



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

AMANNDA CASTRO DA PONTE

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS
DETERMINANTES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
BRASILEIRO**

FORTALEZA

2014

AMANNDA CASTRO DA PONTE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- P813a Ponte, Amannda Castro da.
 A aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao controle de
 constitucionalidade brasileiro / Amannda Castro da Ponte. – 2014.
 68 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
 Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Direito Constitucional.
 Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Junior.
1. Democracia - Brasil. 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. 3. Poder judiciário e
 questões políticas - Brasil. I. Marques Junior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do
 Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

AMANNDA CASTRO DA PONTE

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS
DETERMINANTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. William Marques Paiva Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Francisco Macedo de Araújo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Tonny Ítalo Lima Pinheiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, à minha família e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por possibilitar a realização de um sonho. Agradeço a minha mãe, Eliza Castro, por ser um exemplo de resiliência, bondade e gratidão, por estar ao meu lado em todos os momentos, compartilhando das minhas alegrias e tristezas, sempre torcendo por mim com uma fé inabalável. Obrigada, mamãe, por me fazer enxergar o mundo com outros olhos, por me fazer acreditar que nunca devemos perder a esperança e por todos os conselhos que me foram dados com tanta sabedoria e zelo, amo a senhora!

Ao meu pai, Esperidião, *in memoriam*, porque me lembro o quanto me incentivava a estudar, comemorando com entusiasmo todas as notas boas que eu tirava no colégio. Obrigada, pai, por me ensinar a valorizar aos estudos desde cedo, sei que ficaria muito feliz ao me ver concluindo a graduação, eternas saudades! Ao meu irmão, Rennan, por sempre ter sido o meu melhor amigo e por ter vindo ao mundo para alegrar ainda mais a minha vida, amo você!

Aos diretores do Colégio Maximus, Tia Edite e Tio João, pela dedicação que sempre tiveram para oferecer um ensino de qualidade em sua instituição, sem o qual não teria sequer passado no vestibular. Aos amigos que conheci nesse amado colégio, dos quais não quero nunca me afastar: Henrique Lima, Iury Torres, Nadiejda Nobre, Raíssa Nobre e Renata Moura.

À Carla Mayara, por ser uma amiga fiel, por sempre torcer por mim e por ter me ensinado o verdadeiro significado da palavra amizade. À Nathaly, por ser a amiga mais prestativa e corajosa que eu tenho e por sempre se fazer presente em minha vida. À Tais, por sempre estar disponível para escutar meus desabafos e por ser uma das melhores pessoas que já conheci. Amo-as!

À Rafaella, por se tornar uma verdadeira irmã pra mim, por sempre me apoiar e, principalmente, por ser o ombro amigo que me sustenta quando eu mais preciso. À Alene, por ser meu exemplo de organização, dedicação e responsabilidade. À Meline, pela doçura e solicitude que lhe são ímpares. À Thamyres, por possuir um coração puro e sempre encontrar um meio de nos fazer sorrir. Obrigada, amigas, sem vocês ao meu lado esses cinco anos não teriam sido tão bons.

À Dra. Ann Chelly Sampaio, por ser um exemplo de alteridade, eficiência e dedicação ao trabalho, que sempre inspirará minha vida profissional. Às amizades feitas no

DECON, que me proporcionaram um grande aprendizado: Alex, Camille, Ismael, Breno e Rafael.

Ao Dr. Alessandro Sales e a todos que trabalham em seu gabinete, onde encontrei uma verdadeira família. À Arislina, por ter um coração enorme, por sempre encontrar um motivo para enxergar a vida com alegria e por todos os ensinamentos e conselhos que me deu. À Amanda, pela sua alegria contagiante e pela doçura que lhe é ínsita. À Mônica, por sempre ter uma opinião sincera para dar e por compartilhar conosco suas aventuras. À Tuane por tornar minhas tardes mais alegres, pela prestatividade e meiguice que lhe são características. Ao Vitor, por sempre escutar meus dramas e me fazer rir. Adoro vocês!

Ao componentes da banca: Prof. Francisco Macedo de Araújo Filho e Tonny Ítalo Lima Pinheiro pela gentileza e disponibilidade. Ao meu orientador, Prof. William Marques Paiva Júnior, pela atenção, carinho e dedicação com que me orientou.

“Não te indignes por causa dos malfeitores,
nem tenhas inveja dos que praticam a
iniquidade.

Pois eles dentro em breve definharão como a
relva e murcharão como a erva verde.

Confia no Senhor e faze o bem;

Agrada-te do Senhor, e ele satisfará os desejos
do teu coração.

Entrega o teu caminho ao Senhor, confia nele,
e o mais ele fará.

Fará sobressair a tua justiça como a luz e o teu
direito, como o sol ao meio-dia”.

- Salmos 37: 1-11

“Os adjetivos passam, e os substantivos
ficam”.

- Machado de Assis

RESUMO

A pesquisa versa sobre as atuais perspectivas para a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade brasileiro, frente a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, na busca de meios mais eficazes para garantir a aplicação direta da Constituição. As mudanças trazidas pela Constituição de 1988 ao sistema jurídico revelaram o anacronismo do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, exigindo-se uma nova compreensão do referido dispositivo constitucional. Destaca-se a relevância do tema no contexto jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal, que revelam uma tendência de ampliação do controle difuso de constitucionalidade e de aproximação com o controle abstrato de normas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade. Efeito Vinculante. Transcendência dos Motivos Determinantes. Mutação do art. 52, inc. X da Constituição Federal.

ABSTRACT

The research deals with the current perspectives for the application of the theory of transcendence motives to Brazil's system of constitutionality control, facing the Supreme Court's activist stance, seeking more effective ways to ensure the direct application of the Constitution. The changes brought by the 1988 Constitution to the legal system have shown up the anachronism of art. 52, X, of the Federal Constitution by requiring a new understanding of that constitutional provision. Highlights the relevance of the topic in the context of judicial decisions of the Supreme Court, which shows a tendency of expansion of diffuse control of constitutionality and its proximity to the abstract control of norms.

Keywords: Judicial Activism. System of constitutionality control. Binding Effect. Transcendence of the Determining Motives. Constitutional Mutation of art. 52, X, Federal Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	BREVE HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E ATIVISMO JUDICIAL	14
2.1	Ativismo judicial: conceito, características e limites.	17
2.2	Ativismo judicial no Brasil	21
3	EFEITO VINCULANTE E TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES	26
3.1	Diferenciação entre Efeito Vinculante, Efeito <i>Erga Omnes</i> e Coisa Julgada	29
3.2	<i>Ratio Decidendi</i> , <i>Obiter Dictum</i> e Transcendência dos Motivos Determinantes	31
4	O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	42
4.1	A abstrativização do controle difuso: análise jurisprudencial e legislativa.	45
4.2	Releitura do papel da resolução do Senado Federal e Mutação Constitucional	55
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
6	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 ampliou as funções institucionais do Poder Judiciário, promovendo uma reformulação do sistema jurídico. A judicialização ganhou espaço diante da crise de representatividade dos poderes Executivo e Legislativo, incapazes de atender às demandas da sociedade. Nesse contexto, o Judiciário passa a adotar uma postura proativa na interpretação da Constituição, visando assegurar a máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais.

O Supremo Tribunal Federal também passou a pautar sua atuação na busca meios mais eficazes para garantir a aplicação direta da Constituição. Com o fito de assegurar a observância das decisões da Corte Suprema e evitar a recalcitrância dos demais poderes, introduziu-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o efeito vinculante, que contribuiu para a otimização da prestação jurisdicional.

As origens do efeito vinculante apontam que sua extensão atinge, além da parte dispositiva da decisão, a *ratio decidendi*, ou seja, seus fundamentos determinantes, entendimento este que dá esteio à teoria da transcendência dos motivos determinantes. Ademais, embora o efeito vinculante tenha sido inserido no ordenamento brasileiro para ser aplicado ao controle concentrado de constitucionalidade, discute-se, também, a sua aplicação ao controle difuso-incidental de constitucionalidade.

Propõe-se, portanto, que a decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal tenha uma amplitude maior, de forma que seus fundamentos também possuam efeitos vinculantes e *erga omnes*, de acordo com a teoria da transcendência dos motivos determinantes, tornando desnecessária a edição de resolução pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Para legitimar esse entendimento, surgiu o argumento, defendido no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Gilmar Mendes, de que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional devido à completa reformulação do sistema jurídico provocada pelo advento da Carta de 1988, exigindo-se uma nova compreensão do referido dispositivo constitucional. A nova interpretação reformularia o papel da resolução, emanada pelo Senado Federal, de modo a torná-la prescindível para conferir efeitos *erga omnes* à decisão em sede de controle incidental.

Objetiva-se analisar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao controle de constitucionalidade brasileiro, frente a atual convergência dos

modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Será considerado tanto o posicionamento da doutrina sobre o assunto, quanto o acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa será bibliográfica e documental. No que se refere à primeira, serão feitas consultas aos livros especializados e às produções acadêmicas sobre o assunto, tais como artigos científicos e dissertações. Já relativamente à segunda, será abordada a jurisprudência sobre o tema tratado, bem como serão feitas consultas à Constituição.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E ATIVISMO JUDICIAL

O primeiro modelo de controle de constitucionalidade utilizado no Brasil foi o americano, por meio do qual, desde a edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a *Judicial Review*, conferindo a qualquer magistrado o poder de analisar questões constitucionais incidentalmente nos casos concretos sob análise. Entretanto, as divergências entre o controle judicial norte-americano e o brasileiro têm origem no histórico processual constitucional adotado em nosso país e no fundamento da prestação jurisdicional aplicada.

O caso *Marbury v. Madison* inaugurou uma nova espécie de poder de julgar no ambiente político mundial, constituindo um poder de julgar extraordinário, que se sobrepõe à lei, uma jurisdição inédita que tem como parâmetro a Constituição. Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 40) ensina que tal poder foi concebido como função inerente ao Judiciário, que passou a exercer simultaneamente a jurisdição legal, submetida à lei e a jurisdição constitucional, submetida à Constituição. O modelo estadunidense, portanto, caracteriza-se pelo fato de a jurisdição constitucional poder ser exercida pelos órgãos de jurisdição legal ou ordinária.

A concentração de dois tipos de jurisdição diferentes nos mesmos órgãos resultou em uma ampliação demasiada de seus poderes, pois, conforme explicita Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 33), o predomínio político desses órgãos restou evidenciado na medida em que se tornaram competentes para julgar definitivamente a respeito da constitucionalidade das leis e de demais atos normativos, tendo em vista a superioridade da Constituição perante os poderes públicos.

Nesse sentido, sobre o Poder Judiciário dos Estados Unidos, já ensinava Rui Barbosa (1962, p. 94): “ele é o derradeiro árbitro, em todos os assuntos concernentes aos poderes distribuídos na constituição, o juiz irrecorrível de seus próprios direitos, assim como dos do Congresso e do Executivo”.

Devido a essa superioridade política, conforme destaca Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 33), as limitações ao exercício da jurisdição constitucional americana constituem, em sua maioria, práticas de auto-restrição (*self-restraint*), ou seja, os próprios juízes decidem se há controvérsia constitucional ou não, tornando-se responsáveis por controlar seu próprio poder. O Judiciário, portanto, impõe a si próprio os limites aos quais se sujeitará.

Sobre a aceitação dessa superioridade do Poder Judiciário estadunidense, esclarece Roger Stiefelman Leal (2006, p. 41):

É certo, contudo, que a legitimidade político-democrática dos juízes e o sistema jurídico do *Common Law* acabam por produzir, nos Estados Unidos, condições favoráveis à aceitação dessa superioridade, bem como à redução dos riscos decorrentes da concentração dessas atividades.

Assim, pelo fato de os órgãos de jurisdição ordinária também poderem exercer o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, devido ao modelo de jurisdição una adotado, a unidade da *Common Law* não depende de um órgão único que profere as decisões, mas sim da validade e da imutabilidade do próprio julgamento. Existem dois institutos que permitem a estabilidade dos julgados na *Common Law*: precedente e *stare decisis*.

Carmen Luiza Dias de Azambuja conceitua esses institutos (2008, p.174):

O precedente funciona como a regra de ouro resultante de um julgamento por maioria do Tribunal quanto ao mérito da causa, pelo objeto jurídico do processo. Essa declaração incidente de Direito, a partir dos elementos do caso, passa a ser a nova lei especial para os demais. Nisso ela destaca-se do pedido particular da parte e ascende como parâmetro jurídico de novos julgamentos. A extensão aos casos similares é produto do princípio da isonomia. No *stare decisis*, há a perenização do precedente e de sua decisão enquanto permanecerem as mesmas condições do julgamento anterior. É a regra do *rebus sic standibus* conhecido para a teoria da permanência e validade dos contratos no Direito Civil, como nos tratados internacionais. Ambos os institutos são resultantes de um processo devido substancialmente, como o adequado à *Rule of Law* que os ensejou.

Ademais, no modelo estadunidense prevalece a tese de que a norma declarada inconstitucional é nula e de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório, e não constitutivo, reconhecendo-se, portanto, uma situação preexistente. Consequentemente, os efeitos dessa declaração são retroativos, fulminando a lei desde sua entrada no ordenamento jurídico. Assim, todas as relações jurídicas fundadas nesse ato devem ser desconstituídas, ou seja, a nulidade retroage à origem do ato, atacando-o *ex tunc*. A tese da nulidade foi amplamente acolhida no Direito brasileiro, embora hodiernamente não se aplique rigidamente.

Não obstante a imponência do modelo norte-americano, o surgimento das concepções e proposições teóricas de Hans Kelsen, com a consequente adoção da sistemática de por ele proposto na Áustria, culminou com a dispersão de um novo modelo de jurisdição constitucional pela Europa.

Em razão da ausência de mecanismos de uniformização das questões constitucionais, como o *stare decisis* norte-americano, o modelo difuso não teve aceitação no continente europeu por gerar incerteza e insegurança jurídica, pondo risco à própria autoridade constitucional.

Assim, para evitar decisões contraditórias em face do mesmo texto constitucional, a solução proposta por Kelsen (1994, p. 261) consistia em concentrar em apenas um órgão o poder de controle de constitucionalidade dos atos estatais. Desse modo, reduzir-se-ia o risco de reprodução de julgados diferentes acerca da mesma questão constitucional, pois haveria apenas uma autoridade competente para exercer a jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional.

O modelo kelseniano considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade, tendo a declaração de inconstitucionalidade natureza constitutiva negativa e produzindo apenas efeitos *ex nunc*. A tese da anulabilidade, porém, não teve adesão expressiva dos ordenamentos jurídicos positivos.

Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 176-177) ressalta que a inexistência dos instrumentos do precedente e do *stare decisis* no Brasil também impôs mudanças no sistema difuso inicialmente adotado, pois, devido ao fato de o controle de constitucionalidade brasileiro realizar-se dentro do Poder Judiciário, as decisões sobre matérias constitucionais seriam dispersas e fragmentadas, não havendo uniformidade ou unidade do sistema jurídico.

Ademais, o predomínio político dos órgãos de jurisdição norte-americanos permite que o processo individual nos Estados Unidos possua uma feição pública, ao contrário do processo brasileiro e do europeu, que se caracterizam por serem individuais. Assim, a extensão da declaração de inconstitucionalidade do controle difuso no Brasil difere da extensão no controle difuso estadunidense, pois neste, de acordo com Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 179), a decisão mantém-se sempre una, indisponível, indivisível e *erga omnes*, em razão da feição pública do processo norte-americano, enquanto no Brasil o processo constitucional individual é privatista de extensão *inter partes*, sendo essa, portanto, a deficiência da cópia do controle judicial norte-americano em nosso país.

A partir da Constituição de 1934, foram introduzidas alterações no controle de constitucionalidade brasileiro, instituindo-se casos específicos de controle por via principal. Entretanto, foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de dezembro de 1965, que o controle de constitucionalidade viria a sofrer mudança radical, instalando-se, definitivamente,

no Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais através da criação da representação genérica de constitucionalidade, denominada atualmente ação direta de inconstitucionalidade, de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal.

No controle abstrato de constitucionalidade, Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 177) destaca que a estabilidade dos julgados decorre da competência exclusiva e originária de um órgão encarregado de definir a questão constitucional, ao contrário do que ocorre no controle difuso. Assim, nessa forma direta e objetiva de controle, a decisão é imutável e vinculante pelo simples fato de ter sido proferida pelo Tribunal Constitucional do país.

A mescla das vias difusa e concentrada no controle de constitucionalidade brasileiro, ante suas origens diversas, desconstituiu a unidade material da declaração de inconstitucionalidade frente ao efeito *inter partes* no controle difuso e ao efeito *erga omnes* no controle abstrato, uma vez que impediu que o processo constitucional difuso brasileiro pudesse ter o mesmo efeito e extensão *erga omnes* do controle de constitucionalidade norte-americano, já que essa extensão somente pode ser dada pela via concentrada de controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, ou quando o Senado Federal suspende a execução da lei. Nesse sentido, afirma Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 179):

Essas modificações acontecidas, ao longo da estrutura constitucional brasileira, foram esforços para retirar do poder judiciário, pela via procedimental, uma efetiva revisão dos atos dos outros poderes pelo próprio cidadão no seu caso concreto. Ao lado disso, da mesma forma diverso do controle difuso e judicial norte-americano, a extensão *erga omnes* somente pode ser almejada pela via concentrada de controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se estivéssemos em uma jurisdição dual, como na Europa. A via concentrada depende, nesses termos, de uma legitimação extraordinária por representação de direitos comuns de todos os cidadãos. Estes não têm legitimação ordinária para a via concentrada de controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Desse modo, antes de 1988, havia um modelo misto de controle de constitucionalidade no Brasil, ainda predominantemente difuso, pois o controle direto costumava ser raramente utilizado. Com o advento da Constituição de 1988, deu-se ênfase ao modelo concentrado, com a ampliação da legitimação para a propositura da ação direta e, devido à presteza e celeridade da via principal, sua ampla utilização superou a preponderância da via difusa.

2.1 Ativismo judicial: conceito, características e limites

A Constituição de 1988 ampliou significativamente as funções institucionais conferidas ao Judiciário, contribuindo para o fenômeno da judicialização, ou seja, questões políticas, sociais e morais relevantes passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário. Esse deslocamento de poder para as instituições judiciais alcançou diversos países. Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso (2013, p.242):

Exemplos inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, entre muitos outros.

Assim, a judicialização ganha espaço diante da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, especialmente no Brasil, onde o Legislativo não atende às demandas da sociedade. Explicitando os motivos da ocorrência da judicialização no Brasil, afirma Luís Roberto Barroso (2013, p.244):

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.

Luís Roberto Barroso (2013, p. 246) leciona que a judicialização, entretanto, é um fato, constitui uma realidade vivenciada no atual cenário institucional brasileiro. Dessa maneira, diferencia-se da ideia de ativismo judicial, que representa uma postura proativa do Judiciário na interpretação da Constituição, de modo a concretizar o direito diante da abstração dos princípios nela expressos, dando-lhe a máxima efetividade.

Segundo Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 40), o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos e remonta a um período em que a Suprema Corte americana adotou uma postura progressista no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais. Essa proatividade não foi adotada apenas pela Suprema Corte, mas também por diversos juízes,

pois na década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel decisivo na garantia de direitos civis para as minorias étnico-raciais, independentemente da interferência do Poder Legislativo.

À medida em que conservadores insurgem-se contra essa postura do Judiciário, a expressão ativismo judicial começa a carregar um significado pejorativo, passando a estigmatizar esse tipo de aplicação do poder judicial. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2013, p. 245) menciona que o ativismo judicial:

[...] assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia do 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Assim, conforme aduz Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 37-38), o sentido conotativo da expressão é empregado em vários momentos, enquanto, em outros, chega a representar a teoria do Juiz ideal, ou seja, o Juiz Hércules do qual fala Dworkin, que se caracteriza por ter grande habilidade intelectual para com suas tarefas, norteando-se pelos princípios dispostos nas Cartas Políticas e procurando a melhor interpretação para aplicar em suas decisões. De acordo com Dworkin (1999, p. 09-15), o ativismo judicial nasceu da insatisfação da sociedade com os demais poderes:

A irrupção do ativismo jurídico 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 uma transformação na 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 conceito de ativismo judicial é controvertido na doutrina brasileira, pois em nossa literatura jurídica a utilização do termo depende da concepção teórica de cada autor. É importante observar que, conforme Luís Roberto Barroso (2013, p. 268), o ativismo judicial não implica uma interpretação completamente livre do magistrado, fazendo o uso de fontes desconhecidas com o propósito de promover ideologias ou posições pessoais. Embora essa postura culmine com uma maior participação do Judiciário, não significa uma preponderância desarrazoada e ilimitada do poder conferido aos juízes, pois pauta-se em uma aplicação do direito positivo regida pela força normativa dos princípios constitucionais.

Diante da dificuldade de se conceituar o ativismo judicial, conforme esclarece Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 52), apontam-se condutas caracterizadoras de uma postura ativista benéfica. Entre elas se incluem: a aplicação direta da Constituição, independentemente da existência de hipótese expressamente contemplada em seu texto e da manifestação prévia do legislador, dando-se preponderância à supremacia da Constituição; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos provenientes do legislativo, baseando-se em parâmetros menos estritos que os de violação direta e ostensiva do texto constitucional; decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais; imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público nos casos de inércia legislativa e de políticas públicas insuficientes; decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais.

Por outro lado, de acordo com Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 46), apontam-se também condutas que definem uma postura ativista nociva: invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros poderes; atuar como legislador, de modo que a decisão judicial constitua verdadeira criação legislativa e proceder a julgamentos predeterminados a fins específicos, promovendo-se o decisionismo político. Assim, a nocividade do ativismo judicial ocorre quando a decisão tem um fim político, negando a tutela de interesses legítimos através de uma fundamentação que transcenda a racionalidade jurídica.

Entretanto, a fundamentação das decisões nem sempre se baseará em expresse comando constitucional e, até mesmo para Kelsen (1994, p. 390), a norma jurídica consistia em uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, por conter diversos espaços em branco, ou seja, não é vedado ao juiz fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. Assim, alguns temas exigem do julgador uma posição que não se encaixa no padrão situação-subsunção, pois não há na lei nem no texto magno parâmetro claro e específico de aplicação direta. Contudo, essa interpretação, mesmo que guiada no sentido de maximizar as potencialidades do texto constitucional, encontra limites no princípio da separação dos poderes.

Segundo a teoria clássica da tripartição dos poderes, criada por Montesquieu (2010, p. 168-169) com o propósito de evitar a tirania e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais, a organização do Estado é estruturada de modo a conferir supremacia ao Poder Legislativo, enquanto o Judiciário assume o papel de mero aplicador da lei, eximindo-se de quaisquer referências éticas, sociais ou políticas ou de vinculação à justiça como valor,

em razão do princípio da legalidade. Montesquieu, no particular, defende a posição mecanicista da função judicial.

Destaque-se que, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 519-520), Montesquieu se preocupava, sobretudo, com os poderes Legislativo e Executivo, pois, para ele, estes eram mais atuantes, principalmente no que concerne ao exercício da função legislativa. Desse modo, defendeu-se a instauração de um mecanismo de “freios recíprocos” (*checks and balances*), de modo a garantir o equilíbrio do sistema, possibilitando uma interpenetração harmônica de competências. Percebe-se que Montesquieu estruturou sua teoria em torno da ideia de lei: o Legislativo seria o poder responsável pela elaboração desta, motivo pelo qual lhe é conferida maior importância, o Executivo a executa e o Judiciário seria nada mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei”.

Em que pese o modelo proposto por Montesquieu, para o autor, a distribuição do poder entre diferentes órgãos estatais não implicava em uma relação de independência absoluta entre eles. Assim, nunca se proibiu que um poder exercesse funções atípicas ou residuais, pois, conforme leciona Silva Filho (2003, p.34): “(...) não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos, nem que afirme uma absurda compartimentalização que acabem em algo parecido com três governos”.

Hodiernamente, fala-se em separação de funções estatais e não em separação do Estado ou dos poderes. A essência do princípio da separação de poderes, de acordo com Silva Filho (2003, p. 34), significa que as funções legislativa, executiva e judiciária do Estado devem ser distribuídas entre órgãos especializados de modo que, pela atuação de um deles, haja impedimento para a atuação abusiva de outro. Assim, o exercício de quaisquer dos poderes estatais ficará limitado pela existência dos demais.

É claramente perceptível, atualmente, que a interpretação e a aplicação direta da obra de Montesquieu não condiz com um Estado Constitucional, pois inexistente um esquema fixo de separação de poderes que possa se amoldar à quaisquer circunstâncias sociais em qualquer época. Desse modo, os limites impostos a cada país pelo princípio da separação de poderes depende de suas características sociais e políticas, no contexto temporal em que é empregado.

2.1.1 O ativismo judicial no Brasil

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 2º, que a separação dos poderes estatais se assenta na independência e harmonia entre os órgãos do poder político. Instituiu-se, pois, um mecanismo de controle mútuo, visando à manutenção do equilíbrio necessário para evitar o arbítrio e o desmando entre os poderes.

A independência entre os poderes, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 524): não se dá apenas no plano orgânico, no sentido de inexistir entre eles qualquer relação de subordinação, dispensando-se a autorização ou consulta prévia aos outros poderes para exercer suas funções. Significa também que, em sua organização interna, a atuação de cada poder é livre, respeitadas as disposições legais e constitucionais. Destaque-se que não há exclusividade no exercício de nenhuma função dos órgãos do poder político, mas sim predominância no seu desempenho, pois, ao lado das funções predominantes ou típicas, há outras atípicas, que não são realizadas prioritariamente.

Já a expressão “harmonia entre os poderes” traduz o dever de respeito mútuo na atuação de cada poder, revelando o grau de coordenação e equilíbrio que deve haver entre eles, visando a realização do bem comum. Nesse sentido leciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 526):

A separação absoluta entre os poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que conserva a sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.

A ofensa ao princípio da separação de poderes ocorre quando qualquer dos poderes excede suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que não lhe são atinentes. Entretanto, dado o caráter dirigente de nossa Constituição, mostra-se necessário renovar a compreensão a respeito do dogma da separação de poderes, sob pena de não serem atendidas as reivindicações da sociedade moderna, onde os direitos fundamentais e, principalmente os sociais, são os referenciais da organização de um Estado ao qual não é mais dado o arbítrio de ser omissor.

Destaque-se que, apesar de já terem se passado mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, muitas de suas proposições encontram-se sem efetividade, pois o Poder Legislativo omite-se em criar normas regulamentadoras de direitos

garantidos pela Carta Maior. Nesse contexto, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 246), acentua-se uma participação mais ampla e mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos outros poderes.

Não obstante a observância da separação de poderes, ao Judiciário podem ser submetidas demandas que envolvam a atuação dos demais poderes em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos estatais que não estejam em conformidade com a Constituição.

Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle (2008, *online*) aduzem que o Poder Judiciário poderia assumir, portanto, dois posicionamentos diferentes frente às escolhas políticas do Legislativo nos casos de incerteza quanto à interpretação constitucional: adotar uma postura auto-limitativa em relação às questões controversas, dando preferência ao legislador ordinário, abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas; ou decidir o direito aplicável nesses casos frente à inconstitucionalidade dos atos e omissões do Legislativo, oportunizando, portanto, uma postura ativista.

A segunda postura é justificada pelo fato de que realização dos fins constitucionais passa pela atividade intelectual de aplicar e interpretar conceitos abstratos não definidos pelo Constituinte Originário, tarefa que algumas vezes torna necessária a interferência em competências institucionais típicas de outros poderes quando estes se omitem. Assim, a função do Direito passa a ser transformadora, pois a lei se torna um instrumento de ação concreta do Estado, conforme leciona Lenio Streck (2003, p. 267):

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.

Esse posicionamento pode ser perigoso caso o dirigismo constitucional passe a se tornar supedâneo para o normativismo constitucional, “capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias” (STRECK, 2003, p. 276). Assim, embora o autor sustente que o Poder Judiciário não pode continuar com uma postura passiva diante da sociedade, ele defende um “intervencionismo substancialista”, de viés garantista, primando pelo cumprimento dos preceitos e princípios relacionados aos direitos fundamentais sociais.

Assim, de acordo com Ferrajoli (2012, p. 53), o garantismo constitucional impõe ao Poder Judiciário limitação e vinculação pela lei e pela Constituição, fortalecendo-se a separação de poderes. Em contraponto ao que defende Alexy (2008, p. 611), o garantismo acata a natureza cognitiva e não discricionária da jurisdição, não havendo espaço para que o juiz pondere ou sopesa os princípios a serem aplicados, pois a ele não cabe criar nem ignorar normas, mas tão somente avaliar sua constitucionalidade, sob pena de invadir a esfera do Poder Legislativo.

Analisando-se a atual situação do constitucionalismo brasileiro sob o prisma garantista, observa-se um grau de incerteza no Direito, que abre espaço para a consolidação de posturas ativistas desprovidas de limitação definida. Nesse sentido afirma Lenio Streck (2003, p. 289):

[...] É possível constatar, sem muita dificuldade, que dia-a-dia encaminhamo-nos para um “hibridismo-sistêmico”, com a importação de mecanismos do sistema da common law (Súmulas vinculantes, mecanismos que de filtragem recursal, como os previstos nas Leis 8.038 e 9.756) e do Direito tedesco (mecanismos advocatórios constantes na EC n.3 e na Lei 9.882, que enfraquecem o controle difuso de constitucionalidade, a partir de um incidente de constitucionalidade disfarçado). Há uma busca desenfreada por instrumentos que engessam o processo interpretativo, reforçando o poder dos Tribunais Superiores.

Entretanto, no Brasil, o ativismo judicial está extremamente ligado ao descrédito do Legislativo, incapaz de atender às demandas sociais, submetendo-se, notoriamente, às diretrizes políticas do Executivo. Mostra-se necessária, portanto, uma reinterpretação do dogma da Separação de Poderes, visto que o Poderes Legislativo e Executivo são incapazes de exercer o controle correto dos gastos públicos e de prestar serviços sociais básicos. Nesse sentido, afirma William Paiva Marques Júnior (2014, *online*):

Tomando-se como exemplo o caso brasileiro observa-se que, afora os fatores do ativismo judicial e da discricionariedade jurisdicional no acréscimo de força do Poder Judiciário a isso se soma a crise crônica do Poder Legislativo não só no plano técnico, mas, principalmente, por sua notória submissão às diretrizes políticas oriundas do Poder Executivo (historicamente hipertrofiado).

Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a exercer um papel mais inclusivo, concretizando direitos sociais e materializando o texto constitucional. É inevitável que, com esse tipo de atuação, o Judiciário interfira nas esferas dos outros poderes, pois, diante da inércia destes, seu protagonismo é necessário em prol da realização dos fins constitucionais.

Ademais, a implementação de políticas públicas não é exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, pois esse compromisso é Estatal. Assim, mesmo sendo considerado uma “patologia constitucional cada vez mais necessária”, conforme Anderson Vichinkeski Texeira (2012, p.52), além de carregar o augúrio do temido normativismo constitucional, o certo é que o ativismo judicial representa uma postura comissiva ante ao silêncio de uma sociedade não engajada politicamente e conformada com a crise de representatividade pela qual passa.

3 EFEITO VINCULANTE E TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A interferência decorrente do exercício da jurisdição constitucional na esfera de atuação de outros poderes provoca, naturalmente, a reação destes no sentido de superar os obstáculos criados pelo exercício do controle de constitucionalidade sob seus atos.

Roger Stiefelmann Leal (2006, p.111) aduz que a irresignação dos demais poderes em face das decisões dos Tribunais Supremos denomina-se recalcitrância. No âmbito do Poder Legislativo, tal prática ocorre quando, mesmo deixando-se de aplicar determinado diploma legal em razão de ter sido declarado inconstitucional, busca-se conservar o estado normativo anterior através da edição de um novo diploma eivado dos mesmos vícios. Outra prática legislativa reativa consiste na elaboração de atos normativos com o fito de impedir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, buscando-se manter a lei expurgada do ordenamento jurídico em vigor para que ela continue regendo determinadas situações, mitigando-se, assim, a eficácia *ex tunc* do julgado.

A recalcitrância também pode ocorrer no âmbito judicial, quando os demais órgãos do Poder Judiciário não aplicam os fundamentos acatados pelo Tribunal Supremo na resolução de determinadas controvérsias. Exemplificando tal prática no Brasil, leciona Roger Stiefelmann Leal (2006, p.109):

Vejam-se, por exemplo, os inúmeros julgados do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que consideravam de aplicabilidade imediata e eficácia plena o § 3º do art. 192 do texto constitucional, que fixava o limite máximo de 12% ao ano de taxa de juros reais, apesar da farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, inclusive em ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, alguns países europeus que, como o Brasil não possuíam instituto semelhante ao *stare decisis*, notaram a necessidade de reforçar a eficácia das decisões oriundas da jurisdição constitucional ante a postura recalcitrante dos demais poderes. Passou-se, portanto, a se impor a fundamentação determinante da decisão aos demais poderes, vedando-se a reaplicação do diploma ou ato considerado inconstitucional, bem como a extirpação dos demais possuidores do mesmo vício. Esse reforço de eficácia da decisão denominou-se efeito vinculante. Nesse sentido, aduz leciona Roger Stiefelmann Leal (2006, p.127):

O efeito vinculante – como se viu – foi forjado estritamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu com a finalidade de solucionar

eventuais renitências ou inconformidades dos demais poderes em face de suas decisões. Sua função precípua é impedir a reiteração material do vício de inconstitucionalidade apontado mediante a sucessão de atos com a mesma estatutura hierárquica.

Segundo o supracitado autor, o efeito vinculante tem, portanto, natureza impositiva externa, obrigando instâncias não jurisdicionais. A vinculação dos demais poderes do Estado, incluindo os tribunais e a administração pública aos motivos, interpretações e princípios que integram a decisão obsta a perpetuação de controvérsias constitucionais e privilegia a estabilidade das relações sociais e políticas. Aos casos idênticos não será aceitável fundamentação distinta, promovendo-se, assim, o princípio da igualdade, na medida em que os casos semelhantes deverão ser tratados da mesma maneira, tutelados pela mesma prestação jurisdicional oriunda do controle de constitucionalidade.

É importante destacar que, conforme explicita Roger Stiefelmann Leal (2006, p.114), o efeito vinculante é instituto de natureza complementar, não sendo, portanto, prática voltada ao controle de constitucionalidade, mas sim de viés paranormativo, constituindo causa extrínseca de obrigatoriedade das decisões provenientes da jurisdição constitucional. Sua origem é estranha ao sistema, motivo pelo qual não é adotado em vários ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a primeira base constitucional do instituto foi a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico, atribuindo-lhe, além da eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Até então, empregava-se o mesmo procedimento adotado para o controle difuso de constitucionalidade, informando-se ao Senado Federal a existência da declaração de inconstitucionalidade para que este suspendesse a eficácia da lei.

Posteriormente, aprovou-se a Lei n. 9.869, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento tanto da ação declaratória de constitucionalidade quanto na ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 28, também contemplou o efeito vinculante nas decisões dessas ações e, em seu art. 27, instituiu a chamada “modulação de efeitos” temporais da decisão¹. O regime jurídico do efeito vinculante no Brasil passou, portanto, a ter normatização constitucional e infraconstitucional.

¹ Assim dispõem os mencionados artigos: 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. Art. 28.

A Lei n. 9.869/99 foi alvo de discussão acerca da legitimidade da norma contida no parágrafo único de seu art. 28, que também atribuía efeito vinculante à decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, embora o comando constitucional somente previsse esse efeito para a ação direta de constitucionalidade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que todos os prejudicados por decisões contrárias aos seus julgados em ação direta de inconstitucionalidade eram parte legítima para propor reclamação².

A controvérsia foi superada pela edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que modificou a redação do § 2º do art. 102 da Constituição, dispondo expressamente que o efeito vinculante aplica-se tanto às decisões em sede de ação direta de constitucionalidade quanto em ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, alterou-se novamente o regime jurídico do efeito vinculante, substituindo-se a expressão “Poder Executivo”, por “administração pública”. A partir de então, a vinculação destina-se apenas ao exercício da função administrativa e não ao Poder Executivo como um todo.

Ademais, a referida Emenda Constitucional introduziu no ordenamento jurídico a súmula vinculante e dotou de efeito vinculante as decisões do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Essas inovações romperam com a raiz europeia do instituto, pois este foi estendido a decisões proferidas fora do controle abstrato de constitucionalidade.

É evidente que o desenvolvimento e a flexibilização da jurisdição constitucional frente às mudanças sociais restariam comprometidos se o efeito vinculante atingisse todos os órgãos e poderes do Estado, motivo pelo qual o órgão máximo responsável pela interpretação constitucional não se submete a esse efeito.

Essa limitação tem o escopo de evitar o congelamento da interpretação constitucional, de modo que as decisões do Pretório Excelso não vinculem a ele mesmo. O efeito vinculante também não se aplica ao Legislativo, pois além de não ser indicado como seu destinatário no § 2º do art. 102 da Constituição, os atos emanados deste poder possuem o mesmo nível hierárquico da lei que estabeleceu o instituto.

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.

² Rcl-AgRg-QO 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo Supremo Tribunal Federal n. 289, de 4 a 8.11.2002.

Para que haja uma melhor compreensão e delimitação do objeto e da natureza do efeito vinculante, é necessário diferenciá-lo de outros institutos jurídicos para que este não seja confundido ou sobreposto aos demais efeitos do controle de constitucionalidade.

3.1 Diferenciação entre Efeito Vinculante, Efeito *Erga Omnes* e Coisa Julgada

Faz-se necessário destacar que o efeito vinculante não se confunde com o instituto da coisa julgada, pois esta possui índole processual, sendo, de acordo com Dinamarco (2005, p. 326-327), qualidade da sentença que julgou a demanda. A coisa julgada formal impede a impugnação da decisão no mesmo processo, enquanto a coisa julgada material impede o questionamento desta em qualquer outro processo.

Ademais, aduz Dinamarco (2005, p.313) que “somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material”. Errônea, portanto, a interpretação de que o efeito vinculante impõe contra todos o cumprimento da parte dispositiva da decisão proferida, pois tal característica pertence, na verdade, à coisa julgada. Luís Roberto Barroso (2009, p. 193) diferencia os institutos:

- i) a coisa julgada, como visto, impede novo pronunciamento judicial sobre a mesma matéria; já o efeito vinculante obriga à adoção da tese jurídica firmada pelo Tribunal Superior, sempre que ela esteja logicamente subordinada à decisão da causa;
- ii) a coisa julgada preclui a possibilidade de o próprio órgão julgador rever a matéria; o efeito vinculante não impede que o órgão prolator possa reapreciar a matéria.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, estes se limitam às partes que participaram da demanda, de acordo com a regra geral do art. 472 do Código de Processo Civil, aplicável aos processos subjetivos. Entretanto, essa regra geral admite exceções e é objeto de novas considerações quando aplicada a um processo objetivo. Uma das ressalvas à regra é a hipótese de legitimação extraordinária para atuar em juízo em nome próprio, mas em defesa de interesse de terceiros, através da substituição processual, como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo. Nesse caso, a coisa julgada assume uma extensão *erga omnes*, estendendo seus efeitos a todas as pessoas que não participaram do processo.

Conclui-se, portanto, que a eficácia *erga omnes*, comparada à “força de lei” no direito tedesco por Ives Gandra e Gilmar Mendes (2009, p. 589), é um dos efeitos da coisa

julgada no controle concentrado de constitucionalidade e, como o próprio legislador constituinte reformador distinguiu o efeito vinculante do efeito *erga omnes*, conforme se depreende da leitura do art. 102, § 2º da Constituição, os institutos não se confundem. Assim, enquanto a eficácia contra todos se estende aos demais poderes, órgãos do Estado e a todas as pessoas que não participaram do processo, o efeito vinculante, além de não se aplicar ao Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, só atinge os destinatários de seu comando normativo constitucional, que assim dispõe:

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 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.

Nesta senda, os efeitos vinculante e *erga omnes* são adequados ao controle jurisdicional e concentrado de constitucionalidade, em que há uma abstração da questão de inconstitucionalidade e legitimação extraordinária para a propositura da ação. Já no controle judicial e difuso de constitucionalidade, a questão de inconstitucionalidade é incidente no processo e proferida pelo juiz da causa, sendo a extensão da coisa julgada apenas *inter partes*, como em qualquer lide privada. Nesse sentido aduz Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 655):

Nessa acepção, não há que se falar em formação de coisa julgada material no controle concentrado e jurisdicional como no processo individual ou no controle concreto e judicial, em que há uma especificidade e concretude da conclusão pelo objeto jurídico e pela pretensão processual deduzida. No controle concentrado e jurisdicional a extensão e imutabilidade decorrem de lei por ser a questão objetivada e definida em abstrato, como a interpretação autêntica da norma, substituindo a orientação anterior sobre a mesma, independentemente de seus titulares ou legitimados. No controle concreto e judicial, a extensão é natural pela natureza da declaração jurídica reconhecida e que serve de sustento à pretensão processual da parte.

Acrescente-se, ainda, que o efeito vinculante não impede novo questionamento da matéria por parte de qualquer legitimado, nem veda a aplicação do ato normativo expurgado do ordenamento por quaisquer dos Poderes, pois é a coisa julgada oponível *erga omnes* que exerce esse papel. Assim, conforme leciona Roger Stiefelmann Leal (2006, p.157), caso haja insurgência de algum juiz ou tribunal perante um julgado da Corte Suprema, declarando a constitucionalidade de um preceito normativo considerado inconstitucional, haverá afronta à eficácia contra todos, que torna imutável a parte dispositiva da decisão, enquanto o efeito

vinculante será violado apenas por via reflexa, já que certamente o órgão julgador também não observou os motivos, interpretações e princípios que fundamentaram a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação do efeito vinculante é de extrema importância no âmbito do Poder Judiciário, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal se vale da técnica decisória da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Assim, visando extrair do texto legal impugnado o sentido que se adeque à Carta Maior, a interpretação acolhida pela Corte se torna vinculativa para os órgãos judiciais. Ademais, cabe asseverar que a aplicação desse texto legal deverá sempre observar o sentido compatível com a Constituição tanto em lides futuras, quanto pendentes.

Destaque-se, portanto, que o papel do efeito vinculante na atividade jurisdicional é fazer com que os demais órgãos do Poder Judiciário observem a solução interpretativa e o juízo de valor firmado pelo Supremo Tribunal Federal no deslinde da questão e não apenas a literalidade da parte dispositiva do julgado. Para melhor compreendermos o objeto do efeito vinculante e seus limites, faz-se necessário conceituar e diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum*, além de explanar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, tarefa à qual nos dedicaremos a partir do tópico seguinte.

3.2 *Ratio Decidendi, Obiter Dictum* e Transcendência dos Motivos Determinantes

Segundo Roger Stiefelmann Leal (2006, p.168-169), para tornar compreensível a aplicação prática do efeito vinculante é necessário determinar quais partes da decisão integram a *ratio decidendi* e quais se enquadram como *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* diz respeito aos fundamentos determinantes do julgado, ou seja, refere-se aos motivos que sustentam a decisão e sem os quais ela não teria sentido nem coerência. As demais considerações marginais ou comentários adjacentes que integram a decisão mas não a influenciam, designam-se *obiter dictum*.

Clèmerson Clève (2000, p. 267-307), embora concorde com a extensão do efeito vinculante aos fundamentos determinantes no controle abstrato de constitucionalidade, assevera que o constituinte reformador estabeleceu, no art. 102, § 2º da Constituição, que o efeito vinculante somente se aplicaria às “decisões definitivas de mérito” e, portanto, “exclusivamente à parte dispositiva da sentença, não alcançando os seus fundamentos determinantes”.

Entretanto, a concepção de efeito vinculante trazida pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993 inspirou-se no modelo germânico³ e, de acordo com a justificativa do Deputado Roberto Campos, que a propôs, percebe-se claramente que a atribuição de efeito vinculante à decisão não estaria limitada apenas à parte dispositiva. Deve-se compreender, portanto, o efeito vinculante como instituto que visa tornar obrigatória a *ratio decidendi* do julgado aos destinatários relacionados no art. 102, §2º do texto constitucional, conforme já exposto. Nesse sentido lecionam Ives Gandra e Gilmar Mendes (2009, p. 600-601):

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

Assim, embora a Carta de 1988 se refira apenas às “decisões definitivas de mérito”, o efeito vinculante não alcança apenas a parte dispositiva da sentença, estendendo-se também aos fundamentos determinantes para garantir a superioridade hierárquica e a força normativa da Constituição. Esse posicionamento, entretanto não é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ademais, a imposição dos fundamentos determinantes da decisão é necessária para impedir a recalcitrância dos poderes políticos, proibindo a reiteração do ato declarado inconstitucional, bem como sua eliminação do ordenamento jurídico. A inobservância do efeito vinculante tem como consequência sancionatória a legitimação dos prejudicados a ajuizar reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para manter a autoridade de suas decisões, sendo desnecessária a interposição de Recurso Extraordinário, o que seria impossível no caso da coisa julgada com extensão *erga omnes*.

É importante destacar que, de acordo com Antonio Moreira Maués e Breno Baía Magalhães (2009, *online*), embora nos processos subjetivos as razões da decisão não constituam coisa julgada, estamos tratando de processos objetivos que possuem uma função político-institucional diversa dos procedimentos regulados pelo Código de Processo Civil. Não devemos, portanto, aplicar os institutos do processo civil subjetivo ao controle abstrato de constitucionalidade de modo a obstar o alcance da finalidade do processo objetivo, a exemplo da noção dos limites objetivos do efeito vinculante.

³ A tese da transcendência, como averba Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 119), não é aceita de forma unânime pela doutrina alemã.

Lenio Streck (2008, p. 776) aponta outro argumento para não reconhecer a transcendência dos motivos determinantes da decisão: “o texto expungido, por não gerar mais efeitos, torna irrelevante a discussão acerca das motivações que geraram o processo de nadificação”. Tal afirmativa seria coerente se a absoluta vedação de reprodução do ato viciado impedisse a revisão da jurisprudência constitucional e, conforme o exposto, o efeito vinculante não se estende ao órgão prolator da decisão nem ao Legislativo.

Desse modo, para que um entendimento jurisprudencial seja superado, importa sim a elucidação de seus fundamentos, pois a adoção de um novo e diverso entendimento requer um embasamento suficientemente sólido para justificar uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, caso contrário, ofender-se-ia ao princípio da segurança jurídica e à exigência constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

A possibilidade de revisão futura das decisões do Supremo é inegável, pois o efeito vinculante conferido à declaração de constitucionalidade não congela a jurisprudência constitucional, possibilitando sua mobilidade hermenêutica na medida em que é incapaz de evitar que uma nova ação direta de inconstitucionalidade sobre a mesma questão seja proposta.

O contrário, todavia, não poderia ocorrer, pois o Brasil não adotou o fenômeno da constitucionalidade superveniente, uma vez que os preceitos já declarados inconstitucionais são expurgados do ordenamento jurídico, por serem declarados nulos, com efeito *ex tunc*. O Legislativo, como visto, também não se submete ao efeito vinculante, estando autorizado a editar novo diploma que contenha os mesmos vícios declarados inconstitucionais.

Ademais, a extensão do efeito vinculante à fundamentação da decisão pode proporcionar inegável repercussão positiva ao sistema, contribuindo para a economia e racionalidade processual. Nesse sentido, exemplifica Léo Brust (2014, p. 76):

Se o STF declarasse, por exemplo, a inconstitucionalidade material da lei que institui certo tributo num determinado Estado e o mesmo tributo fosse instituído em outro Estado, não haveria necessidade de uma nova ação direta de inconstitucionalidade para declarar a nulidade desta nova lei, porque também ela seria considerada nula. Na hipótese de que o Estado continuasse cobrando o tributo, bastaria o ajuizamento de uma Reclamação ao STF para restabelecer a autoridade de sua decisão. O ministro Sepúlveda Pertence trouxe a debate esta questão na Reclamação 1.987 (Maurício Corrêa – j. em 01.10.2003 – DJ 21.05.2004), p. 75-76.

Resta, portanto, compreender que o efeito vinculante e sua extensão aos fundamentos determinantes têm o objetivo de conferir maior eficácia aos julgados da Corte. Nesse contexto, a favor da transcendência dos motivos determinantes, dispõe Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 230):

Com efeito, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição, quando realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional, nada mais justificável que se aplique, fora da ação direta, o que ficou nela consubstanciado a título de fundamentos determinantes que baseou a decisão.

Sucedo que o Supremo Tribunal Federal, embora inicialmente tenha aceitado a tendência extensiva do efeito vinculante, mudou recentemente seu posicionamento. Contudo, a tese continua sendo adotada por parte de alguns ministros, que sempre a defendem em seus votos. Para compreendermos melhor a evolução da jurisprudência, analisaremos, brevemente, o posicionamento da Corte em relação à aplicação da transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato de constitucionalidade.

A primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o assunto foi na ADC 1⁴, através do voto do Ministro Moreira Alves, que entendeu inaplicável a extensão do efeito vinculante pelo fato de o dispositivo constitucional limitar sua abrangência à “decisão definitiva de mérito”. Posteriormente, o Ministro Gilmar Mendes aplicou a teoria na Reclamação 2.126/SP⁵, em decisão monocrática, para conceder medida cautelar. Todavia, a primeira decisão do pleno sobre a matéria ocorreu nos autos da Reclamação 1.987-0/DF:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. (...) 4. Ausente a existência de preterição que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e o efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados,**

⁴ ADC 1, Moreira Alves – j. em 01.12.1993 – DJ 16.06.1995.

⁵ Rcl. 2.126/SP, Gilmar Mendes – DJ 18.08.2002.

uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. (STF – Pleno – Rcl. 1.987-0 DF, Rel. Min Maurício Corrêa – j. em 01/10/2003– DJU 21/05/2004). (Grifos no original).

O Ministro Celso de Mello também se referiu a essa questão na Reclamação 2.986⁶, em sede de medida cautelar. Tecendo comentários acerca do posicionamento adotado em sua decisão monocrática, Léo Brust (2014, p. 73) afirma que Celso de Mello, nessa oportunidade:

[...] reconheceu que a jurisprudência dominante do STF era favorável a que o efeito vinculante se restringisse ao dispositivo, mas se manifestou partidário de sua extensão à *ratio decidendi*, trazendo a colação de mais dois precedentes nos quais o pleno havia admitido a possibilidade de reconhecer a transcendência dos motivos determinantes no sistema jurídico brasileiro. Reconhece que a vinculação aos motivos determinantes da decisão é coerente com a necessidade de preservar, em sua integridade, a força normativa da Constituição e que seu objetivo é proporcionar a eficácia e utilidade ao controle abstrato, conferindo força aos pronunciamentos dos tribunais constitucionais. Celso de Mello explica que a tradicional vinculação ao dispositivo evita que outros juízes apliquem o preceito reconhecido como inconstitucional, em virtude do art. 102, § 2º, CFB, mas não os impede de aplicar outra norma, que verse sobre o mesmo tema e igualmente lesiva ao mesmo preceito constitucional, mas que não conste expressamente no dispositivo do *Acórdão*. A extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes permitiria que nessa situação o interessado ou o Ministério Público interpusesse Reclamação ao STF, para garantir a autoridade de suas decisões (art. 13, Lei 9.868/99).

De acordo com Léo Brust (2014, p. 75), alguns anos depois, ao julgar a Reclamação 2.475⁷, o Tribunal muda seu posicionamento, negando a aplicação da teoria. Logo após, em sede de medida cautelar, na Reclamação 5.771⁸, o ministro Eros Grau baseou sua decisão na doutrina de Gilmar Mendes, afirmando que o efeito vinculante se estende aos motivos determinantes da decisão.

Sem embargo de outras decisões de igual teor⁹, destaca-se a decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie na Reclamação 5.241/AL:

Todavia, ainda que assim não fosse, cumpre-se assinalar que melhor sorte não teria o reclamante no presente caso. É que não é cabível a aplicação da denominada “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, como quer o reclamante. Nesse sentido destaco os trechos das seguintes decisões proferidas por eminentes

⁶ Rcl. 2.986 – MC, Celso de Mello, decisão monocrática – j. em 11.03.2005 – DJ 18.03.2005.

⁷ Rcl. 2.475- AgR, Carlos Velloso (relator originário) e Marco Aurélio (relator para o *Acórdão*) – j. em 02.08.2007 – DJ 01.02.2008.

⁸ Rcl. 5.771, Eros Grau, decisão monocrática – j. em 28.02.2008 – DJE 05.03.2008.

⁹ Nesse sentido, ver: Rcl. 8.470/DF, DJe 26.06.09; Rcl. 7.905/RN, 08.05.2009, Rcl. 7.280-MC/SP, DJe 12.12.2008; Rcl. 7.808/MT, DJe 12.03.09 e Rcl. 7.956/RN, DJe 15.04.2009.

Ministros desta Corte, *verbis*: “(...) o Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. 11. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade ‘perfeita’ entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. (...)” (Reclamação 6.495/SP, rel. Min. Eros Grau, DJE 04.12.2008, destaquei) “(...)”, “(...) Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas). Quero dizer, com isso, que a ‘transcendência dos motivos determinantes’ não autoriza o manejo de reclamação constitucional, mais ainda quando tal teoria não tem pacífico acolhimento neste Supremo Tribunal Federal. (...)” (Reclamação 7.336/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJE 03.0.2009). (STF, Rcl 5.241/AL, j. em 03.08.2009, Rel. Min. Ellen Gracie - DJe 07.08.2009).

Posteriormente, na Reclamação 10.604¹⁰, afastou-se novamente a técnica do transbordamento dos motivos determinantes. Para Pedro Lenza (2014, p. 350), “trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva, no sentido de evitar o crescente número de reclamações”. Nesse sentido, Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 181-182) já advertia que:

A finalidade precípua do efeito vinculante consiste em coibir a recalcitrância dos demais órgãos e poderes do Estado às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, especialmente em relação aos atos que tenham por objeto a reprodução substancial de preceito normativo já julgado inconstitucional. Não constitui, porém, instituto voltado especificamente à redução do número de processos e à agilidade de sua tramitação no Poder Judiciário, embora possa contribuir reflexamente para tal objetivo.

Ainda de acordo com o autor, a resistência à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes também pode ser explicada pela sistemática de conformação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Em outros países, como na Espanha, por exemplo, o voto é particular e pode ser considerado divergente tanto em relação aos fundamentos da decisão, quanto no que se refere a sua parte dispositiva, sendo publicado em sua íntegra juntamente com o *decisum*.

Já na Corte brasileira, o voto somente é considerado divergente se houver dissenso quanto ao dispositivo da decisão, ou seja, havendo fundamentações diferentes, a questão será julgada por unanimidade. Percebe-se, claramente, que essa prática dificulta a identificação dos fundamentos determinantes da decisão, fazendo com que o processo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal constitua verdadeiro entrave à imposição de vinculatividade da *ratio decidendi*.

Em que pesem os óbices à sua utilização, infere-se, segundo Ives Gandra e Gilmar Mendes (2009, p.604), que a ideia de efeito vinculante está intimamente ligada à natureza da

¹⁰ Rcl. 10.604, Ayres Britto, decisão monocrática – j. em 08.09.2010, DJE 14.09.2010.

jurisdição constitucional de um Estado Democrático de Direito e decorre do papel político-institucional desempenhado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, maximizando a aplicabilidade dos preceitos constitucionais.

Como já explicitado, apesar de ter seu emprego rejeitado, são visíveis os benefícios que seriam trazidos pela sua adoção. Nesse sentido pondera Pedro Lenza (2014, p. 350-351): “Com o máximo respeito, não parece razoável desprezar a teoria da transcendência no controle concentrado, já que a tese jurídica terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação”.

Não obstante a aplicação do transbordamento dos motivos determinantes ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme explicitam Tânia Lobo Muniz e Lucas Franco de Paula (2012, p. 67), as premissas de sua aplicação também passaram a ser discutidas no âmbito do controle difuso, culminando com a reabertura de um debate acerca da eficácia e dos efeitos da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal nesta modalidade de controle.

Essa possibilidade decorre da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, que, de acordo com Ives Gandra e Gilmar Mendes (2009, p. 411), ao ampliar a incidência o controle concentrado de constitucionalidade, alargando o rol de legitimados para a propositura de ação direta e permitindo que a maioria das controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal, atenuou, ainda mais, a importância do controle de constitucionalidade incidental ou difuso.

Assim, diante da nova postura proativa assumida pelo Supremo Tribunal Federal, que, conforme Renato Nalini (2010, p. 962) abandonou uma parcela de seu papel jurisdicional de verdadeira quarta instância para se tornar verdadeiro guardião da ordem constitucional, em busca de meios mais eficazes para a realização das finalidades constitucionais. Nesse contexto, surgiu uma nova tendência jurisprudencial que busca conferir uma maior amplitude à declaração incidental de inconstitucionalidade, trata-se da chamada abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Inicialmente cumpre estabelecer a diferença entre abstrativização e objetivação, ainda que esses conceitos se confundam. Conforme explicita Matheus Caldas D’Ávila Couto (2010, p. 118):

[...] o primeiro guarda relação com a modificação dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, e a objetivação se refere à modificação do procedimento do controle difuso, sob a influência dos princípios processuais e dos institutos do controle

objetivo que é feito em sede concentrada. Tal abstrativização não se dá por via de uma subsunção formal da regra, como na seara legislativa, mas na maneira com que a própria jurisprudência vem tratando a questão.

Propõe-se, desse modo, que a decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal apresente uma amplitude maior, de forma que seus fundamentos também possuam efeito vinculante, de acordo com a base doutrinária da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Para compreender melhor a aplicação da teoria, é necessário descrever, de maneira sucinta, o procedimento e os efeitos da decisão no controle difuso-incidental.

O controle difuso de constitucionalidade brasileiro inspira-se no sistema *Common Law* anglo-saxão, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Pedro Lenza (2014, p. 307) esclarece que, nesse tipo de controle, o questionamento sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo é incidental (*incidenter tantum*), sendo prejudicial ao exame do mérito.

Quando o controle for provocado perante o juiz, a questão constitucional é suscitada como todas as demais prejudiciais de mérito ou seja, como fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem, conforme explicita Clèmerson Clève (2000, p. 105). Saliente-se, porém, que o “juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la” (STRECK, 2004, p. 456).

Após o juízo monocrático de primeira instância, pode ser interposto recurso de apelação para o tribunal competente. Distribuído o processo e acolhida a questão constitucional, “suscita-se uma questão de ordem e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno, ou órgão especial do tribunal, para resolver aquela questão suscitada”, de acordo com Pedro Lenza (2014, p. 308).

Nesse sentido, conforme aduz o autor, deve-se observar o disposto no art. 97 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou se seu órgão especial é possível declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se da cláusula de reserva de plenário (*full bench*). Por outro lado, se a arguição de inconstitucionalidade for rejeitada, o julgamento prosseguirá.

Decidida a questão incidente pelo plenário ou órgão especial do tribunal, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara que estará vinculada ao julgado e só assim poderá retomar o julgamento da pretensão deduzida. “Ocorre, assim, uma *divisão funcional de*

competência entre o plenário (ou órgão especial) e o órgão fracionário (turma ou câmara)”, segundo Dirley da Cunha Júnior (2011, p.161).

Destaque-se que a decisão do plenário sobre o incidente de constitucionalidade é irrecorrível, sendo recorrível apenas a do órgão fracionário que completa o julgamento, estando sujeito à interposição de recurso extraordinário, nos termos da súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, assim que, apesar de o controle difuso poder “ser exercido em qualquer instância, é no Supremo Tribunal Federal, que o julgamento da matéria constitucional, no caso concreto, terá caráter definitivo”, conforme aduz Miguel Vivaldo Studart Lustosa Cabral (2014, p. 11).

Ademais, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade possui efeito *inter partes*, mesmo quando proferida em sede de recurso extraordinário ou no exercício de competência originária pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido esclarece Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 164):

Assim, continua a lei ou o ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeito relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter idêntico pronunciamento. Vê-se, por conseguinte, que é decorrência natural do controle incidental de constitucionalidade, nos países que não adotam o princípio do *stare decisis*, a possibilidade de existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros.

Conforme o mencionado autor, os efeitos produzidos pela decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental são, em suma: *inter partes*, ou seja, a norma é inconstitucional apenas para as partes litigantes e *ex tunc*, conferindo retroatividade ao julgado, visto que a lei ou ato normativo é declarado nulo, ressalvada a hipótese de modulação de seus efeitos temporais tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos das leis 9.868/99 e 9.882/99.

Explicita Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 161-162) que, no modelo norte-americano, a existência do *stare decisis* e do precedente permite a vinculação pela fundamentação do julgado e, caso a questão de constitucionalidade seja aceita pelo magistrado no caso concreto, a decretação de sua invalidade produz efeitos *erga omnes*. Ressalte-se que a eficácia geral no controle norte-americano não diz respeito somente ao dispositivo da decisão, mas também à *ratio decidendi*.

Por outro lado, quando a inconstitucionalidade não é aceita pelo juiz do caso, como ela é questão federal, passará a ser analisada pela Suprema Corte norte-americana,

produzindo igualmente eficácia contra todos. Ainda de acordo com a autora, no Brasil, mesmo que o incidente de constitucionalidade seja decidido pelo Supremo Tribunal Federal ante recurso extraordinário ou no exercício de sua própria competência originária em sede de controle difuso, a extensão é *inter partes*.

“Para evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei o ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões”, explica Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 165), foi introduzida no direito constitucional, com o fito de corrigir uma deficiência do sistema difuso quando acolhido por países cuja tradição remete à *Civil Law*, como o Brasil, consequentemente desprovidos dos institutos do *stare decisis* e do precedente, a disposição do art. 52, inciso X da Constituição Federal: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal.”

Assim, a decisão no controle difuso de constitucionalidade só poderá ter efeitos *erga omnes* por meio de resolução editada pelo Senado Federal, não possuindo efeito vinculante. Essa restrição ao sistema difuso brasileiro afastou-o de ter similitude, em termos de eficácia da decisão, com o modelo norte-americano que o inspirou. Nesse sentido aduz Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 177):

O Brasil, dividido entre o controle judicial difuso e concentrado na jurisdição uma brasileira optou, em razão disso, pelo expediente formal de remessa da declaração judicial do processo individual ao Senado para a consecução da extensão da declaração incidente de inconstitucionalidade como *erga omnes*. Como a câmara alta do legislativo pátrio, na qualidade de representante legislativo, ela teria a atribuição para a retirada de uma lei inconstitucional do ordenamento jurídico. O próprio legislativo, seu responsável, sanaria o sistema dessa invalidade formal. Essa restrição política, de cunho formal e procedimental, impediu que o processo constitucional judicial e difuso brasileiro pudesse ter, mais uma vez, o mesmo efeito e extensão *erga omnes* do controle de constitucionalidade norte-americano.

Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes defende que o art. 52, inciso X da Constituição Federal sofreu mutação constitucional devido à completa reformulação do sistema jurídico provocada pelo advento da Carta de 1988, exigindo-se uma nova compreensão da referida disposição constitucional. A nova interpretação reformularia o papel da resolução, emanada pelo Senado Federal, de modo a torná-la prescindível para conferir efeitos *erga omnes* à decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Esse posicionamento, embora possua adeptos, é muito criticada pela doutrina e revela uma tendência de aproximação dos efeitos dos sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, que parecem convergir.

4 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com o advento da Constituição de 1934 e a introdução da competência do Senado Federal para suspender a execução da declaração incidente de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, restou evidenciado o hibridismo dos modelos de controle de constitucionalidade importados pelo Brasil, quebrando “a unidade material da declaração de inconstitucionalidade frente ao efeito *inter partes* no controle difuso e ao *erga omnes* no controle abstrato”, conforme leciona Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 178).

Assim, faz-se necessária a intervenção do Senado Federal, por meio de resolução, para que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso proferida pelo Pretório Excelso alcance a todos, ou seja, tenha eficácia *erga omnes*. Cumpre esclarecer que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, conforme aduz Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 316):

Aquela disposição tão somente confere ao Senado a competência para deliberar sobre a suspensão da execução do ato, declarado inconstitucional, aqui sim, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para o fim específico de emprestar eficácia genérica, ou seja, *erga omnes*, a essa decisão judicial até então de efeitos *inter partes*, porquanto pronunciada num processo judicial concreto, em sede de controle incidental.

Assim, consoante Uadi Lammego Bulos (2012, p.227), embora o mencionado artigo disponha que ao Senado compete suspender, “no todo ou em parte” a lei declarada inconstitucional, essa suspensão somente diz respeito aos termos do que foi julgado pelo Supremo, que pode declarar parcialmente ou totalmente a inconstitucionalidade normativa. Nesse sentido, Marcelo Novelino (2008, p. 177) explica que essa expressão “deve ser entendida como referente à decisão do STF e não à suspensão da execução pelo Senado, que deve se ater aos limites daquela decisão”.

Assim, a resolução do Senado não poderá restringir, ao seu alvitre, os limites da decisão da Excelsa Corte, sob pena de ofensa à separação de Poderes. Ademais, compete ao próprio Supremo Tribunal Federal proceder a comunicação ao Senado após o trânsito em julgado da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade, conforme previsto no Regimento Interno da Corte (RISTF, art. 178).

Destaque-se que, embora no passado tal previsão tenha sido aplicada também em sede de controle abstrato, reconheceu-se que a decisão proferida nessa modalidade de controle

já possuía, desde logo, eficácia *erga omnes*, dispensando-se, nessa hipótese, a participação do Senado Federal. Desse modo, a competência da Câmara Alta cinge-se ao controle incidental. Nesse sentido, Uadi Lammego Bulos (2012, p.226) aduz que a participação do Senado Federal “acontece apenas quando o Supremo, pela maioria absoluta de seus integrantes, declara, na via de exceção, a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos”.

Cumpre averiguar, também, o alcance da expressão “lei” disposta no art. 52, inciso X, da Constituição. Segundo Clèmerson Clève, (2000, p.120), a “expressão lei residente no art. 52, X, da Constituição sintoniza com o ato normativo de qualquer categoria (lei formal ou material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Observa-se, ainda, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 317), que, “como órgão da Federação, o Senado pode suspender a execução de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, seja ele federal, estadual, distrital ou municipal”.

Ademais, não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro qualquer prazo para que o Senado exerça essa competência, tampouco sanção para o seu não exercício. Trata-se, portanto, de atribuição discricionária, realizada segundo os critérios de conveniência e oportunidade adotados pelo órgão. Uadi Lammego Bulos (2012, p. 229) afirma que “o Senado não está obrigado a editar resolução suspensiva da inconstitucionalidade, porque sua atribuição é discricionária, de iniludível colorido político”, assim posicionando-se também o Supremo Tribunal Federal e o próprio Senado Federal¹¹.

Cabe ressaltar que a inércia do Senado não afeta o pronunciamento jurisdicional do Supremo, que continuará válido e eficaz entre as partes. A sua competência se esgota com a edição da resolução suspendendo no todo ou em parte a executoriedade do diploma inconstitucional, não podendo, depois alterar seu posicionamento. Assim, conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 318), “a resolução do Senado é irrevogável, uma vez que ele esgota sua competência no momento em que delibera pela suspensão”.

Há divergência doutrinária no que diz respeito à dimensão da eficácia ampla atribuída à decisão em sede de controle difuso pelo Senado Federal. A maioria da doutrina advoga a tese de que a resolução senatorial produz efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos ou *pro futuro*, como José Afonso da Silva (2003, p. 56), Lenio Luiz Streck (2004, p. 377), Temístocles Cavalcanti (1966, p. 164), Bandeira de Mello (1980, p. 211). Já Gilmar Ferreira

¹¹ STF, MI 460-9/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.06.1994; Senado Federal, Pareceres n. 154/71, 261/71, 282/71, RIL, 48:265.

Mendes (2004, p. 159) e Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 122) defendem que a deliberação do Senado produz efeitos retroativos.

É evidente que a resolução senatorial pode significar um importante impacto no ordenamento jurídico, pois, como aduz Paulo Brossard (1976, p. 61), “faz valer para todos o que se encontrava circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, numa palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular”. Por esse motivo, Temístocles Cavalcanti (1966, p. 164) sustenta que “a única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello (1980, p.211) leciona que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, motivo pelo qual faz-se necessário respeitar as situações anteriores consolidadas. Lenio Streck (2004), igualmente, opõe-se à ideia de que a resolução tenha qualquer efeito retroativo, afirmando que a suspensão da execução da lei equipara-se a sua revogação, não podendo, pois, levar à retirada de sua eficácia. Entretanto, Léo Brust (2014, p. 114) enfatiza a necessidade de diferenciar revogação e suspensão da norma:

De fato, partindo do pressuposto de que a suspensão não é mais que uma revogação, o feito deveria ser *ex nunc*. Contudo, não se pode confundir revogação com suspensão da norma. A norma revogada vige normalmente até a sua revogação, e, por isso, continuará sendo aplicada aos fatos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, a norma é considerada nula desde a origem e, portanto, nunca foi capaz de incidir. É como se nunca tivesse existido. Daí que, tanto a norma revogada quanto a suspensa deixam de incidir relativamente ao futuro, mas relativamente ao passado somente a norma suspensa (inconstitucional) deixa de incidir.

Gilmar Mendes (2004, p. 154) e Teori Zavaski (2001, p. 32-33) defendem essa posição, visto que é a que mais se coaduna com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade na tradição brasileira. Adotou-se a teoria da nulidade, que considera que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, pois a decisão judicial apenas declara uma situação preexistente, já que a norma inconstitucional é considerada natimorta e fulminada pelo vício desde a sua entrada no ordenamento jurídico.

Assim, não é possível equiparar o ato do Senado a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo. A retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade é regra geral no controle de constitucionalidade e essa realidade também não restou modificada com a promulgação da Lei nº 9.868/1999, que instituiu a modulação de efeitos e estabeleceu a possibilidade de atribuir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, já que sua

aplicação é excepcional, sendo permitida apenas por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Nesse sentido afirma Léo Brust (2014, p. 115):

O efeito *ex tunc* permanece como regra geral no controle concentrado e não teria sentido modificar esta orientação no caso da Resolução do Senado no controle difuso. De fato, o STF somente comunica ao Senado Federal que declarou incidentalmente uma inconstitucionalidade. Ao não estar a Câmara Alta autorizada a ir além dos termos da declaração, se o STF não modulou os efeitos de sua sentença, dotando-a, por exemplo de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, a resolução somente poderá valer *ex tunc*. Se o Senado Federal, como órgão legislativo, prefere outra solução, seu caminho natural não será a Resolução prevista no art. 52, X, CFB, mas o Projeto de Lei.

Tendo em vista que essa competência dada ao Senado Federal pretendeu minimizar os inconvenientes causados pela adoção do sistema norte-americano em um ordenamento jurídico desprovido de institutos como o *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões da Suprema Corte, a orientação segundo a qual a resolução da Câmara Alta produz efeitos *ex tunc* facilita o acesso ao Poder Judiciário para os que foram prejudicados pela lei inconstitucional ao tempo de sua vigência.

Entretanto, a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado, embora tenha contribuído pra prevenir a propositura de ações judiciais e a existência de decisões conflitantes, trouxe uma incongruência ao ordenamento jurídico brasileiro, que adota a teoria da nulidade. Gilmar Mendes (2004, p. 159) trata do assunto:

Assinale-se, outrossim, que a interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós.

Se essa competência atribuída ao Senado Federal foi de grande utilidade nos idos de 1934, hodiernamente não se revela necessária em face da nova ordem jurídica trazida pela Constituição de 1988.

4.1 A abstrativização do controle difuso: análise jurisprudencial e legislativa

A ampliação do modelo concentrado, trazida pela Constituição de 1988 enfraqueceu o controle difuso-incidental, uma vez que o alargamento do rol de legitimados para a propositura da ação direta possibilitou que a maioria das controvérsias constitucionais fossem submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que dispõe de competência para

suspender liminarmente a eficácia da lei ou ato normativo impugnado. Nesse sentido afirma Gilmar Mendes (2004, p. 155):

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

A necessidade de deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente, segundo aduz Uadi Lammego Bulos (2012, p. 227), se mostra anacrônica vez que o próprio Supremo Tribunal Federal tem ampliado os efeitos de suas sentenças proferidas em sede de controle difuso, já que no próprio ordenamento jurídico pátrio existem mecanismos que promovem a dispensa da intervenção senatorial. Ademais, esse instituto se mostra inadequado para as situações em que as decisões do Supremo “não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta” (Gilmar Mendes, 2004, p. 155).

Tais situações se verificam quando o Supremo Tribunal Federal fixa a interpretação que será adotada pelos outros órgãos do Judiciário ou pela Administração Pública, superando-se o entendimento anterior acerca do sentido da norma impugnada. Nesse caso, conforme explicita Gilmar Mendes (2004, p. 155), a decisão não tem efeito vinculante nem declara inconstitucionalidade, não havendo, portanto, espaço para a aplicação do art. 52, inciso X da Constituição Federal.

Observa-se que ocorre o mesmo quando o Supremo Tribunal Federal se vale da técnica de interpretação conforme a Constituição. Não há declaração de inconstitucionalidade da lei, mas demonstra-se “que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta- redução teleológica)”, ensina Gilmar Mendes (2004, p. 155).

Ressalte-se, ainda, conforme aduz Gilmar Mendes (2004, p. 155), o caso da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, por meio da qual declara-se a inconstitucionalidade de uma interpretação dada à norma, sem que seu texto sofra qualquer alteração, caso em que a suspensão da execução da lei pelo Senado também se revela sem

utilidade, visto que não se busca afastar a incidência do ato impugnado, mas apenas um de seus sentidos.

Gilmar Mendes (2004, p. 156), também afirma que a resolução senatorial também não se aplica à declaração de não-recepção de lei pré-constitucional proferida pelo Pretório Excelso nem à decisão que rejeita a arguição de inconstitucionalidade, concluindo que “das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo”.

De acordo com Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 80), a tendência à objetivação da decisão no controle difuso de constitucionalidade também foi constatada quando do julgamento do RE 190.728¹², no qual o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o art. 97 da Constituição Federal somente se aplica quando o próprio Supremo ou o plenário (ou órgão especial, caso haja) do Tribunal competente ainda não houver se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

Assim dispõe o referido artigo constitucional, também conhecido com cláusula de reserva de plenário, *full bench*, ou julgamento *en banc*: “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.”

Percebe-se, assim, que a referida norma não deve ser interpretada literalmente, mas teleologicamente, o que permite concluir pela dispensa do chamado *full bench*, nos casos em que o Excelso Pretório ou o pleno do tribunal competente já tiverem se posicionado sobre a questão. No RE 191.898¹³, o Supremo considerou que “a declaração de inconstitucionalidade por parte do seu Pleno é pressuposto necessário e suficiente para que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes* e elide a presunção de sua constitucionalidade”.

Por esse motivo, os órgãos fracionários dos outros tribunais podem acolher o posicionamento do pleno do Supremo ou de seu próprio plenário ou órgão especial para fundamentar suas decisões em casos idênticos. Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 80-81) aduzem que, “ulteriormente, esse posicionamento foi adotado pelo próprio legislador, por meio da Lei Federal n. 9.756/98, cujo art. 1º acrescentou o parágrafo único ao art. 481 do CPC de 1973”, que assim dispõe:

¹² RE 190.728, Relator para o Acórdão Min. Ilmar Galvão, j. em 27.06.1995 - DJ 30.05.1997.

¹³ RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 25.05.1997 – DJ 22.08.1997.

Art. 481. Se a legação 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.

Lenio Streck (2008, p. 458), entretanto, considera inconstitucional a dispensa de observação da cláusula de reserva de plenário no caso em que o plenário ou órgão especial dos outros tribunais já tenha se manifestado sobre a questão, pois o art. 97 da Constituição só prevê sua dispensa nos casos em que o pleno do Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

O autor afirma, ainda, que afastar a aplicação da previsão constitucional quando houver decisões anteriores dos próprios tribunais, e não do Pretório Excelso, traria o risco de consolidar interpretação constitucional que poderia não ser a do STF. Entretanto, caso a parte se sinta prejudicada, ela poderá recorrer ao Supremo por meio de Recurso Extraordinário, de acordo com o que leciona Léo Brust (2014, p. 129):

Isto é, como a última palavra sempre pode ser do STF, a interpretação constitucional dos tribunais inferiores somente será definitiva, se a decisão, por não haver sido recorrida, fizer coisa julgada. Ademais, é possível afirmar que é inerente ao controle difuso de constitucionalidade a possibilidade de que um “erro” na interpretação da Constituição se torne definitivo. Basta, por exemplo, que um juiz aplique uma lei inconstitucional a um caso concreto ou deixe de aplicá-la por considerá-la inconstitucional (quando era constitucional) e a decisão faça coisa julgada. Com os tribunais ocorre algo semelhante, havendo ou não dispensa de *full bench*. O mais importante é que o controle difuso continue garantindo os procedimentos necessários para que a palavra final sobre a questão constitucional recaia sempre no STF e que, até que finalmente dê o veredicto definitivo, não se perda demasiado tempo no caminho, nem se vulnere irreversivelmente com decisões divergentes o princípio da segurança jurídica.

Já Amaral Junior (2002, p. 87-88) considera inconstitucional justamente a dispensa do *full bench* quando já existir prévia manifestação do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. O autor considera que essa escusa atribui verdadeiros efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão proferida em sede de controle difuso pelo STF, antes mesmo da edição da resolução senatorial prevista no art. 52, inciso X da Carta Magna. Entretanto, esse não foi o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso, como consta da ementa do acórdão proferido no AgRgAI. 168.149¹⁴, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da república – o Supremo Tribunal Federal –,

¹⁴ AgRgAI nº 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26.06.1995 – DJ 04.08.1995. No mesmo sentido: AgRgAI nº 167.444, Rel. Min. Carlos Velloso - DJ 15.09.1995.

descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma Maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionário homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.

Em que pese a divergência doutrinária, a dispensa da cláusula de reserva de plenário deve ser vista como um instrumento de celeridade processual e segurança jurídica, pois, o Supremo, ao antecipar o efeito vinculante de seus pronunciamentos em sede de controle incidental, promove a racionalização do processo. Nesse sentido, conclui Gilmar Mendes (2004, p. 157):

Esse entendimento marca uma 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 julgamentos em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionários 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*.

Destaque-se que a dispensa de observância da cláusula de reserva de plenário, de acordo com o art. 481 do Código de Processo Civil, só é permitida quando já houver pronunciamento do pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, e não apenas de suas turmas. Essa ressalva é relevante porque a própria Corte Maior entende que não está submetida ao *full bench* e que suas Turmas têm competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos no julgamento de Recurso Extraordinário.

Conforme explicita Pedro Lenza, frise-se que, de acordo com o art. 9º, inciso III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), é competência das Turmas o julgamento do Recurso Extraordinário. Apesar dessa regra geral, os arts. 11, I e 22 do RISTF estabelecem os casos em que a Turma e o relator, respectivamente, poderão remeter o feito ao julgamento do Plenário. A respeito dessas informações conclui o autor (2014, p. 311-312):

Portanto, tendo como premissa que o julgamento do RE (e, assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo) é de competência da Turma no STF, o encaminhamento do RE ao Plenário depende do preenchimento das hipóteses regimentais, e não, simplesmente, de requerimento da parte. Dessa forma, de acordo com as normas regimentais, a cláusula de reserva de plenário não se aplica às Turmas do STF no julgamento do RE, seja por não se tratar de “tribunal” no sentido fixado no art. 97 (e essa poderia ser uma justificação para não ficarmos apenas com o fundamento regimental), seja, tendo em vista ser função

primordial e essencial da Corte a declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de afetação dessa atribuição aos seus órgãos fracionários, no caso, as Turmas.

Observa-se, assim, uma tendência de alargamento da competência das Turmas como forma de conferir efetividade e racionalização ao processo. Nesse sentido dispõe o precedente da 2ª Turma do STF: “O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF” (RE 361.829-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010, 2ª Turma, DJE de 19.03.2010).

Considerando-se que a competência privativa e última para a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo é do Supremo Tribunal Federal, pelo seu pleno, é perfeitamente possível equiparar os efeitos de uma decisão em sede de controle abstrato aos de uma decisão em sede de controle difuso, quando a unificação da questão constitucional é feita pelo próprio Supremo em decisão plenária.

Contudo, de acordo com Carmen Luiza Dias de Azambuja (2008, p. 637), essa equiparação não pode ser feita sempre, o que revela mais uma incongruência na importação do modelo norte-americano, pois, em alguns casos, “o controle difuso no Brasil é decidido apenas pela Turma do Supremo Tribunal Federal, enquanto, nos Estados Unidos, ele é feito pelo pleno da Suprema Corte norte-americana”. A autora completa o raciocínio:

A assimetria federativa, com a competência concorrente da questão constitucional ao juiz da causa no Brasil, não colide com a competência do pleno do Supremo Tribunal Federal para sua definitividade ou controle concentrado e judicial de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, sendo a extensão assentada pela razão de decidir, basta a sua definitividade, como coisa julgada material. Assim, um controle judicial e difuso pode ter a mesma extensão *erga omnes*, pela coisa julgada material pelo objeto jurídico do processo, do que o controle concentrado de constitucionalidade. O único cuidado consiste em que, em ambos os casos, a competência para a definitividade da matéria constitucional, no Brasil, é do Pleno do Supremo Tribunal Federal e não de suas turmas. Essa é a correção a ser feita no controle difuso para se assemelhar, em termos de competência, ao controle judicial e difuso norte-americano.

Percebe-se, portanto, que as decisões da Corte Excelsa estão aptas a transcender os limites subjetivos da lide desde que proferidas pelo pleno, conforme prevê o art. 481 do CPC, pois, conforme aduz Tassiana da Costa Cabral (2013, p. 10), “o Supremo Tribunal Federal analisa de forma abstrata a constitucionalidade da norma impugnada via recurso extraordinário, no exercício do controle difuso, não levando em consideração os interesses subjetivos das partes”, falando-se, assim, em abstrativização do controle difuso.

Gilmar Mendes (2004, p. 161) destaca que a alteração da relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado de controle também se verifica na disciplina processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), criada pelo constituinte para os casos em que não for cabível a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, pois, conforme aduz, “a decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*”.

Frise-se que, de acordo com Pedro Lenza (2014, p. 408), a constitucionalidade da modalidade incidental de ADPF, prevista no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.882/99 ainda está sendo discutida¹⁵. A arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à arguição incidental de inconstitucionalidade, pois, apesar de ser uma ação judicial de controle concreto, como leciona Dirley da Cunha Júnior (2011, p.340), também é suscitada em um processo subjetivo já existente “onde se controverte, com fundamentos relevantes, acerca da aplicação de lei ou ato do poder público contestado em face de um preceito constitucional fundamental”.

Assim, através da ADPF incidental, é possível levar ao Supremo Tribunal Federal, preenchidos seus requisitos, as mesmas questões constitucionais que poderiam ser suscitadas no controle difuso. Essa ação permite, segundo Canotilho (1997, p. 919-920), “o trânsito do controle difuso para o concentrado de constitucionalidade”. A diferença entre a arguição de inconstitucionalidade incidental e a ADPF incidental está justamente nos efeitos da decisão, conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 343):

A diferença fundamental entre ambos reside na circunstância de que, distintamente do que se verifica no incidente de inconstitucionalidade, a decisão proferida na ADPF incidental vinculará não somente o julgamento do caso concreto que a ensejou, mas também a todos os outros sob os quais pende de solução a mesma questão, em face da regra do art. 10 e § 3º da Lei 9.882/99¹⁶, de que já se falou.

Do mesmo modo, Gilmar Mendes (2004, p.161-162) defende que, no que concerne ao Recurso Extraordinário, a Lei nº 9.756/98, que introduziu o art. 557, § 1º-A no

¹⁵ ADI nº 2.231-MC/DF (matéria pendente). Segundo o Informativo nº 235/STF, “... o Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º., considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma em caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo”.

¹⁶ Dispõe o art. 10, § 3º da Lei 9.882/99: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

CPC, assentou a possibilidade de estender os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tanto nos casos de “declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal”. Assim dispõe o mencionado artigo:

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.

Por esse motivo, afirma-se que o aludido instrumento processual tem assumido um importante papel ampliativo da ordem constitucional, visto que, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF desempenha o papel de guardião da Constituição e suas decisões são utilizadas como referencial pelos demais tribunais. Nesse sentido leciona Fredie Diddier Jr. (2010, p. 322-323):

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas devendo ser seguidas pelos demais tribunais de federação. No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejeita decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.

Destaque-se, também, o instituto da repercussão geral, inovação que possibilitou a limitação da atuação do STF como instância recursal, aproximando o papel exercido pelo Pretório Excelso ao das Cortes Constitucionais. Segundo Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 79), “reconhecida a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal apenas precisará se pronunciar somente uma única vez sobre determinada questão constitucional presente em recursos múltiplos de matéria idêntica”. Os autores concluem que:

Por outro lado, ainda cabe sublinhar que o efeito transcendente da decisão proferida no recurso paradigma no caso de recursos extraordinários múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia representa um movimento também tendente a

equiparar a autoridade das decisões em controle concreto e abstrato de constitucionalidade.

Observa-se, portanto, conforme aduz Luiz Régis Bomfim Filho (2012, p.13), que a lide em sede de recurso extraordinário transcende os interesses das partes, suscitados no caso concreto, pois “o caráter tradicional de defesa dos interesses das partes, em que o reconhecimento da inconstitucionalidade não é a providência postulada, concede espaço para apreciação objetiva da ordem constitucional”.

A tendência jurisprudencial, objeto do presente estudo, também restou consagrada com a introdução do instituto da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Seu objeto é a uniformização jurisprudencial de teses jurídicas oriundas de reiteradas decisões no mesmo sentido, acerca das quais exista controvérsia, ocasionando grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre o mesmo tema.

Desse modo, é possível que após reiteradas decisões em sede de controle incidental, por exemplo, o Supremo edite súmula conferindo efeitos vinculantes à determinada tese jurídica, que terá como resultado prático a imposição de seus fundamentos determinantes aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Nesse sentido aduz Roger Stiefelman Leal (2006, p. 177):

A ratio decidendi do verbete sumular – objeto da vinculação – alcança, na hipótese, os princípios e interpretações asseverados na motivação de reiterados julgados que embasam sua edição. Em outras palavras: os fundamentos determinantes das súmulas são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhes deram origem.

Infere-se, assim, que não é imprescindível a participação do Senado para que uma decisão em controle incidental obrigue os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, já que o STF pode editar súmula vinculante sobre a matéria. Uadi Lammego Bulos (2012, p. 227) exemplifica a prescindibilidade da atuação do Senado:

Por outro lado, existem situações que eliminam, por completo, a necessidade de o Senado tornar pública a decisão do Supremo, a exemplo das seguintes: sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, proferidas em sede de ações coletivas, a exemplo de ações civis públicas e mandados de segurança coletivo, na prática, alcançam a todos, ainda quando, teoricamente, busquem, apenas, efeitos entre as partes. Ora bem, não há como justificar a necessidade de comunicação ao Senado diante de decisões com eficácia *erga omnes*, visto que a Câmara Alta apenas participa dos processos de controle difuso de normas; e súmulas vinculantes conferem eficácia geral e vinculante. Às decisões do Supremo, independentemente de uma lei ser declarada inconstitucional. Quer dizer, antes mesmo de um ato ser expurgado do ordenamento mediante controle difuso, ele pode deixar de ser aplicado

pela administração, atingindo a todos. Evidente que essa eficácia *erga omnes* dispensa a mínima participação do Senado.

Desse modo, explicita Gilmar Mendes (2004, p. 163) que caso a declaração de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo em sede de ação civil pública, não há motivo plausível para que se faça a comunicação ao Senado, visto que a própria Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, em seu art. 16, dispõe que a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes*.

Apesar de a tendência à abstração do controle difuso não estar consolidada, merecem destaque alguns julgados que revelam a transcendência dos motivos determinantes no controle incidental. São muitos os casos em que o STF, de acordo com Gilmar Mendes (2004, p. 162), tem estendido o efeito de decisões plenárias que declaram a inconstitucionalidade de normas municipais, proferidas com base no art. 557, §1º-A do CPC, a outros casos idênticos. Citem-se, como exemplo os seguintes julgados: RE 228.844/SP¹⁷, RE 364.160/MG¹⁸ e RE 345.048/MG¹⁹.

Importante precedente foi o caso de “Mira Estrela”, julgado no RE 197.917/SP²⁰, em que o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu ação contra o Município de Mira Estrela com o fito de reduzir o número de vereadores de onze para nove, com base na inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município por violar o art. 29, IV, “a” da Constituição. Segundo o relator, Ministro Maurício Corrêa, o número de vereadores deveria ser definido por cálculo aritmético que considerasse a população real do Município para ser constitucional.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução nº 21.702, de 2004, restringindo o número de vereadores em todo o país, seguindo o entendimento do Supremo e consequentemente atribuindo efeitos gerais à decisão da Corte. No julgamento do referido Recurso Extraordinário, de acordo com o voto do Min. Celso de Mello, o voto do Min. Gilmar Mendes “ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento do precedente mencionado”²¹.

¹⁷ RE 228.844/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 20.05.1999 – DJ 16.06.1999.

¹⁸ RE 364.160/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.02.2002 – DJ 07.02.2003.

¹⁹ RE 345.048/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18.03.2003 – DJ 08.04.2004.

²⁰ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 16.03.2004 – DJ 07.05.2004.

²¹ Voto disponível em Notícias/STF, 29.08.2005 – 16h46.
<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65466>

A Resolução do TSE culminou, conforme aduzem Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 73), com a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.345 e 3.365, fundamentadas no fato de o controle difuso de constitucionalidade não gerar efeitos *erga omnes* sem a intervenção do Senado Federal. Ambas as ações foram improvidas com base na tendência de transcendência dos motivos determinantes e na força normativa da Constituição²².

4.2 *Releitura do papel da Resolução do Senado Federal e Mutação Constitucional*

É incontestável que a Constituição de 1988 trouxe profundas mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade, ampliando a utilização do controle abstrato e introduzindo mecanismos, de acordo com o que foi anteriormente exposto, que tornaram desnecessária a atuação do Senado para garantir a extensão dos efeitos de uma decisão proveniente do controle difuso.

Como forma de garantir a força normativa da Constituição e uniformizar a jurisprudência, conforme defendem Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 67), passou-se a reconhecer que “com efeito, seja em controle concreto, seja em controle abstrato de normas, o peso do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é idêntico quando tendente a obstar violações aos preceitos constitucionais”.

Para Gilmar Mendes (2004, p. 164-165), é clara a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, assim como as suas finalidades e procedimentos, não sendo mais razoável negar semelhança existente também entre os efeitos das decisões proferidas no controle difuso e no controle concreto. O ministro afirma, ainda, que:

É possível, sem 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. (...) Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão da 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

²² Nesse sentido dispõe o Informativo nº 398 do Supremo Tribunal Federal: [...]Afirmou-se que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo - na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal - em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais. Informativo de jurisprudência nº 398. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm#Resolução do TSE e Fixação do Número de Vereadores – 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm#Resolução%20do%20TSE%20e%20Fixação%20do%20Número%20de%20Vereadores%20-%201). Acesso em: 27 out. 2014.

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.

Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 50-51) insurgem-se contra esse posicionamento, pois defendem que “o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal”. Afirmam que haverá lesão a direitos fundamentais, pois não serão respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, já que serão atingidos “aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará”.

Como já exposto, analisando a questão de outra perspectiva é possível argumentar que a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade gerou uma incongruência jurídica causada pelo efeito *ex nunc* da resolução emitida pelo órgão. Ao adotarmos a teoria da nulidade, a declaração de inconstitucionalidade deveria expurgar a norma impugnada do ordenamento jurídico, ou seja, o efeito a ser produzido é *ex tunc*, e caso a decisão em sede de controle difuso produzisse efeitos *erga omnes*, as pessoas que não participaram do processo poderiam ser beneficiadas mais rapidamente.

Conforme destaca Miguel Vivaldo Studart Lustosa Cabral (2014, p.10), “às pessoas em questão também assiste o direito, igualmente fundamental, de proteção à coisa julgada, em nome da segurança jurídica, assim como se dá no controle abstrato”. Ademais, a parte que se sinta prejudicada poderá levar a questão constitucional ao STF via Recurso Extraordinário, não estando, portanto, desguarnecida da ampla defesa e do contraditório, sendo garantido, também, o devido processo legal. Nesse sentido, conclui Léo Brust (2014, p. 129):

O mais importante é que o controle difuso continue garantindo os procedimentos necessários para que a palavra final sobre a questão constitucional recaia sempre no STF e que, até que este finalmente dê o veredicto definitivo, não se perda demasiado tempo no caminho, nem se vulnere irreversivelmente com decisões divergentes o princípio da segurança jurídica.

Ademais, a intervenção do Senado no controle difuso de constitucionalidade não retira qualquer chancela de participação democrática no processo, visto que, conforme destacam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 1122-1223), o art.

29 da Lei Federal nº 9869/1999 modificou o art. 482 do Código de Processo Civil, permitindo a participação do *amicus curiae*, do Ministério Público e outros interessados no processo de controle incidental perante os tribunais. Assim dispõe o mencionado artigo:

Art.482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§1º. O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§2º. Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos e entidades.

De acordo com Fernanda Betorco Mello e Ivan Aparecido Ruiz (2013, p. 82), percebe-se que, ao garantir uma abertura do processo de controle difuso perante os tribunais, através da participação das entidades mencionadas, atribuiu-se uma feição mais objetiva ao controle incidental, ou seja, “é possível enxergar aproximação com a estrutura dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, os quais possuem viés estritamente objetivo”, não deixando de ser democrático.

Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 51) afirmam, ainda, que caso “se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença”. Contudo, não se pode afirmar que a diferença entre os dois tipos de controle reside apenas nos efeitos produzidos pela decisão. Os sistemas abstrato e concreto têm origens diferentes e legitimados diferentes, mas o que se observa é uma tendência cada vez maior de aproximação na estrutura de seus processos.

Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 52-53) também questionam o quórum necessário para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso:

Decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, uma decisão que não reúne sequer quórum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual a controle concentrado.

Ocorre que, tanto no controle difuso, quanto no controle abstrato, quando o julgamento é feito em *full bench* pelo Supremo Tribunal Federal, o quórum é exatamente o mesmo. Requer-se a maioria absoluta, ou seja, um mínimo de 6 (seis) votos para que seja declarada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo. A diferença reside no fato de que a decisão incidental depende de resolução senatorial para adquirir eficácia *erga omnes* mesmo quando, conforme aduz Gilmar Mendes (2004, p. 165), “a própria decisão da corte contém essa força normativa”.

Ademais, por meio da súmula vinculante, é claramente possível reconhecer o efeito vinculante da *ratio decidendi* dos julgados. Sua produção é feita a partir de reiteradas decisões acerca da matéria, ou seja, precedentes, que serão utilizados como diretriz para a resolução de casos futuros idênticos. Observe-se o ensinamento de Fredie Didier Jr. (2010, p. 382) acerca do precedente:

[...] ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise. Um exemplo pode vir a calhar: o art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n.299 súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n.247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto a sua incidência. Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso - por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída – por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma decisão judicial cujo núcleo essencial (tese jurídica, *ratio decidendi*) pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

Assim, as súmulas vinculantes são outro caminho possível para que as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade tenham efeito vinculante, pois, através delas, a *ratio decidendi* dos julgados pode ser estendida a outras situações idênticas. Esse fato

faz com que não seja necessária a aplicação do art. 52, inciso X da Constituição Federal, já que o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula vinculante, preenchidos os requisitos do art. 103-A da CRFB/88, após reiteradas decisões em sede de controle difuso-incidental.

Sabendo-se que é cabível o instituto da reclamação contra decisões contrárias às súmulas vinculantes e às teses do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato²³, a teoria da transcendência dos motivos determinantes permite, também, o cabimento de reclamação contra as decisões que afrontem o entendimento da Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre que, o argumento utilizado para tornar aplicável esse posicionamento, defendido pelo ministro Gilmar Mendes, consiste na ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 63) criticam a tese de Gilmar Mendes alegando que o que ocorre não é mutação constitucional, “mas, sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal)”.

Não estão de acordo, ademais, porque há a invasão da esfera do poder constituinte pelo Poder Judiciário. Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 61) afirmam, ainda, que “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.

O Supremo Tribunal Federal proferiu importante decisão sobre o assunto, no bojo da Reclamação 4335-5/AC²⁴, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. A reclamação foi proposta pela Defensoria Pública da União, no Estado do Acre, com o fito de reconhecer eficácia *erga omnes* à decisão do STF prolatada, em controle concreto, no HC 82.959/SP²⁵, que declarou a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão de regime de vários réus.

Destaque-se, que a decisão, no referido *habeas corpus*, dispôs que a declaração de inconstitucionalidade no caso em questão não geraria consequências às penas já extintas

²³ De acordo com o que fundamenta o Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 22.10.2014, o STF, na Rcl.1880 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 23.05.2002 – DJ 03.06.2002 entendeu pelo o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

²⁴ Rcl 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 21.03.2014 – DJ 22.10.2014.

²⁵ HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01.09.2006.

naquela data, ou seja, segundo o Ministro Gilmar Mendes²⁶, reconheceu-se efeito transcendente a essa decisão, visto que não caberia aos prejudicados entrar com um ação de indenização por terem ficado presos indevidamente. Uma decisão em sede de controle difuso atingiu pessoas que não faziam parte da lide, e é isso que ocorre quando o Supremo modula os efeitos de uma decisão nesse tipo de controle, de acordo com o que entende o Ministro.

Nessa Reclamação, o Ministro Eros Grau acompanhou o voto do Min. Gilmar Mendes, também defendendo a tese de que o art. 52, inciso X da Carta Maior sofreu mutação constitucional. Cumpre destacar uma passagem importante do voto de vista do Ministro Eros Grau:

[...] Na mutação constitucional, caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional, há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos de um texto “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” a outro texto ‘compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo’ (STF, Pleno, Recl. 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto de vista, proferido em 19.04.2007).

Uadi Lammego Bulos (2012, p. 231-232) leciona que a mutação constitucional é um fenômeno passível de observação e se destaca pela informalidade, não sendo provocado pela vontade humana, pois deriva do poder constituinte difuso que existe em estado de latência na ordem jurídica. “Não basta, por exemplo, os titulares da jurisdição constitucional afirmarem que um dado preceito sofreu ‘mutação’, para, desse modo, todos acreditarem nisto, sem reflexão mais demorada, só porque foi um juiz da Corte Suprema que disse”.

Assim, qualquer mutação planejada não é mutação, pois esse fenômeno ocorre de maneira natural e espontânea. Uadi Lammego Bulos (2012, p. 232) tece comentários esclarecedores acerca do conceito de mutação constitucional dado pelo Min. Eros Grau na reclamação em comento:

Isto, seguramente, não é, nunca foi e jamais será aquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional – fenômeno pelo qual as normas constitucionais mudam sem alterar uma vírgula, sequer, do texto originário da constituição, que não é substituído por outro. Na realidade, a linha de raciocínio proposta pelo Min. Gilmar

²⁶ STF, Pleno, Rcl. 4335-5/AC, Rel. Min.. Gilmar Mendes, explicação, em 16/05/2013.

Mendes, inteligentemente defendida pelo Min. Eros Grau na Rcl 4335-5/AC, culmina num exercício de legiferação positiva, inadmitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Não cabe, portanto, conforme aduzem Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 65), ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição. Os únicos meios previstos constitucionalmente para que a decisão em sede de controle concreto de constitucionalidade possua efeitos vinculantes e *erga omnes* são a súmula vinculante e a resolução de competência do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

O desuso de uma norma constitucional não pode ocasionar seu afastamento pelo simples fato de se invocar a tese da mutação constitucional. Uadi Lammego Bulos (2012, p. 232-233), sobre o art. 52, inciso X, da Constituição, destaca que o envelhecimento dessa norma é patente e “se, um dia, pretenderem eliminá-la da ordem jurídica brasileira somente poderão fazê-lo pelo exercício do poder reformador (emenda à constituição), e não pela manifestação do poder constituinte difuso (mutação constitucional)”.

Assim, apesar da evolução constitucional, das mudanças jurisprudenciais e legislativas que embasam a tese da teoria da transcendência dos motivos determinantes, além da economia, celeridade e efetividade processuais trazidas por ela, sua implementação carece de previsão explícita, seja constitucional, seja processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, ressalte-se que, no que concerne à Reclamação 4335-5/AC, apesar de o Supremo Tribunal Federal julgá-la procedente, o argumento acolhido não foi o defendido pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os únicos que acatam a tese da transcendência dos motivos determinantes e da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Carta Maior.

A Reclamação foi julgada procedente não pelo fato de a decisão do HC 82.959/SP, oriunda do controle difuso, gerar efeitos *erga omnes*, mas sim por contrariar a súmula vinculante nº 26. Apesar de o julgamento da Reclamação ter se iniciado em 2007, editou-se a súmula vinculante nº 26 no ano de 2009 com o seguinte teor:

Súmula Vinculante 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Desse modo, a superveniência da súmula vinculante legitimou a procedência da mencionada reclamação, prejudicando o argumento da transcendência dos motivos

determinantes e da tese da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição, que não foram reconhecidos pela maioria do Pretório Excelso. Entretanto, a discussão em torno do tema não se encontra pacificada nem na doutrina nem no Supremo Tribunal Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização é uma realidade vivenciada no atual cenário institucional brasileiro. O descrédito dos poderes Legislativo e Executivo perante a sociedade contribuiu em demasia para uma redefinição do dogma da separação de poderes em prol da realização dos fins constitucionais, primando-se pelo cumprimento dos preceitos e princípios relacionados aos direitos fundamentais sociais.

Destaque-se que a implementação de políticas públicas não é dever exclusivo dos poderes Executivo e Legislativo, mas um compromisso estatal. Nesse contexto, a postura ativista do Judiciário não é uma opção política própria, visto que o desenho institucional vigente no país se encontra fragilizado pela crise de representatividade do Legislativo e do Executivo, fazendo com que muitas questões políticas, não resolvidas por estes, deságuem no Judiciário que, uma vez provocado pela via processual correta, tem o dever constitucional de garantir a prestação jurisdicional.

Desse modo, o Supremo Tribunal tem adotado uma postura ativista que pode ser considerada como benéfica quando, por exemplo, defende a aplicação direta da Constituição, independentemente da existência de hipótese expressamente contemplada em seu texto e da manifestação prévia do legislador, dando-se preponderância à Supremacia da Constituição; quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos provenientes do Legislativo, baseando-se em parâmetros menos estritos que o de violação direta e ostensiva do texto constitucional, e quando impõe condutas ou abstenções ao Poder Público nos casos de inércia legislativa e de políticas públicas insuficientes, buscando assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, a introdução do efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro contribuiu para a otimização da prestação jurisdicional, privilegiando a estabilidade das relações sociais e políticas e a supremacia constitucional. As origens do instituto apontam que sua extensão atinge também a *ratio decidendi* e não apenas o dispositivo da decisão e, embora a jurisprudência inicialmente tenha aceitado a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao controle concreto, posteriormente, o STF se posicionou contra a sua aplicação, mas esse entendimento não pode ser considerado definitivo haja vista a existência de julgados que evidenciam a aplicação do transbordamento dos fundamentos determinantes também ao controle difuso de constitucionalidade, principalmente no controle de normas municipais.

Ademais, a própria Emenda Constitucional n. 45/2004 prevê a aplicação do efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade, através da edição de súmulas vinculantes. A aproximação entre a sistemática processual dos dois tipos de controle de constitucionalidade mostra-se ainda mais evidente devido à existência de mecanismos no ordenamento jurídico pátrio que possibilitam a ampliação dos efeitos das sentenças proferidas em controle incidental, dispensando-se a intervenção senatorial nos moldes do art. 52, inciso X da Constituição Federal.

Dentre esses mecanismos podemos citar, por exemplo: as técnicas de interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; a aplicação do art. 97 da Constituição Federal e do art. 481 do CPC, que antecipam o efeito vinculante das decisões do pleno do STF em sede de controle incidental; a aplicação do art. 557, §1º-A, do CPC e do instituto da repercussão geral, bem como a edição de súmulas vinculantes e a aplicação da “modulação de efeitos” da decisão em sede de controle difuso.

As mudanças trazidas pela Constituição de 1988 possibilitaram a ampliação do controle abstrato e, como forma de garantir a força normativa da Constituição e uniformizar a jurisprudência, passou-se a reconhecer, seja em controle concreto, seja em controle abstrato de normas, que o peso do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é o mesmo, dado o seu papel de Guardião da Constituição. Assim, mostrou-se necessária uma releitura do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Demonstrou-se o anacronismo do art. 52, inciso X, da Constituição, já marcado pelo desuso e pela incongruência jurídica gerada por conferir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. Ademais, a intervenção do Senado não é a única chancela de participação democrática no controle incidental, conforme foi explicitado.

Ocorre que, o argumento utilizado para tornar aplicável esse posicionamento, defendido pelo ministro Gilmar Mendes, consiste na ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Entretanto, a argumentação proposta não se mostra legítima quer por não se tratar de mutação constitucional, quer porque a retirada do referido dispositivo encontra obstáculos constitucionais que só podem ser transpostos através da atuação do poder constituinte derivado reformador.

Desse modo, embora o exercício do ativismo judicial seja necessário para a efetivação de direitos fundamentais e aplicação direta da Constituição, alterar o próprio texto da Constituição é medida extrema, que malfez a separação de poderes. Observe-se, também,

que a economia processual é um meio para atender os anseios sociais, e não um fim em si mesma.

Utilizar mudanças normativas infraconstitucionais para fundamentar uma reinterpretação do art. 52, inciso X da Constituição, significa realizar uma interpretação conforme as leis e não das leis conforme a Constituição. Alicerçar uma ruptura do modelo tradicional do controle difuso de constitucionalidade, a ponto de caracterizar uma mutação constitucional não é o meio idôneo para propiciar a evolução constitucional, frente aos impedimentos constitucionais existentes.

Assim, apesar da evolução constitucional, das mudanças jurisprudenciais e legislativas que embasam a tese da teoria da transcendência dos motivos determinantes, além da economia, celeridade e efetividade processuais trazidas por ela, sua implementação carece de previsão explícita, seja constitucional, seja processual no ordenamento jurídico brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito *erga omnes* de seu julgamento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. In: Obras Seletas de Rui Barbosa: Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOMFIM FILHO, Luiz Régis. **A transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso de constitucionalidade promovido pelo Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Pós-Graduação em Direito) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, Fortaleza, 2012. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/581/1/Luiz%20R%C3%A9gis%20-%20A%20transfer%C3%Aancia%20dos%20motivos%20determinantes%20da%20senten%C3%A7a%20em%20controle%20difuso.pdf> , acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 82.959/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=211021> , acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Reclamação nº 4335/AC**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documneto/informativo739.htm> , acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 jun. 2014.

BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 13, n. 50, abr./jun. 1976.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Miguel Vivaldo Studart Lustosa. **A transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade**. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, ano 6, n.1, jan./jul. 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01-2014/Artigos/1-Miguel-Vivaldo-Studart-Lustosa-Cabral.pdf> . Acesso em: 29 jul. 2014.

CABRAL, Tassiana da Costa. **A abstrativização do controle de constitucionalidade: extensão da eficácia vinculante e geral às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso**. 2013. Monografia (Pós-Graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12_013/TacianeCostaCabral.pdf , acesso em: 25 set. 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

D'ÁVILA COUTO, Matheus Caldas. **A legitimidade das decisões judiciais de controle de constitucionalidade (Uma análise da legitimidade dos órgãos da jurisdição sobre as decisões em sede de controle de constitucionalidade incidental e abstrato)**. Revista do CAAP, 2010 (1), Belo Horizonte, jan-jun 2010. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/download/269/267> , acesso em: 17 out. 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade**. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas I*. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. **Direto à igualdade e transcendência dos fundamentos determinantes**. In: Congresso Nacional do CONPEDI (18.: 2009 : São Paulo, SP) *Anais do [Recurso eletrônico] / XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*.– Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf , acesso em : 25 jul. 2014.

MELLO, Fernanda Betorco; RUIZ, Ivan Aparecido. **Natureza jurídica da resolução do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade**. In: *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFABE)*. ISSN 2318-5732 – Vol. 1, n. 2, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162. Brasília, abr./jun., 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MUNIZ, Tânia Lobo; PAULA, Lucas Franco de. **Sobre a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso**. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 60, n. 415, p. 59-79, maio. 2012.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira. et. al.(Coord.). **Tratado de Direito Constitucional** - v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Juspodvm, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **A jurisdição constitucional e o duplo juízo de admissibilidade do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica**. In: www.leniostreck.com.br , 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf> . Acesso em: 14 maio 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Ver. Direito GV (online). 2012, vol.8, n.1 (cited 2013-07-09), pp.037-057. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&Ing=en&nrm=iso . Acesso em 23 jul. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.