



**A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA SENTENÇA EM CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE PROMOVIDO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Luiz Régis Bomfim Filho

**Fortaleza-CE
2012**

LUIZ RÉGIS BOMFIM FILHO

**A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA
SENTENÇA EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
PROMOVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de Pós-
Graduação da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará –
ESMEC, como exigência parcial
para a obtenção do grau de
Especialista em Direito
Constitucional, sob a orientação do
Professor Mestre Paulo Sávio
Nogueira Peixoto Maia.

Fortaleza-CE
2012

LUIZ RÉGIS BOMFIM FILHO

**A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA
SENTENÇA EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
PROMOVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia (Orientador)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof. Ms. Anarda Pinheiro Araújo
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará - UFC

Se a norma foi extraída das relações, pois que nestas se contêm as leis que as devem reger, nada mais acertado e natural que lhe procurar o sentido e a direção.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF), na qualidade de principal intérprete da Constituição, tem o poder-dever de verdadeiramente enunciar o “espírito” da Magna Carta no exercer da jurisdição constitucional. Esta é sua principal atribuição. Nesta linha de raciocínio, é manifesta a existente tendência no Pretório Excelso de se conceder uma nova interpretação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, aproximando-a com os efeitos da declaração em controle concentrado. Confere-se à decisão plenária do STF, em sede de controle incidental, os efeitos *erga omnes*, alicerçado na teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, assim denominada pela doutrina e pelos próprios Ministros do STF. Observando os ditames da celeridade e economia processual, dispensa-se a necessidade de intervenção do Senado Federal para atribuir eficácia geral aos julgados do STF, racionalizando e otimizando a prestação da jurisdição constitucional. Desta feita, o presente estudo procura enunciar a aludida teoria, esclarecendo, em especial, a sistemática de abstração do controle concreto de constitucionalidade, baseando-se nos precedentes judiciais da Magna Corte brasileira que inauguram esse viés jurisprudencial na conjuntura jurídica pátria.

Palavras-Chave: Constituição. Jurisdição. Controle. Difuso. Transcendência. Motivos. Eficácia. Senado. Resolução. Jurisprudência.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 07 |
| 1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF..... | 09 |
| 1.1 A admissibilidade do recurso extraordinário..... | 11 |
| 1.2 O prequestionamento da constitucionalidade..... | 13 |
| 2 O SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO..... | 17 |
| 2.1 A abrangência e obrigatoriedade da resolução senatorial..... | 17 |
| 2.2 A possível mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal..... | 19 |
| 3 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES..... | 21 |
| 3.1 A <i>ratio decidendi</i> da declaração difusa..... | 23 |
| 3.2 A flexibilização da cláusula de reserva de plenário no STF..... | 26 |
| 3.2 A natureza objetiva do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais..... | 28 |
| 4 A ABSTRAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO..... | 31 |
| 5. AS SÚMULAS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE ABSTRAÇÃO.. | 35 |
| 5.1 O conceito..... | 35 |
| 5.2 A natureza jurídica..... | 38 |
| 5.3 O efeito vinculante..... | 40 |
| CONCLUSÃO..... | 42 |
| REFERÊNCIAS | 44 |
| ANEXOS..... | 47 |

INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito consubstancia-se em uma constante e minuciosa investigação das relações sociais de modo a atingir uma sociedade justa, ordenada e solidária. É cediço a todos que o Poder Judiciário, aplicador precípua do Direito, encontra-se sobrecarregado e, por conseguinte, lento. A hipossuficiência dos órgãos julgadores ante a imensa demanda judicial existente enseja provimentos jurisdicionais precipitados e confusos.

Além da morosidade da prestação jurisdicional, o cidadão se depara ainda com a divergência de entendimentos entre os julgadores. O jurisdicionado está à mercê de um sistema judicial lotérico, em que, demonstrando uma insegurança jurídica, uma tese é acatada em determinada sala e, em vezes, em outra sala do mesmo tribunal, a mesma tese abordando a mesma questão é repelida.

Diante dessa conjuntura sócio-jurídica, observa-se a prestação da jurisdição constitucional com enfoque no principal oráculo da Constituição o Supremo Tribunal Federal que convive com uma mescla de demandas ora objetivas ora subjetivas.

Enfatizando a fiscalização concreta de constitucionalidade dos normativos, o presente estudo objetiva elucidar a intitulada teoria da transcendência dos motivos determinantes. Trata-se de construção jurisprudencial do Pretório Excelso, configurando verdadeira aproximação dos efeitos da declaração concreta a declaração abstrata de inconstitucionalidade e visando a celeridade e economia processual na jurisdição constitucional. O fenômeno também se intitula abstração do controle difuso de constitucionalidade.

Desta feita, atinente à organização estrutural, buscar-se no primeiro capítulo, tecer noções introduções quanto ao controle difuso de constitucionalidade. Abordar-se-á a admissibilidade do recurso extraordinário e sistemática do prequestionamento da matéria constitucional.

O segundo capítulo se aborda acerca do papel do Senado Federal na fiscalização constitucional. Observar-se-á a abrangência e obrigatoriedade da resolução senatorial para fins de concessão da eficácia geral aos julgados do Pretório Excelso, analisando, por conseguinte, eventual mutação do artigo 52, X da CF.

No terceiro capítulo, adentra-se ao principal objeto do presente estudo monográfico, a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Fazer-se-á uma abordagem quanto a composição de um precedente judicial, observando a *ratio decidendi* da declaração incidental de inconstitucionalidade. Tratar-se-á também da flexibilização da cláusula de reserva de plenário no STF bem como da natureza objetiva do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais.

No quarto capítulo, tece comentário a respeito do que se denominou abstração do controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, o quinto capítulo, as súmulas vinculantes como instrumento de abstração, trata do instituto súmula de acatamento obrigatório em diversos aspectos desde de sua origem no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Emenda Constitucional nº45.

1 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Na perspectiva da rigidez constitucional, a supremacia da Constituição requer necessariamente a invalidação dos atos normativos que exorbitam os ditames constitucionais. A fiscalização da compatibilidade vertical dos normativos com intuito de assegurar o respeito ao comando constitucional é exercida através do controle de constitucionalidade. Nesta linha de raciocínio, Paulo Bonavides (2010, p. 296) doutrina:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma. As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior à aquela que as leis ordinárias desfrutam, Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigentes num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

Destarte, exercido por qualquer órgão judicial, o controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto, incidental, pela via de exceção ou de defesa, procede-se no curso de um processo cuja fundamentação baseia-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Daí se afirmar que no controle difuso a alegação de inconstitucionalidade reside na causa de pedir processual. É questão prejudicial ao deslinde da querela. Desta feita, verificada em um caso concreto, a declaração difusa de inconstitucionalidade ocorre de forma *incidenter tantum*, prejudicialmente ao exame do mérito. Alexandre de Moraes (2008, p. 709) leciona:

Na via exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 (CF/88) tenha reduzido bastante as estatísticas dos casos que envolvem a aplicação do controle difuso de constitucionalidade no STF ao ampliar o rol de legitimados para ajuizamento da ação direta de constitucionalidade, instrumento próprio do controle concentrado, a Magna Corte brasileira continua apreciando processos em que a declaração de constitucionalidade configura-se questão incidente. O recurso ordinário e o recurso extraordinário, por exemplo, previstos no artigo 102 da CF/88

são meios ante o quais o Excelso Pretório exerce o controle difuso de constitucionalidade. Oportuno aqui registrar as palavras de Gilmar Mendes Ferreira (2009, p. 1112-1113):

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade. O Decreto n. 848, de 11-10-1890, previa que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”. O desenvolvimento superveniente consolidou tal tendência, como se depreende do disposto nos arts. 59, §1º, *a* e *b*, e 60 da Constituição de 1891, e no art. 13, §10º, da Lei de Organização da Justiça Federal (Lei n. 221, de 20-11-1984). A reforma de 1926 não introduziu modificação significativa, limitando-se a restringir o acesso ao Judiciário nas questões políticas. A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subseqüentes. A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A “inconstitucionalidade – ensinava Rui – não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”, uma vez que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal”. E, dentre os requisitos ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível “que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamentos, e não alvo, ao libelo”.

Ademais, as regras procedimentais do controle difuso de constitucionalidade perante o Excelso Pretório estão disciplinadas no denominado Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Verifica-se, então, o artigo 176 do aludido compêndio:

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

Nos moldes do parágrafo único do artigo 143 combinado com o artigo 173 do RISTF, o julgamento da questão impescinde o quorum de oito Ministros e a conseqüente constitucionalidade ou inconstitucionalidade só poderá se declarada pela manifestação de seis Ministros. Conforme o parágrafo único do artigo 173 combinado com o artigo 174 do RISTF, enfatiza-se ainda que não será proclamada a inconstitucionalidade sem a maioria de seis votos. Trata-se aqui do atendimento à denominada cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da CF/88 que estabelece o voto de maioria absoluta dos membros do tribunal ou, onde houver, do respectivo órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade, sob pena de absoluta nulidade da decisão.

Considerando os objetivos do presente estudo, necessário conceder especial ênfase ao artigo 178 do RISTF que compõe o procedimento de proclamação difusa de inconstitucionalidade promovida pelo STF:

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão

interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.¹

O entendimento mais tradicional afirma que a sentença do STF em controle difuso só surtirá efeitos *inter partes*, não superando os limites estabelecidos pela lide. O Senado Federal, por sua vez, através de uma resolução, deverá conceder generalidade a decisão da Suprema Corte. No mais, José Afonso da Silva (2008, p. 53-54) comenta:

[...] a argüição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade [...] No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

A necessidade da resolução senatorial constitui objeto de grandes discussões. Questiona-se acerca de sua obrigatoriedade e abrangência e propugna-se, em especial, a concessão de eficácia geral à decisão em controle incidental de constitucionalidade do STF sem a necessidade de resolução senatorial, uma vez que a aludida Corte possui legitimidade para tanto. Tais questões serão analisadas com maior minúcia nos capítulos seguintes.

Antes, merece uma abordagem quanto à sistemática de processamento no STF do recurso extraordinário, principal meio de apreciação incidental de questões constitucionais.

1.1 A admissibilidade do recurso extraordinário

Tratando-se de recurso de fundamentação vinculada de competência do STF, o recurso extraordinário é cabível, nos termos do artigo 102 II do CF/88, das causas decididas em única ou última instância quando contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado, julgar válida lei ou ato de governo local constitucionalmente contestado e julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Constitui instrumento processual adequado para insurgir matéria que fere diretamente a Constituição.

¹ A menção ao *artigo 42, VII da Constituição* refere-se à Constituição Federal de 1967, já modificada pela Emenda Constitucional de 1969. Atualmente, os aludidos efeitos estão relacionados com o artigo 52, X da CF/88: *Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve inovação quanto ao cabimento do recurso extraordinário. Acrescentou-se o parágrafo 3º ao artigo 102, prescrevendo que “*o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso*”. A lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, por sua vez, regulamentou a inovação, inserindo novos preceitos ao Código de Processo Civil, dentro os quais merece destaque o parágrafo 1º do artigo 543-A, *in verbis*: “*Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”. Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 58) comenta o tema:

A exigência da demonstração da relevância e da transcendência da questão constitucional debatida como condição de admissibilidade do recurso extraordinário conspira para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, estimulando a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor da igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária.

O intuito do requisito da repercussão geral é restringir a atuação do STF a um reduzido número de causas de maior relevância. A concentração dos esforços da Corte Constitucional deve situar-se em temas polêmicos e fundamentais a pacificação social, evitando as inúmeras questões repetitivas que causam a exaustão do Tribunal. No ponto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 121) posiciona-se:

De *lege ferenda*, penso que o filtro de acesso de recurso à Corte deveria combinar um critério qualitativo-quantitativo. O STF deveria determinar, talvez por semestre, o número de recursos extraordinários que poderá, realisticamente, apreciar ao longo daquele período. E, assim selecionar, dentre os processos distribuídos no semestre anterior, os que considera mais relevantes, dentro dos quantitativos preestabelecidos. Os processos não selecionados terão seus recursos considerados não admitidos. Registre-se, por relevante, que esta não é uma opção ideológica ou filosófica, mas um imperativo da realidade, capaz de impedir que a jurisdição constitucional se transforme em um exercício de delegação interna de competências. Nesse modelo, o juízo acerca da repercussão geral só produziria efeitos vinculantes se positivo. No caso de juízos negativos – isto é, não sendo admitido o recurso –, disso não se extrairia a consequência de que a tese nele discutida não tem repercussão, mas apenas a de que ela não foi considerada prioritária naquele conjunto. A denegação não impediria, portanto, que em ano subsequente a questão jurídica nele debatida viesse a ser selecionada e decidida pelo STF. Esta fórmula seria libertadora para o Tribunal, que se desprenderia do dever de julgar processos em número superior à capacidade física de seus Ministros.

Constata-se, assim, diante dos pressupostos bastante específicos de admissibilidade, a excepcionalidade de interposição do recurso extraordinário cujo principal intuito é proteger os ditames constitucionais. Daí se afirmar que o aludido instrumento processual gradativamente vem tomando feição defensora da ordem constitucional objetiva,

deixando a natureza eminentemente subjetiva. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (2010-A, p. 322 – 323) comenta:

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 da federação. No espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejuza 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.

Neste contexto, observa-se que a querela posta sob juízo do STF em sede de recurso extraordinário transcende os interesses subjetivos. 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 questão prejudicial de constitucionalidade, como pressuposto lógico e necessário de resolução da questão principal, é ponderada de modo a surtir efeitos em outras demandas.

Trata-se da objetivação do recurso extraordinário, a questão constitucional analisada como resolução de um caso concreto passa a transcender o *inter partes*. O controle de constitucionalidade é difuso, porém abstrato. Tal relação aparentemente paradoxal que reflete uma tendência na Corte Constitucional brasileira é o principal objeto do presente estudo monográfico.

No mais, traçar-se-á breve comentário quanto ao prequestionamento da matéria constitucional como requisito de admissibilidade do apelo extremo.

1.2 O prequestionamento da constitucionalidade

Sem o intuito de aprofundar acerca do tema, considerando suas diversas controvérsias e peculiaridades, o presente tópico pretende fazer um aparato geral sobre um dos requisitos de admissibilidade do recurso em comento.

Pois bem. Na via recursal extraordinária, reaprecia-se questões de direito, em regra apenas de direito constitucional, que hajam sido abordadas nas instâncias anteriores, isto é, que tenham sido objeto de prequestionamento. A constitucionalidade de determinado

normativo há de estar contida nos fundamentos da decisão recorrida, ainda que não faça menção expressa aos dispositivos atacados.

Os tribunais superiores divergem quanto a admissibilidade de prequestionamento ficto, implícito e quanto a necessidade de embargos declaratórios para suprir omissão do juiz a quo. Releva destacar que a circunstância de a questão houver sido suscitado ou não pelas partes não é determinante para configuração do prequestionamento. O instituto se caracteriza com a deliberação jurisdicional, com a emissão de juízo sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça² possui entendimento sumulado, propugnando a inadmissibilidade de seu apelo extremo caso a questão, após oposição de declaratórios, não houver sido apreciada pelo tribunal a quo. O Supremo Tribunal Federal³, por sua vez, defende que tão-só o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Fredie Didier Jr. (2010-A, p. 262) aborda a divergência:

Admite o STF o chamado prequestionamento ficto, que é aquele que se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos. Trata-se de interpretação mais amena do enunciado n. 356 da súmula da jurisprudência do STF. Essa postura do STF é a mais correta, pois não se submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias. Inicialmente, a concepção do STJ é sedutora; impõe-se, contudo, perfilhar a do STF, que se posiciona a favor do julgamento do mérito do recurso extraordinário, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo – e, encarando o problema do juízo de admissibilidade como uma questão de validade do procedimento, qualquer postura no sentido de impedir ou dificultar a aplicação da sanção de inadmissibilidade deve receber a pronta adesão do operador do direito.

Ademais, é consabido que o STF é o guardião da Constituição e nesta qualidade seu principal intérprete. E como já abordado o Pretório Excelso também exerce o controle concreto de constitucionalidade, que neste viés, para alguns, prescinde do instituto do prequestionamento. Oportuno aqui registrar um aspecto interessante acerca da declaração incidental de inconstitucionalidade efetuada pelo STF nas palavras de Uadi Lammêgo Bulo (2009, p. 116):

² Enunciado 211 da súmula da jurisprudência dominante do STJ: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*”.

³ Enunciado 356 da súmula da jurisprudência dominante do STF: “*O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não forma opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*”.

O Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso em sede de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas (CF, art. 102, II). Também o exercita mediante recurso extraordinário (CF, art. 102, III, *a, b e c*). Aqui há uma particularidade. Diante de uma demanda que chegue ao seu exame, entendemos que o Pretório Excelso, por livre e espontânea deliberação, se achar conveniente, poderá levantar, de ofício, a questão de inconstitucionalidade e sobre ela decidir, mesmo sem prequestionamento do recurso extraordinário, pelo simples fato de que lhe compete, precipuamente, a guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*). Mas esclareça-se bem: outros interessados não têm essa faculdade. Somente o Supremo Tribunal Federal pode, por si próprio, apreciar a questão de inconstitucionalidade que não tenha sido prequestionada antes. Essa prerrogativa lhe é exclusivíssima, decorrendo de sua posição institucional. No mais, quaisquer interessados só poderão argüir, na via de defesa, pelo recurso extraordinário, as questões constitucionais explicitamente prequestionadas.

Trata-se de ponto bastante peculiar. Porém, não se vislumbra qualquer prejuízo, uma vez admitida repercussão geral da querela e os demais pressupostos gerais do apelo extremo, nada impede que o Pretório Excelso alcance matérias constitucionais não prequestionadas, porquanto nesta seara envolve causas de pedir abertas, conforme já consagrado no julgamento histórico do RE n. 298.694, DJ 23/04/2004. Sobre tal julgado, relevante transcrever trecho do voto do Ministro Cezar Peluso:

E, no juízo de mérito, também penso que o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário. E, aqui, a segunda questão, que me parece importantíssima, suscitada no voto do eminente Relator. Considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa.. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de velar pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob o singular fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme à Constituição!

Tal qual ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, permite-se ao STF enfrentar matéria constitucional, em sede difusa de fiscalização, alicerçado em fundamento não cotejado pela instância recorrida. É esta a melhor exegese que deve se aplicada ao entendimento sumulado (súmula 456⁴) do Pretório Excelso que enuncia o

⁴ Enunciado 456 da súmula da jurisprudência dominante do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

juízo da causa, aplicando o direito à espécie, uma vez conhecendo o recurso extraordinário.

Desta feita, enuncia-se a clara distinção entre juízo de admissibilidade, ante o qual é suficiente a alegação de contrariedade adequada pelo acórdão recorrido de dispositivo constitucional prequestionado, e o juízo de mérito, o qual se insurge ante o cotejo entre decisão recorrida e Constituição, independentemente fundamento jurídico que baseou a juízo a quo.

2 O SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO

Enuncia a CF/88, no seu já mencionado artigo 52, X, que compete privativamente ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão definitiva. A intenção do constituinte originário de 1988 era conceder eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade pela via de exceção do STF.

Interessante registrar a desnecessidade da aludida suspensão senatorial em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que nesta seara a sentença do Excelso Pretório já atinge automaticamente a todos, inclusive existe aqui a possibilidade de concessão de pronunciamento jurisdicional liminar dotado também de eficácia contra todos. Relevante observar a lição de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1131):

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. 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 mitigasse 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 emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

Daí se discutir com tanta veemência a natureza e pertinência da suspensão do Senado Federal ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum* em decisões definitivas do STF.

2.1 A abrangência e obrigatoriedade da resolução senatorial

Ao utilizar a expressão “*suspender a execução, no todo ou em parte*”, o artigo 52, inciso X da CF/88 enseja uma série de divergências na exegese constitucional. Originariamente, um substitutivo da Comissão Constitucional chegou a adotar os dizeres “*revogação ou suspensão da lei ou ato*”. Todavia, conforme Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1129), “[...] a própria ratio do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo”.

No que concerne a expressão “*no todo ou em parte*”, deve-se ater especial peculiaridade, a qual, explica Marcelo Novelino (2008, p. 177), “*deve ser entendida como*

referente à decisão do STF e não à suspensão da execução pelo Senado, que deve se ater aos exatos limites daquela decisão". Compete ao Pretório Excelso, precipuamente, a guarda da Constituição, daí a razão pela qual seus posicionamentos, principalmente em relação à constitucionalidade das leis ou dos atos normativos, não de ser respeitados. Assim, a partícula "*em parte*" não deve ser interpretada como uma possibilidade do Senado considerar apenas parte do que foi declarado inconstitucional pelo STF. No contexto, deve significar que a Magna Corte considerou somente parte da lei ou do ato normativo inconstitucional, o que deverá ser seguido pelo Senado.

Desta feita, o cerne da questão situa-se no eventual atendimento compulsório da resolução senatorial aos estritos termos da sentença proferida pelo STF que declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade no caso concreto. Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1130-1131) posiciona uma boa doutrina:

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente prazo estabelecido ou sanção específica a ser aplicável na conjuntura da competência privativa do Senado em comento. Destarte, entende-se que o Senado não está obrigado a editar resolução suspensiva da inconstitucionalidade. Trata-se de atribuição discricionária que uma vez cometida, ater-se-á estritamente ao entendimento do STF. Ao tratar sobre a competência do Senado, José Afonso da Silva (2010, p. 421) delimita a posição:

Essa regra não tem mais razão de existir. Em suma, o ato de suspensão emitido pelo Senado tem que ser conforme o julgado. Não tem ele poder para modificar a decisão do STF. Seria mais prático e expedito se se desse à decisão definitiva do STF o efeito *erga omnes* a contar de sua publicação, também nos casos de recurso extraordinário (art. 102, III), que é o ponto final da apreciação de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Assim, porém, não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado na hipótese é de rigor.

Daí se afirmar que a competência do Senado reside apenas na publicidade da decisão do Pretório Excelso, levando-a ao conhecimento dos cidadãos da Nação. Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 127) justifica a posição ora manifestada: "*se o Senado não conferir publicidade à decisão do Supremo no Diário do Congresso, mesmo assim o decisum da Corte Suprema permanecerá real e eficaz*". O silêncio do Senado jamais poderá significar suposta desconstituição ou anulação de um pronunciamento jurisdicional do STF.

2.2 A possível mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal

A competência senatorial prevista atualmente no artigo 52, X da CF/88 foi adotada no Brasil na Constituição de 1934 e repetida nas cartas constitucionais seguintes. Reflete-se no aludido dispositivo constitucional uma doutrina mais ortodoxa, atrevendo-se aqui a afirmar que esta consubstancia entendimento já superado pela própria atual ordem jurídica constitucional. Trata-se de uma verdadeira ineficácia da norma constitucional. Observam-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 130-131):

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

No próprio ordenamento jurídico pátrio, existem mecanismos que já promovem a dispensa da aplicação do artigo 52, X da CF/88. A título ilustrativo, se o STF declarar incidentalmente a inconstitucionalidade em ação civil pública, impossível aqui se estabelecer eficácia tão-somente *inter partes* e, por conseguinte, não haveria necessidade de resolução senatorial.

A adoção das denominadas súmulas vinculantes, que terão uma abordagem mais completa em capítulo posterior do presente estudo, também reforça o argumento em comento. Toma-se como exemplo a súmula vinculante nº 21 que declara a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. A aludida súmula baseou-se em diversos recursos extraordinários, acabando por proclamar uma inconstitucionalidade proferida em sede incidental sem qualquer intervenção do Senado Federal. A respeito, Gilmar Ferreira Mendes (2009, 1139) comenta:

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Destarte, o manifesto descompasso do artigo 52, inciso X da Carta Magna com a própria realidade promove a imprescindibilidade de uma nova interpretação ao aludido dispositivo

constitucional e enseja, por conseguinte, sua mutação constitucional, isto é, autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 247) conceitua o instituto:

[...] as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia -, interna regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

É plausível entender, como já comentado no presente estudo, que o procedimento referente à suspensão da lei ou ato normativo pelo Senado objetive apenas a conceder publicidade à declaração de inconstitucionalidade do Pretório Excelso.

Ademais, interessante registrar que o STF está passando a propugnar pela prescindibilidade de resolução senatorial para definir generalidade aos efeitos de sua declaração incidental de inconstitucionalidade. São diversos julgados que justificam a afirmação anterior, os quais possuem como fundamento basilar a denominada teoria da transcendência dos motivos determinantes, a seguir abordada.

3 A TEORIA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A sentença não mais sujeita a recursos transita em julgado, adquirindo o caráter imutável dentro de um processo. A aludida imutabilidade da sentença decorre da eficácia preclusiva do que se denominou coisa julgada, que, segundo Fredie Didier (2010, p. 408), “*não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia de segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida*”.

Tradicionalmente, as coisa julgada refere-se a parte dispositiva dos provimentos jurisdicionais. Desta feita, ao analisar a atual legislação processual, percebe-se que, segundo o artigo 469 do Código de Processo Civil (CPC), não faz coisa julgada os motivos, mesmo se importante para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Traçando um cotejo com a sistemática de fiscalização difusa, Luís Roberto Barroso (2009, p. 124) resume o entendimento tradicional: “[...] *por dicção legal expressa, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada, de modo que não há falar em auctoritas rei iudicata em relação à questão constitucional*”.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma exegese bastante peculiar, estendendo os limites de suas decisões em controle de constitucionalidade tanto na seara concentrada como na difusa. Nesta linha de raciocínio, reconhece-se a eficácia vinculante não tão-somente do dispositivo do julgado, mas também do chamado *ratio decidendi*, ou seja, dos motivos determinantes que são os fundamentos jurídicos embasadores da decisão. Trata-se da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

É cediço que tradicionalmente entende-se que em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade promovido pelo STF a declaração de inconstitucionalidade surte efeitos retroativos (*ex tunc*) e vinculantes tão só entre as partes. Somente após a intervenção do Senado Federal os efeitos da aludida declaração caracterizarão genéricos, porém prospectivos (*ex nunc*). Doutrinadores e juízes, inclusive Ministros do STF, apegando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, vem reformulando o tradicional entendimento quanto à eficácia da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo plenário do Excelso Pretório. Marcelo Novelino (2010, p. 246-247) exemplifica:

No âmbito legislativo e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se verificado uma gradativa tendência de “abstrativização” do controle concreto de

constitucionalidade. Na esfera legislativa constitucional, a EC 45/2004 contemplou duas inovações neste sentido: a *súmula vinculante* (CF, art. 103-A) e a *repercussão geral* no recurso extraordinário (CF, art. 102, §3º). O efeito vinculante, típico do controle abstrato, conferido a um enunciado de súmula aprovado a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aponta para uma repercussão geral das questões constitucionalmente discutidas, como requisito intrínseco de admissibilidade recursal, demonstra que o recurso extraordinário vem perdendo seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir um papel de defesa da ordem constitucional objetiva. No âmbito infraconstitucional, o STF considerou legítima a atribuição conferida ao relator para julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão confrontante com súmula ou jurisprudência dominante da Corte (RISTF, art. 21, §1º; Lei 8.038/1990, art. 38; CPC, art. 557, *caput* e §1º-A). De acordo com o entendimento adotado pelo Tribunal, a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causa que versem o mesmo tema (RISTF, art. 101), ainda que o acórdão do *leading case* não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado.

Destarte, o fenômeno da transcendência reconhece a eficácia que supera, ultrapassa, transcende o caso singular de modo que a *ratio decidendi* seja dotada de vinculação, surtindo efeitos em outros julgados, muito embora a fundamentação não ser objeto de coisa julgada. Os motivos determinantes da sentença aplicados inicialmente à lide individual posta em juízo passam repercutir, como verdadeira norma abstrata, em situações futuras. Um dos principais argumentos justificadores desse novo posicionamento é o princípio da supremacia da Constituição. Observa-se, então, o ensinamento de José Afonso da Silva (2008, p. 45):

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Desta feita, propugna-se a aplicação uniforme da Constituição decorrente de sua própria supremacia sob a perspectiva da transcendência dos motivos determinantes em fiscalização abstrata ou concreta da constitucionalidade das normas. Ademais, relevante colacionar o voto de Gilmar Ferreira Mendes proclamado na Reclamação 2.363/PA, relatada pelo o mesmo e julgada em 23 de outubro de 2003:

Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pode constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei,

em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

Ademais, considerando os objetivos do presente estudo, conceder-se-á ênfase à fiscalização difusa de constitucionalidade promovida pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta seara, destacam-se dois precedentes que serviram de parâmetros à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes: Recurso Extraordinário nº 197.917/SP (redução do número de vereadores do Município de Mira Estrela) e o Habeas Corpus nº 82.959/SP (constitucionalidade da progressão do regime nos crimes hediondos).

Apesar de se tratarem de controle concreto de constitucionalidade, em ambos os processos supramencionados foram concedidos efeitos *erga omnes*, típico do controle abstrato, às suas decisões. Trata-se da abstração do controle difuso de constitucionalidade, consubstanciando uma nítida aproximação do controle concentrado ao controle difuso de constitucionalidade promovido pelo STF, a qual será comentada em capítulo próprio.

Desta feita, constata-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes é o principal alicerce à tendência de abstração da declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Pretório Excelso. Sublinhe-se tendência porquanto existir divergência entre os próprios Ministros quanto aplicação da aludida teoria.

Ademais, imperioso destacar que transcendência não se refere a toda fundamentação. Necessário tecer uma imprescindível distinção para o desenvolvimento do tema em voga entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

3.1 A *ratio decidendi* da declaração difusa

Diante de um processo subjetivo, atingindo a jurisdição suprema, em que a resolução da querela impescinde a apreciação da constitucionalidade de um normativo, o STF poderá estabelecer critérios gerais para tornar a questão, ora apenas prejudicial a deslinde do causa, verdadeiro precedente judicial. Tudo isso sob o fulcro da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Pertinentes as palavras de Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 11-12):

A identificação da jurisprudência como fonte de direito constitui elemento comum aos ordenamentos jurídicos do Ocidente como um todo. Variam, contudo, a primazia que lhe é conferida, sua eficácia e a forma de operá-la – elementos que a doutrina tem utilizado tradicionalmente para traçar uma linha divisória entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhe efeitos vinculantes e

gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, *por indução*, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que *associações* e *distinções* entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes. Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da *subsunção* das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da *atividade interpretativa*.

Daí haver a necessidade de tecer noções fundamentais dos conceitos que envolvem a teoria do precedente judicial, instituto fundamental no sistema *common law*, progressivamente tergiversando o sistema *civil law* brasileiro. Registre-se que há quem defenda que o Brasil possui tradição jurídica própria e peculiar. José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 18) alerta: “*os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (civil law), como incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina*”.

Destarte, o precedente é manifestação jurisdicional anterior cujo núcleo será utilizado como diretriz, quer persuasiva quer obrigatória, para resolução de casos futuros e análogos. No ponto, observam-se as palavras de Fredie Didier Jr. (2010, p. 382):

[...] 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 da 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” 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 à 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 originariamente 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.

Pois bem, a *ratio decidendi* são os motivos determinantes para resolução da causa. Reflete a essência da tese jurídica adotada, sendo composta pela indicação dos fatos relevantes da causa, pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo *decisório*. O denominado *obiter dictum* são juízos acessórios, tudo aquilo que for prescindível ao deslinde da querela. Trata-se da argumentação de passagem, que não será generalizada para aplicação em casos análogos. As coisas ditas de súbito, no fervor das deliberações na qualidade de *ad argumentandum tantum* não serão essenciais ao julgamento e não tendo, por conseguinte, os denominados efeitos vinculantes. Sobre o tema, Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 125-126) tece importantes noções:

Reconhecido o papel relevante dos fundamentos na identificação do comando emergente de uma decisão, por um lado bom, bem como a dificuldade de delimitar a amplitude de tal papel, por outro, torna-se interessante indagar, em termos metodológicos, se há alguma parte da motivação que poderia ser excluída desde logo da interferência sobre o desfecho de novas demandas. Aqui entra a importância do conceito de *obiter dictum*. Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes. Tais manifestações não tem força obrigatória sobre o deslinde de casos futuros justamente porque a idéia do *judge made law* se centra na extração indutiva da norma a partir do caso concreto, e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não eram necessárias à sua solução, as mesmas derivam de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição, por lhe caber, apenas, decidir lides.

Na via de apelo extraordinário, o STF aprecia a constitucionalidade de determinado normativo como questão prejudicial ao desenrolar da lide. Ocorre que, alicerçado na transcendência dos motivos determinantes, possibilita-se a projeção de efeitos vinculantes ao teor essencial das decisões proferidas pelo Plenário do STF ante os demais casos futuros. Vale destacar, assim, que os efeitos vinculantes serão atribuídos ao *ratio decidendi* do julgado, do precedente que funcionará como diretriz para futuras causas. Sobre tais efeitos, Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 354) ensina:

O efeito vinculante é uma criação dos processualistas germânicos. Eles se esforçaram para encontrar uma maneira de garantir a efetividade das decisões prolatadas pela Corte Constitucional alemã. Objetivaram, com tal medida, assegurar força vinculante tanto à parte dispositiva de decisão (pronunciamento definitivo de mérito) como aos seus fundamentos determinantes (motivos jurídicos que justificaram a sentença). Buscou-se, assim, que as sentenças do Tribunal Constitucional alemão transcendessem o caso singular, servindo de bússola para orientar hipóteses futuras.

Da resolução do caso particular obtém-se uma norma geral que pode ser utilizada em outras situações semelhantes. No momento merece destaque trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Rcl 2.363/PA:

Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no caput e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto de recurso extraordinário sob exame.

Releva enfatizar que a sistemática da transcendência dos motivos determinantes aplicava-se tão-só no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Porém há um forte viés interpretativo no sentido de ser aplicado também no controle difuso promovido pelo STF.

O Pretório Excelso, na qualidade de guardião da Constituição e, por conseguinte, seu principal intérprete, tem o dever de orientar constitucionalmente as demais instâncias, podendo emitir verdadeiras normas gerais no exercício da fiscalização tanto abstrata como concreta.

3.2 A flexibilização da cláusula de reserva de plenário no STF

Interessante debate envolve a necessidade de se submeter ao procedimento previsto no artigo 97 da CF quando já houver posicionamento do STF quanto à constitucionalidade de determinado normativo. De fato, trata-se de verdadeira flexibilização da cláusula de reserva de plenário que exige a maioria absoluta dos membros do tribunal para declaração de inconstitucionalidade.

Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 376) conceitua a aludida cláusula como “*parâmetro normativo que estatui o quórum de votação para os membros de um tribunal declararem a inconstitucionalidade dos atos do Poder Público*”. Trata-se da intitulada regra do *full bench* (composição plenária), *full court* (tribunal pleno) ou julgamento *em banc* (pela bancada).

É consabido que, em sede de fiscalização concreta, o incidente de inconstitucionalidade no Pretório Excelso segue o procedimento dos artigos 176 a 178 de seu Regimento Interno. O encaminhamento do suscitar da inconstitucionalidade ao plenário a ser efetuado pelas duas turmas independe de acórdão, devendo ser ouvido previamente o Procurador Geral da República. Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade com o quorum constitucional de maioria absoluta bem como com o transitio em julgado, far-se-á, em regra, a comunicação ao Senado Federal, observado o artigo 52, X da CF, o qual, como já comentado, sofre uma tendente mutação constitucional. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2009, p. 95-96) leciona:

Por força do princípio da reserva do plenário, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista. Essa norma, instituída pela primeira vez com a Constituição de 1934, e reproduzida nas subseqüentes, aplicava-se, por força de sua origem, apenas ao controle incidental e difuso. Com a criação do controle por via principal e concentrado, estendeu-se também a ele, não havendo qualquer distinção na norma materializada no art. 97 da Carta em vigor. A reserva de plenário espelha o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que para ser infirmado exige um quorum qualificado do tribunal.

Ocorre que a sistemática tradicional de reserva de plenário vem sendo mitigada. Em agravo regimental no agravo de instrumento 168.149 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 26/06/1995, a segunda turma do STF entendeu que o descabimento do deslocamento previsto no artigo 97 da CF com julgamento de plano do órgão fracionário homenageia a racionalidade, evitando a burocratização do atos judiciais. Na oportunidade argumentou-se que a cláusula de reversa de plenário objetiva evitar que os órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo. No aludido julgado, Ministro Marco Aurélio assim emitiu seu voto:

Pois bem, a Turma julgadora deixou de deslocar o processo para o Pleno da Corte, porquanto o Supremo Tribunal Federal pronunciara-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo em questão. Onde fica a razão de ser da regra constitucional caso vingue a óptica burocrática da Fazenda? O que será do princípio da economia e celeridade processual? Mais do que isso, que importância tem o crivo da Suprema Corte? O que decidido pelo Colegiado de origem homenageia a interpretação teleológica do artigo 97 da Carta Política da República, não merecendo qualquer censura. O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao Órgão Maior da Corte de origem (artigo 97 da Constituição Federal) tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciários, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta – e ele ainda o é (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal) – o Supremo Tribunal Federal assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

No mais, Gilmar Mendes (2009, p. 1133) posiciona-se em sua doutrina:

Esse entendimento marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.

O legislador ordinário atento à tendência jurisprudencial editou a Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998 que incluiu o parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil. Institui-se o efeito transcendental dos pronunciamentos acerca da constitucionalidade de normativo do tribunal que esta foi suscitada. O tema será abordado a seguir.

3.3 A natureza objetiva do incidente de inconstitucionalidade nos tribunais

A tramitação processual em qualquer tribunal está suscetível aos denominados incidentes processuais. Estes não se confundem com recursos nem com ações autônomas de impugnação, mas sim fazem parte da criação da decisão judicial. Sob ótica da teoria da cognição, existem questões incidentes e a questão principal. Aquela é relevante para o julgamento desta. Trata-se de uma questão de direito prejudicial ao deslinde do mérito.

No denominado incidente de argüição de inconstitucionalidade previsto nos artigos 480 a 482 do CPC, a questão incidente reside na prejudicial de inconstitucionalidade. Alicerçado na cláusula de reserva de plenário, estabelece-se verdadeira regra de competência funcional com a formação de um julgamento subjetivamente complexo.

Há uma divisão da competência, operando-se uma cisão funcional. Um órgão julgador decidirá a questão principal, julgando o caso concreto após a manifestação de outro órgão (pleno ou órgão especial) sobre a questão incidente. Alerta Fredie Didier (2010-A, p. 573):

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), “a decisão do tribunal do pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão. Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal.

Pois bem. A regra é que um órgão fracionário de tribunal não detém competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de normativo. Havendo a argüição de inconstitucionalidade, dever-se-á proceder a remessa ao pleno ou a órgão especial, se houver.

Considerando a importância da regra geral, releva destacar o enunciado da Súmula Vinculante n. 10: “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”. Desta feita, o entendimento vinculantemente sumulado estabelece que não somente a decretação expressa da inconstitucionalidade, mas também o simples afastamento da incidência da norma, no todo ou em parte, devem submeter-se ao artigo 97 da CF.

Não obstante, a Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998 introduziu o parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil, fixando uma exceção a reserva de plenário. O aludido dispositivo enuncia que a possibilidade de não submissão da argüição de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial caso já houver pronunciamento do órgão fracionário ou do plenário do STF sobre a questão. Permite-se, assim, que o órgão fracionário se desvincule do dever de observar a cláusula *full bench*. No ponto, Marcelo Novelino (2008, p. 173-174) comenta:

Não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição e as exceções acima, consagradas por meio da Lei n. 9.756/98 com base na jurisprudência adotada anteriormente pelo STF. Tratando-se de um pronunciamento da Corte Suprema, a quem cabe dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição, a adoção do mesmo entendimento pelo órgão fracionário prestigia e assegura a força normativa. No caso de pronunciamento anterior do próprio tribunal, apesar da questão ser posta em juízo mediante a existência de um caso concreto, a análise da constitucionalidade é feita sempre em abstrato (incidente processual de natureza objetiva), razão pela qual a decisão deve valer não apenas para o caso concreto em que surgiu o incidente, mas também como paradigma (*leading case*) para todos os demais processos em tramitação no tribunal nos quais a constitucionalidade daquele objeto esteja sendo questionada. Seria irracional submeter ao pleno, por diversas vezes, uma mesma questão já analisada anteriormente. Portanto, ocorre uma vinculação horizontal que, apesar de não se entender a outros órgãos do Poder Judiciário, vincula todos os órgãos fracionários daquele tribunal.

Salienta-se que o dispositivo legal faz referência ao plenário do Pretório Excelso independentemente da via processual que originou o pronunciamento acerca da questão constitucional. Desta feita, eventual entendimento proferido em sede de recurso extraordinário, ou seja, em fiscalização concreta de constitucionalidade, transcende seus efeitos a outra relação jurídica processual, possibilitando, por conseguinte, que determinada

turma ou câmara de tribunal dispense a remessa da questão constitucional para o pleno ou órgão especial.

Malgrado o STF majoritariamente assim entende, a doutrina diverge. Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 388-389) se posiciona:

Não há, portanto, como interpretar o parágrafo único do art. 481 como se, em todo e qualquer caso, o pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal vinculasse o entendimento dos demais órgãos jurisdicionais, tornando desnecessária a instauração do incidente exigido não só pelo arts. 480 e 481 mas, superiormente, pelo próprio art. 97 da Constituição Federal. A sua dispensa pe legítima quando, desde a Constituição Federal, a manifestação do Supremo Tribunal Federal tiver efeitos vinculantes, assim quando ela emanar do controle concentrado da constitucionalidade ou de súmulas que tenha aquela característica. Em todos os demais casos, cabe ao próprio órgão fracionário constatar se o caso concreto reclama, ou não, a instauração do incidente.

Nada obstante, tendência jurisprudencial é inversa ao esposado por Scarpinella. Alicerçado na teoria da transcendência dos motivos determinantes, os provimentos jurisdicionais do Pretório Excelso tendem a insurgir sobre as demais lides, ainda que proferidas em sede de processo subjetivo. É o que se convencionou denominar abstração do controle de constitucionalidade difuso, a seguir abordado.

4. A ABSTRAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Por ser o guardião da Constituição, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos diversos conflitos que englobam as normas constitucionais possui deveras relevância. Em virtude de sua posição institucional, cabe-lhe a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. No ponto, cabem as palavras de José Renato Nalini (2010, p. 962):

A Suprema Corte, copiada do modelo norte-americano, exerce um papel fundamental na democracia, ao *guardar* a Constituição. Na verdade, a expressão significa a missão de *defender e fazer valer* o pacto fundamental, que é a raiz da legitimidade de toda a normatividade infraconstitucional. O STF tem hoje essa função precípua e assumiu um protagonismo bastante significativo ao abandonar uma parcela de seu papel jurisdicional de verdadeira quarta instância, para reconhecer-se o *guardião da ordem constitucional*.

Desta feita, existe uma nova tendência jurisprudencial, ainda não pacificada, defendendo que a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF pode apresentar uma grande amplitude, transcendendo seus motivos a outros julgados e vinculando as demais Cortes. Trata-se da abstração do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, possuindo com base doutrinária a teoria da transcendência dos motivos determinantes. O Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 481, como já comentado, prever o denominado efeito transcendental no que toca a constitucionalidade das normas, consubstanciando na legislação a aludida tendência jurisprudencial. Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 58-59) sintetiza:

[...] quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade continua sendo *incidental* ao julgamento da causa. Porém, a idéia de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário *atinge apenas as partes* tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu, inicialmente, após a fixação do entendimento de que, após o Supremo ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que *nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo*. Essa tese sustenta que mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de *efeito vinculante* em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Vislumbra-se ser desarrazoado entender que a arguição de inconstitucionalidade no processo subjetivo, isto é, na análise do caso concreto acerca de eventual inconstitucionalidade de norma pelo STF impescinde de resolução senatorial ou do

ajuizamento de instrumento típico do controle abstrato para surtir efeitos *erga omnes*. A economia e celeridade processual são prejudicadas, considerando que o Pretório Excelso possui legitimidade para auferir generalidade a todas suas decisões sobre a constitucionalidade das normas. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 131) afirma:

A aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso merece aplausos, porque serve para concretizar os princípios da supremacia constitucional, da força normativa da constituição, da economia, celeridade e efetividade processual (CF, art. 5º, LXXVIII). Entendemos que o uso da transcendência, com caráter geral, *pro futuro* e vinculante, dos motivos determinantes da sentença proferida em sede de controle difuso, não precisa de qualquer base legislativa para ser invocada. É desnecessário, por exemplo, submeter os arts. 52, X, e 97, da Carta Magna, ao influxo de emendas constitucionais, a fim de adequá-los a certas exigências. Também é descipiendo movimentar o legislador processual para estabelecer regras nesse sentido. A justificativa de tudo isso é muito simples: as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser obedecidas e levadas às últimas conseqüências, sob pena de se burlar o seu posto de guarda da Constituição (art. 102, *caput*).

Não obstante, a nova tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade não está consolidada, nem mesmo no STF. Gilmar Mendes e Eros Grau são principais Ministros precursores desse viés jurisprudencial no Pretório Excelso. Todavia, Joaquim Barbosa tende ir de encontro ao novo entendimento. Assim, precavido, Pedro Lenza (2009, p. 188) expõe sua posição:

[...] muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

Ademais, merecem destaque os já mencionados julgados que se configuraram verdadeiros paradigmas a abstração do controle difuso no STF: o Habeas Corpus nº 82.959/SP e o Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Analisar-se-á com maior minúcia tais casos.

No Habeas Corpus nº 82.959/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou-se incidentalmente, no caso concreto, em decisão proferida no dia 23/02/2006, a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90 que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O Pretório Excelso assim se manifestou no caso em comento:

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária

envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

A questão foi novamente abordada na Reclamação nº 4.335/AC, a qual continua até então em julgamento. A aludida reclamação foi ajuizada contra as decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, em que se indeferiram os pedidos de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos.

A Defensoria Pública da União, reclamante no caso, tomou como paradigma o Habeas Corpus nº 82.959/SP e alegou a transcendência dos seus motivos determinantes, a qual se deveria atribuir eficácia *erga omnes*. Desta feita, o próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.1140) comentou seu voto no caso em comento em sua doutrina:

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado por Eros Grau. Divergiram dessa posição os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

O Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, por sua vez, sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, reduziu o número de vereadores do Município paulista de Mira Estrela. Neste julgado, entendeu-se que deveria ser aplicado ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o efeito vinculante emergente dos motivos determinantes do julgamento do precedente em comento. Desta feita, o TSE, mediante a resolução nº 21.702/2004, adotou o entendimento proferido pelo STF no RE nº197.917/SP em sede de controle difuso para todos os Municípios da federação.

Ademais, interessante ainda destacar o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavaski proferido no julgamento do Recurso Especial nº 828.106/SP:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ.

A eficácia transcendência da declaração difusa de inconstitucionalidade do Pretório Excelso, aproximando-a com os aspectos do controle concentrado de

constitucionalidade, já se configura uma realidade na jurisprudência não tão-somente do STF, como provado pela supracitada colação. Fredie Didier Jr. (2010-A, p. 347) colaciona importante aparato:

Assim, as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da constituição, podem ser divididas em quatro espécies, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) proferidas por uma turma, em controle difuso; b) proferidas pelo Pleno, em controle difuso, e ainda não consagradas em enunciado da súmula vinculante; c) posicionamentos já consagrados em súmula vinculante; d) decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

A abstração do controle difuso propicia julgamentos uniformes e conseqüentemente fortalece a força normativa da Constituição. Se o STF é institucionalmente o intérprete maior da Constituição, é imperioso concluir que seus entendimentos não de ser respeitados pelas demais instâncias, ainda que em sede de controle incidental de constitucionalidade. Não há sentido em submeter-se a uma resolução senatorial para conferir efeitos *erga omnes* ao que foi decidido no plenário do STF. José Joaquim Gomes Canotilho (2011, p. 681) enuncia o que espera de um Guardião da Constituição:

À jurisdição constitucional atribui-se também um papel *político-jurídico*, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de *conformação política* em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos de direcção política. As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter fôca política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência *determinante* junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política. O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do *princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint*), não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, *apreciando a constitucionalidade da política normatividade incorporada em actos dos órgãos de soberania*. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.

Argumenta-se que haveria uma concentração desarrazoada do controle de constitucionalidade. O que não se visualiza qualquer malefício. A principal função de uma Corte Constitucional é identificar a correta aplicação dos comandos constitucionais. Se tal função é exercida em âmbito de um processo subjetivo ou objetivo não é relevante. Seus entendimentos devem ser adotados pelas demais instâncias, o contrário enfraqueceria a própria força normativa da Magna Carta.

5 AS SÚMULAS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE ABSTRAÇÃO

A tendência jurisprudencial, objeto do presente estudo, consubstancia-se, materializa-se em diversos institutos, dentre os quais se situam as denominadas súmulas vinculantes. Dedicar-se-á um capítulo ao aludido instituto porquanto ser mecanismo de grande repercussão no cotidiano forense.

A Emenda Constitucional nº 45, que consubstanciou a denominada Reforma do Judiciário, originou-se do texto básico proposto, em 26 de março de 1992, à Câmara dos Deputados pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT/SP), mediante a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/92. Após oito anos, a PEC 96/92 é aprovada e remetida ao Senado Federal, onde recebeu o nº 29/00.

O legislador constituinte derivado, ao longo dos dez artigos que compõe a Emenda Constitucional nº45, introduziu diversas alterações à Constituição Federal de 1988, surtindo, por conseguinte, efeitos em vários aspectos do cotidiano forense brasileiro. Ater-se-á no presente estudo ao artigo 2º da Emenda Constitucional nº 45 que acrescentou o artigo 103-A a Carta Magna de 1988, introduzindo assim o instituto jurídico súmulas vinculantes, *in verbis*:

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: [...] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

5.2 Conceito

O instituto súmula de jurisprudência consiste em um instrumento de uniformização jurisprudencial composto por teses jurídicas baseadas em reiteradas decisões

no mesmo sentido. Retrata-se o entendimento majoritário dos juízes que compõem um tribunal. Lenio Luiz Streck (1998, p. 238) assim conceitua as súmulas:

Em qualquer das modalidades, a produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. A Súmula, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, criando desde zonas de intersecção até invasão de competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes.

Desta feita, infere-se que caso ocorra determinado fato em situação coincidente a conteúdo de súmula, a maioria dos juízes que compõem o tribunal ora editor da súmula julgará de forma semelhante ao entendimento sumulado. No entanto, por se tratar de súmulas de caráter tão somente persuasivo, não se reflete uma obrigatoriedade em face do caráter não vinculante dessas súmulas. Relevante registrar as palavras de André Ramos Tavares (2007, p. 370):

O texto da lei, da Constituição, ou qualquer outro texto jurídico, antes de sua aplicação, assume a forma de mero enunciado, a ser considerado, de maneira determinante, na atuação do aplicador do Direito, no momento em que este formula a norma jurídica concreta. Contudo, e embora seja um fator de influência decisivo, o enunciado deve ser *interpretado*. E todo ato interpretativo demanda prévia tomada de posição por parte do aplicador do Direito. Não se trata de um ato totalmente neutro. A súmula preenche exatamente este espaço, servindo como mais um indicador (sinalizador) do caminho a ser trilhado pelo magistrado, ao aplicar o Direito, em nome de sua unidade e da segurança jurídica.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, houve a possibilidade de atribuir a característica vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, torná-las imperativas, coercíveis e com efeitos *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas federais, estaduais e municipais, desde que se proceda com o previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417/06. Nota-se que não ocorre a vinculação do Poder Legislativo em suas funções típicas, isto é, ele poderá, por emenda constitucional, aprovar novo texto contra o sentido da súmula. Nesta linha de raciocínio, merecem destaque as palavras de Mauro Cappelletti (1999, p. 25):

Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete – que não podem, assim, anular de todo [...] a sua imprescindível necessidade de ser livre, e, portanto a sua criatividade e responsabilidade –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na “equidade” ou em análogos e vagos critérios de valoração.

Destarte, compulsando os dizeres do artigo 103-A da Magna Carta de 1988, verificam-se os requisitos para a aprovação de súmula vinculante, os quais são a anuência de dois terços dos membros do STF, o fulcro em reiteradas decisões sobre matéria constitucional e o objetivo de versar sobre normas, sobre as quais haja controvérsia atual ensejadora de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O referido artigo ainda prevê a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula pelos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Registre-se que a Lei 11.417/06 ampliou o rol constitucional de legitimados ao procedimento de sumular, incluindo o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. A aludida lei infraconstitucional ainda prevê que os Municípios também poderão requerer a revisão ou cancelamento de súmula vinculante desde que seja incidentalmente ao curso de processo em que seja parte. Ademais, leciona Décio Sebastião Daidone (2006, p. 93):

É sabido que as súmulas são elaboradas com base na conclusão de prolongada atividade técnica dos juízes, após longa discussão acerca de determinada matéria com as partes representadas por seus advogados e com seus pares nas Turmas revisoras dos Tribunais recursais, resultando em maturidade jurídica, o que, entretanto, não impede que passe por transformações que atendam as necessidades e anseios sociais, posto que a prestação jurisdicional, não deixa de ser um serviço público, embora não exclusivamente público, devido à sua importância para a manutenção do Estado de Direito. Evidentemente, os requisitos para revisão ou cancelamento, deverão ser determinados de forma criteriosa, de modo que sejam observadas as teses advindas de decisões contrárias, após reiterados julgamentos, permitindo assim a mobilidade jurisprudencial e também para que não haja comprometimento da almejada segurança.

Importante ressaltar que *a priori* o juiz não estará limitado a agir de acordo com o conteúdo de uma eventual súmula vinculante. Ele poderá entender, fundamentando dessa forma em sua sentença, que o caso concreto que esteja julgando não se enquadre com o conteúdo de súmula. Trata-se de um mecanismo processual de distinção entre o caso concreto e o precedente judicial, ora súmula vinculante. Cumpre esclarecer que a Emenda Constitucional nº 45 e Lei 11.417/06 não previram eventual responsabilidade disciplinar ao magistrado que contrariar entendimento de súmula vinculante. Assim, do ato administrativo ou decisão judicial que afrontar a súmula aplicável ou a aplicar indevidamente, caberá a Reclamação perante o STF, conforme o artigo 103-A § 3º. A referida Corte analisará a impugnação e caso julgue procedente, cassará a decisão judicial ou anulará o ato administrativo, se for o caso. A partir do acatamento da reclamação, o juiz estará obrigado a agir conforme entendimento de súmula vinculante.

Ademais, conclui-se, então, que a única hipótese plausível para que os magistrados não julguem em acordo com conteúdo de súmula vinculante se dará quando houver, por parte do julgador, a percepção de alguma peculiaridade no caso concreto que descaracterize a aplicação de súmula vinculante vigente. Salienta-se, no entanto, que a regra deverá ser a sua aplicação, pois deriva de reiteradas decisões do STF, aprovada pela maioria de seus membros, com eficácia vinculante e que, conforme a Constituição, deverá ser observada.

3.3 Natureza Jurídica

Relevante mencionar, primeiramente, que súmula significa o enunciado pacificado de um tribunal sobre determinada matéria. Tal pacificação decorre de reiterados julgamentos precedentes cujas decisões manifestaram-se em um mesmo sentido, conduzindo o tribunal a julgar sempre dessa forma. Desta feita, pode-se inferir que súmula constitui, em relação ao próprio tribunal que a enuncie, uma uniformização de interpretação de julgamento, caracterizando-se como uma fonte indireta ou facultativa de direito.

Com o advento da possibilidade de efeito vinculante, criado pela Emenda Constitucional nº 45 e regulamentado pela Lei 11.417/06, e caso seja dotada de tal efeito, a súmula ora vinculante, cuja característica ensejará força *erga omnes*, constitui, agora, uma fonte direta ou imediata de direito. Razão pela qual proporcionará sua localização acima da jurisprudência, mas em posição inferior a lei, em decorrência do fato de não ser oriunda dos órgãos constitucionalmente estabelecidos a legislar.

Em virtude do fato das súmulas vinculantes possuírem efeitos que devam ser obrigatoriamente acatados por todo território nacional, existem doutrinadores que entendem que estas constituem uma forma de transpor situações concretas para o abstrato-geral. Justifica-se isto, pois os detalhes, as particularidades e os interesses surgidos em um caso concreto e expostos pelas decisões anteriores, serão descartados com o intuito de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ser imposto perante todos. Nesse sentido, afirma Calmon de Passos (1997, p. 633):

Súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos, aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que

convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

Em decorrência dessa aproximação ao conteúdo material da lei, Mônica Sifuentes (2005, p.275) classifica as súmulas vinculantes como “ato normativo da função jurisdicional ou ato jurisdicional normativo”, pois trata de ato exclusivo e típico da função jurisdicional que prescreve uma norma jurídica destinada não mais à solução de um caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura. Daí constantemente se afirmar de forma errônea e equivocada que o Poder Judiciário estaria legislando, afrontando a separação do poderes. Ocorre que em virtude de omissão legal e na imprescindibilidade de proferir provimento jurisdicional que supra eventual litígio processual, as cortes superiores brasileiras consolidam entendimentos de modo a constituir elemento de orientação para as demais instâncias, enquanto inexistente lei infraconstitucional que trata sobre o assunto, objeto da lide. Polêmica maior decorre no caso específico das súmulas vinculantes, posto que o posicionamento do STF há de ser obrigatoriamente aderido.

Registre-se que não se deve confundir súmula vinculante com lei, norma jurídica. Enquanto aquela possui como elementos formadores as reiteradas e idênticas decisões sobre determinada matéria ante a lei objetiva, esta baseia-se nos fatores de relevância em determinado ponto histórico da sociedade tais como: a política, a cultura e a economia. No tocante à diferença entre norma e súmula, vale destacar as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 338):

Ainda em prol da eficácia da súmula, labora a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe a virtualidade de uma prévia interpretação (mesmo a *clareza* da lei pode ser investigada), já a interpretação da súmula resta facilitada, por isso que ela deriva de um longo processo de *decação* de muitos julgados prolatados sobre um mesmo tema, restando ao aplicador, em primeiro lugar, bem apreender a compreensão e extensão do enunciado, para, na seqüência, aferir se o caso concreto aí está ou não subsumido. É dizer: na formação da norma, suas fontes substanciais, ou seus *insumos*, são os fatos socialmente relevantes, de natureza econômica, política, cultural, enquanto que na formação da súmula, seus ingredientes são os iterativos e consonantes julgados, sobre uma dada matéria. Na aplicação aos casos concretos, porém, observa-se uma aproximação entre norma e súmula, nisso que operam por um processo lógico-dedutivo, que *desce* do geral (o enunciado, *normativo* ou *sumulado*) para o particular, resolvendo a espécie. Nos dois casos o resultado deve ser um só: o tratamento isonômico devido aos destinatários, a saber, respectivamente, o *jurisdicionado* e o *cidadão*. (grifo original)

Assim, o instituto jurídico súmula advém, justamente, da necessidade de se estabelecer parâmetros seguros, objetivando evitar injustiças oriundas de respostas desarrazoadas destinadas a casos substancialmente análogos. Por conseguinte, com o surgimento da possibilidade de conceder o efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal

Federal, exige-se deveras cautelas seja no que concerne a sua deliberação quanto a sua emissão, seja quanto a sua redação. A atribuição da eficácia vinculante não poderá jamais constituir um óbice ao exercer da atividade jurisdicional.

3.4 Efeito Vinculante

O efeito vinculante tem como definição abrangente ser um liame, criando um vínculo entre sujeitos, não restringindo a liberdade, porém, proporcionando estabilidade e segurança nas relações sociais. Está previsto no §2º do artigo 102 da Carta Magna, inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 3/1993, ante as decisões definitivas de mérito decorrentes das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. E, claro, no artigo 103-A do mesmo documento jurídico, com as súmulas vinculantes de aprovação do STF cujos efeitos incidiram sobre os órgãos do Poder Judiciário e sobre a administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O sentido etimológico do termo “vínculo” significa liame, laço, elo, união entre pessoas ou entes jurídicos; advém do latim *vinculu*. Vincular é operacionalizar o direito por força das decisões judiciais. O efeito vinculante pode ter um conceito mais apurado, no sentido de precedente judicial obrigatório, se aproximando com a doutrina do *stare decisis*, instituto típico da *common law*. Necessita-se, então, elucidar que basicamente são dois os grandes sistemas jurídicos adotados no mundo civilizado: o *civil law*, sistema vigente no Brasil, e o *common law*, aplicado nos países anglo-saxões, como Inglaterra e Estados Unidos. Abordando sobre os mencionados sistemas jurídicos, Mônica Sifuentes (2005, p. 53) afirma:

Vale relembrar os dois tipos de ordenamento jurídico que predominam no mundo ocidentalizado: o da tradição *romanística*, também chamado de *civil law*, englobando as nações latinas e germânicas, e o sistema da *tradição anglo-americana*, conhecido como *common law*. O primeiro se caracteriza pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes jurídicas. O segundo se revela pela jurisprudência que consagra, por sua vez, os usos e costumes.

O estudo do Direito anglo-americano reputa-se imprescindível para o entendimento do efeito vinculante. No dia-a-dia desse Direito, desenvolveu-se a técnica de analisar o que fora decidido no passado, visando sua adoção nas situações futuras. Ademais, afirma João Luís Fischer (2004, p.14):

O efeito vinculante surgiu naturalmente como resultado de um processo histórico em vários países – principalmente na Inglaterra -, a partir da tradição, segundo a qual as autoridades em geral, e, mais propriamente, os juízes prestigiavam, habitualmente, em suas decisões, o acúmulo da experiência fático-jurídica anterior. Adotavam, por

consequente, no mais das vezes, a mesma *ratio decidendi* observável na decisão anterior paradigmática. O acatamento pelo juiz hodierno de critérios legais anteriormente fixados, consubstanciados em decisões judiciais, reafirma o acerto das primeiras decisões, formando-se, com o tempo, um acervo de decisões de alto poder persuasivo e vinculante. Esse conjunto de proposições jurídicas vinculantes transforma-se em autêntico direito nascido do dia-a-dia dos conflitos judiciais, como microsituações sociais trazidas em um momento histórico. O efeito vinculante é o resultado da atuação contínua e demorada dos juízes e dos demais atuantes da cena jurídica, ou, mais precisamente, do cotidiano do foro.

Os aspectos operacionais nas cortes que adotavam sistema da *common law* ocorriam, em princípio, mediante uma decisão judicial que abrangia a resolução de um caso concreto entre duas ou mais pessoas, refletindo, assim, seus efeitos em número limitado de pessoas. No entanto, esta decisão poderia repercutir dentro do Tribunal, que adotaria sua fundamentação na interpretação geral da corte. Destarte, o juiz, que julgar situação superveniente semelhante, espelhar-se-á na aludida decisão anterior. Esta passou a constituir o denominado precedente jurisprudencial. Abordando sobre o paradigma jurisprudencial, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 307) comenta:

A eficácia prática que um paradigma jurisprudencial pode apresentar depende, em grande parte, do desenho jurídico-institucional que tenha sido pactuado na Lei Maior do país, ou seja, se aí se estabeleceu o primado do precedente judiciário (regime da *common law*, com a regra do *stare decisis*), ou, como se dá entre nós, onde o padrão de conduta é dado pelo direito *positivado*, ou seja, pela *lei* (regime da *civil law*, com a subsunção da norma a cada caso concreto). Em qualquer das duas hipóteses, parece-nos ser ainda de atualidade a fórmula *kelseniana* de que o *poder de exigir*, num certo ordenamento jurídico, pressupõe uma cláusula não-escrita, (*norma fundamental hipotética*), que sobrepaira e confere logicidade a todo o sistema, revelada na premissa *pact sun servanda*: o combinado deve ser cumprido, podendo esse combinado tanto recair no precedente judiciário como na norma legal, conforme o modelo jurídico-político que tenha sido pactuado. Igualmente, nos parece possível que no texto constitucional, originário ou derivado, se estabeleça o binômio *lei-súmula vinculativa*, assim se firmando as duas precípuas formas de expressão do Direito. (grifo original)

O precedente jurisprudencial não pode ser considerado uma norma abstrata, pois está intimamente ligado aos fatos descritos no caso concreto, motivo pelo qual a fundamentação da decisão deve ser conhecida. Quando se aplica o direito através da lei, ela se adapta ao caso concreto e, quando se aplica o direito através do precedente jurisprudencial, adota-se o efeito vinculante, ou seja, acata-se a decisão proferida em uma situação anterior em um atual caso de forma obrigatória.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal situa-se no centro do ordenamento jurídico pátrio. O entender de seus comandos configura atividade intelectual deveras peculiar e complexa de incumbência do Supremo Tribunal Federal, institucionalmente o maior intérprete da Magna Carta.

Sob influência organizacional da Suprema Corte estadunidense, o Pretório Excelso brasileiro pontifica a estrutura do Poder Judiciário, configurando uma mescla entre Corte Constitucional e Tribunal de Superposição. Encarregado de interpretar e aplicar, em última instância, a norma, seus provimentos jurisdicionais são definitivos, não cabendo interposição recursal, consubstanciando, por conseguinte, instância derradeira da jurisdição constitucional.

Desta feita, qualquer jurisdicionado, figurando como parte em um processo, pode solicitar a apreciação da constitucionalidade de determinado normativo e ver sua lide alcançar o STF. A questão constitucional é essencial ao deslinde da querela judicial, caracterizando-se como prejudicial ao mérito da causa. Trata-se, basicamente, do controle difuso de constitucionalidade promovido pelo Pretório Excelso.

Para cumprir sua missão precípua de Guardiã da Constituição, é consabido que o STF possui a competência denominado controle de constitucionalidade por via concentrada e por via difusa. Nesta, a doutrina e a jurisprudência inauguram uma tendência interpretativa que propugna uma redefinição do papel do Senado Federal na sistemática de fiscalização concreta de constitucionalidade culminando com uma aproximação dos efeitos da declaração abstrata a concreta de insconstitucionalidade. Trata-se da transcendência dos motivos determinantes da sentença de declaração incidental de inconstitucionalidade emitida pelo plenário do STF.

Diante de um processo subjetivo posto a análise suprema, a prejudicial de constitucionalidade reflete o principal motivo determinante ao deslinde da lide principal. Ocorre que tal prejudicial será apreciada em abstrato, não havendo qualquer empecilho o entendimento emergido da aludida apreciação surtir efeitos em outras relações processuais nas demais instâncias. Afinal o STF é o guardião da Constituição, é seu intérprete maior.

Existem argumentos repudiando eventual concentração de poder no Pretório Excelso. Ocorre que o alegado poder está inserido em suas atribuições essenciais. O ideal seria que o STF somente se dedicasse a julgar processos objetivos que refletissem grande teor de pacificação social. Atuando como verdadeira Corte Constitucional, observando, por óbvio, os limites e desejos da Magna Carta.

Uma declaração de inconstitucionalidade genérica detém a fatal possibilidade de atingir um contingente imenso de jurisdicionados. Tamanho poder requer maturidade, responsabilidade e precaução o que somente pode se atingido com o tempo e dedicação no proferir de uma posição. Registre-se, na qualidade de ostentador de função pública essencial, a prestação da jurisdição constitucional deve ser exercida em proveito e benefício do interesse público.

Desta feita, alguém tem que decidir. Alguém tem que tomar rédeas do entendimento constitucional. A oscilação da jurisprudência é deveras deletéria. Por outro lado, os operadores do Direito que comporão o Pretório Excelso e concretizarão o pensar da Constituição Federal devem ser bem selecionados. Não se pode olvidar o notável saber jurídico em prol de eventual opção política para o cargo. Não se pode cogitar um candidato ao cargo sem uma vida acadêmica erudita e um transitar profissional marcante. É exatamente nisto que se deve haver a concentração de preocupações.

Pois bem. A possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade emitida pelo plenário do STF irradiar efeitos *erga omnes* sem a intervenção de resolução senatorial atende os ditames da Constituição. É desarrazoado que o Guardião da Magna Carta necessidade da ingerência do Senado Federal para atingir todo a população brasileira, ficando a mercê de eventuais titubeios jurisprudências.

A abstração do controle difuso promovido pelo STF alicerçado na teoria da transcendência dos motivos determinantes é louvável, garante otimização e racionalidade na prestação da jurisdição constitucional, expurgando formalismo desnecessários e oscilação na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 1973.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: texto consolidado até a Emenda Regimental 46**. Brasília, DF, STF, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 26/06/1995. DJ 04/08/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/2006. DJ 01/09/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.363/PA**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento: 23/10/2003. DJ 01/04/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335/AC**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Até então em julgamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 298.694/SP**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 06/08/2003. DJ 23/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917/SP**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 06/06/2002. DJ 07/05/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 828.106/SP**. Relator: Teori Albino Zavaski. Julgamento: 02/05/2006. DJ 15/05/2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFIS, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES; Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAIDONE, Décio Sebastião. **A Súmula Vinculante e Impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006.

DIAS, João Luís Fischer. **O Efeito Vinculante**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

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

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Vol 3. Salvador: JusPodivm, 2010-A.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES; Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: JusPodivm, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PASSOS, J.J. Calmon. Súmula vinculante. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 6, set./dez. 1997.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

ANEXOS



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.756, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998.

Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

"Art. 481.

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."

[...]

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de dezembro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Renan Calheiros

Este texto não substitui o publicado no DOU de 18.12.1998 e retificado no DOU de 5.1.1999



Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.418, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.

Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o [§ 3º do art. 102 da Constituição Federal](#).

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“[Art. 543-A](#). O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

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

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

“[Art. 543-B](#). Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.12.2006