. Disponível em:
http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_7.pdf.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *Mandado de Injunção: novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:
http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6389_6416.pdf

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *O novo parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC e o processo trabalhista: a convicção consensual como instrumento de agilização da estrutura judiciária*. Disponível em:
<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313014/1.+O+novo+par%C3%A1grafo+primeir+do+artigo+518+do+CPC+e+o+processo+trabalhistaa+convic%C3%A7%C3%A3o+consensual+como+instrumento+de+agiliza%C3%A7%C3%A3o+da+estrutura+judici%C3%A1ria>.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009

VELOSO, ZENO. *O Senado precisa ser retirado do controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/673>.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Kapulez, 1956.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal (Jurisprudência Política)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo*. Revista de Direito da Unimep, n. 1, 2001 Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/885>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In: *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

ZAULI, Eduardo Meira. *Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil*. Revista de Sociologia e Polícia, n. 40, 2011.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782011000300014&script=sci_arttext.