

FÁBIO VITÓRIO MATTIELLO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA
OS EFEITOS VINCULANTES DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E SEU PAPEL NA CONSOLIDAÇÃO DA
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai – URI Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado

ORIENTADOR: Prof. Dr. ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTO ÂNGELO

2014

FÁBIO VITÓRIO MATTIELLO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA
OS EFEITOS VINCULANTES DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E SEU PAPEL NA CONSOLIDAÇÃO DA
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo.

Comissão Julgadora:

Prof. ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS, Doutor em Direito

Orientador

Prof. _____, Doutor em Direito

Examinador

Prof. _____, Doutor em Direito

Examinador

Santo Ângelo/RS, 2014

*À Giovana, ao Vitório e ao Daniel,
Pela alegria contagiante que diariamente transmitem;
Pela esperança de que um mundo melhor é possível;
Pela certeza de que o amor incondicional existe.*

*À Fernanda,
Pelo amor e companheirismo desses anos todos.
E pelos filhos maravilhosos que temos.*

“Não chegarei ao extremo de vos aconselhar a repulsa ao direito legislado, mas tenho a consciência tranqüila de recomendar que não abuseis dele como nós estamos fazendo. E, sobretudo, cuidai muito da dignidade, do prestígio, da liberdade do juiz, de não atar-lhes, demasiado curto, as mãos. É o juiz, não o legislador, que tem diante de si o homem vivo, enquanto o homem legislador é, desgraçadamente, uma marionete ou títere. É só o contato com o homem vivo e autêntico, com suas forças e debilidades, com suas alegrias e seus sofrimentos, com seu bem e com seu mal, pode inspirar esta visão suprema que é a intuição da Justiça”.

Francesco Carnelutti

AGRADECIMENTOS

Ao Professor André Leonardo Copetti Santos, orientador desse trabalho, pela oportunidade de sempre aprender algo novo e inteligente a cada encontro. E em seu nome agradeço a todos os professores do Mestrado da URI.

Ao amigo Osmar Veronese, pelo incentivo para a docência e para a realização do Mestrado. À URI, pela oportunidade de ser aluno dos cursos de Pós Graduação (Especialização e Mestrado) e Professor de Direito Constitucional.

Aos meus (ex)alunos de Direito Constitucional da URI pela atenção, pelo carinho e pela aprendizagem nesses anos todos.

Ao amigo Jacson Cervi, pela oportunidade da docência. À Turma de Mestrado URI 2012, pelo companheirismo, amizade e, sobretudo, pelos debates enriquecedores. Aos servidores da 2ª Vara Federal de Santo Ângelo, pela amizade, pela lealdade e pelo companheirismo em todos esses anos de jurisdição.

RESUMO

Aborda o controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro a fim de verificar se as decisões nele proferidas comportam a atribuição de efeitos vinculantes. Analisa, historicamente, o nascimento da jurisdição constitucional e examina seus efeitos vinculantes nas principais Cortes Constitucionais Ocidentais (Suprema Corte dos Estados Unidos da América e Tribunal Constitucional Federal Alemão). Investiga a diferença entre Cortes de Justiça e Cortes Supremas, aplicando esses conceitos à jurisdição brasileira e aponta as deficiências do modelo de controle difuso de constitucionalidade no que diz com a deficiência dos mecanismos de vinculação das decisões. Estuda o papel que a jurisdição constitucional exerce no fechamento do sistema jurídico à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, com apoio em Günther Teubner. Ainda, detalha as tentativas de outorga de efeitos vinculantes às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade e aborda duas novidades nesse cenário: a repercussão geral no recurso extraordinário e a Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes da Decisão, com os instrumentos de abertura cognitiva que o sistema oferece a esses dois novos mecanismos, via audiências públicas, perícias, *amicus curiae*. Estuda o papel desses instrumentos para que o Supremo Tribunal Federal exerça seu papel de observador de segunda ordem, com a autoridade de fazer o fechamento operacional do Sistema do Direito. Por último, situa o controle difuso de constitucionalidade como instrumento da abertura democrática do sistema de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro.

Palavras-chave:

Controle difuso de constitucionalidade – Efeitos Vinculantes – Teoria dos Sistemas - Repercussão geral – Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes – Jurisdição Constitucional e Democracia

ABSTRACT

The present work discusses the judicial review of the laws in the Brazilian law in order to ascertain whether the decisions it behaves are given the assignment of the binding effects. It historically analyzes the birth of the constitutional jurisdiction and examines its binding effects in major Western Constitutional Courts (Supreme Court of the United States of America and the German Federal Constitutional Court). It also investigates the difference between the Courts of Justice and Supreme Courts, applying these concepts to the Brazilian jurisdiction and points out the shortcomings of the judicial review type in accordance with the disabilities of the mechanisms that are linking the decisions. Besides, it studies the constitutional jurisdiction role which is exercised in closing the legal system to the Theory of Social Systems by Niklas Luhmann, and also supported by Günther Teubner. It also details the attempts to grant binding effects of the decisions handed down by the Supreme Court on the constitutionality of the diffuse control and it discusses two innovations in this setting: the overall impact of the extraordinary appeal and Transcendent Effectiveness of the Decision's Holding, with the instruments of the cognitive openness that the system offers to these two new mechanisms, via public hearings, investigations, *amicus curiae*. Study the role of these instruments for the Supreme Court to exercise its role as an observer of the second order, with the authority to make operational closure of the Right System. Lastly, it located the diffuse constitutional control as an instrument of the democratic opening of the judicial review in the Brazilian system.

Keywords:

Judicial Review - binding effects - Systems Theory - General Repercussion - Transcendent Effectiveness of the Decision's Holding - Jurisdiction and Constitutional Democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - CORTES CONSTITUCIONAIS: O NASCIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	14
1.10 CONSTITUCIONALISMO.....	14
1.2 O LEGADO AMERICANO.....	17
1.3 OS EFEITOS VINCULANTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS PRINCIPAIS CORTES CONSTITUCIONAIS OCIDENTAIS.....	23
1.3.1 A Corte Suprema nos Estados Unidos da América.....	23
1.3.1.1 A família do <i>Common Law</i> e a criação jurisprudencial do Direito.....	24
1.3.1.2 O sistema de precedentes. A formação do precedente: o princípio do <i>stare decisis</i> . A aplicação do precedente.....	26
1.3.1.3 Superação de precedentes. Técnicas e Princípios que orientam o intérprete.....	30
1.3.1.4 O papel da Suprema Corte na formação dos precedentes.....	34
1.3.2 O Tribunal Constitucional Federal na Alemanha.....	39
1.3.2.1 O controle abstrato de normas no <i>Bundesverfassungsgericht</i>	40
1.3.2.2 O controle concreto de normas na Alemanha e o papel do <i>Bundesverfassungsgericht</i>	42
1.3.2.3 O recurso constitucional direto à Corte (<i>Verfassungsbeschwerde</i>).....	46
1.3.3 A Corte Constitucional da Espanha e a Corte Suprema da Nação Argentina.....	48
1.3.3.1 Na Espanha.....	48
1.3.3.1 Na Argentina.....	49
CAPÍTULO 2 – AS CORTES DE JUSTIÇA E AS CORTES SUPREMAS.....	52
2.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O INÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	52
2.1.1 controle de constitucionalidade nas Constituições Republicanas Brasileiras.....	55
2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	57
2.2.1 O controle difuso de constitucionalidade.....	60
2.2.2 O controle concentrado de constitucionalidade.....	62
2.3 A LEI, AS CORTES DE JUSTIÇA E AS CORTES SUPREMAS.....	65

2.3.1 O papel da lei e do juiz na Europa liberal.....	66
2.3.2 O papel do Juiz e das Cortes de Justiça.....	70
2.3.3 O papel das Cortes Supremas.....	73

CAPÍTULO 3 - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DA CONSTITUIÇÃO PARA O ACOPLAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO AO SISTEMA POLÍTICO. A TEORIA DOS SISTEMAS E OS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS.....79

3.1 ASPECTOS DA TEORIA DOS SISTEMAS NA VISÃO DE LUHMANN	79
3.1.1 Autopoiesis e Autonomia do Sistema Jurídico.....	85
3.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUA AUTONOMIA EM TEUBNER.....	88
3.3 IRRITAÇÕES, ABERTURAS COGNITIVAS E FECHAMENTO OPERACIONAL.....	93
3.4 O OBSERVADOR.....	99

CAPÍTULO 4 - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO OBSERVADOR DE SEGUNDA ORDEM, RESPONSÁVEL PELO FECHAMENTO OPERACIONAL DO SISTEMA DO DIREITO.....103

4.1 OS EFEITOS VINCULANTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	103
4.1.1 A suspensão da eficácia pelo Senado (art. 52, inciso X, da CF).....	104
4.1.2 A Súmula Vinculante.....	110
4.1.3 A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (EC nº 45/04).....	112
4.1.3.1 Antecedentes Históricos.....	112
4.1.3.2 A repercussão geral e a objetivação do Recurso Extraordinário.....	114
4.2 OS INSTRUMENTOS DE ABERTURA COGNITIVA E O FECHAMENTO OPERACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	119
4.2.1 Aberturas cognitivas do sistema constitucional no Supremo Tribunal Federal.....	119
4.2.2 O Supremo Tribunal Federal como observador de segunda ordem (fechamento operacional do sistema jurídico).....	124
4.3 A VINCULAÇÃO PELA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO (“RATIO DECIDENDI” OU “HOLDING”).....	127
4.3.1 Antecedentes históricos.....	128
4.3.2 Efeito Vinculante e Eficácia Contra Todos (“erga omnes”).....	130
4.3.3 A aproximação entre os sistemas difuso e abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil.....	132
4.3.4 A dispersão de votos e a congruência entre as súmulas e os julgados em que se fundam.....	141
4.4 O CONTROLE DIFUSO COMO INSTRUMENTO DA ABERTURA DEMOCRÁTICA DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (OS EFEITOS VINCULANTES DO CONTROLE DIFUSO).....	143

CONCLUSÕES.....150

REFERÊNCIAS.....164

OBRAS CONSULTADAS.....169

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, à luz da Teoria dos Sistemas, a fim de saber se as decisões nele proferidas comportam a atribuição de efeitos vinculantes.

A investigação inicia nas raízes do sistema da *common law*, no qual se originou o controle de constitucionalidade das leis. A intenção é procurar, dentro desse sistema que tem a cultura da observância dos precedentes, os conceitos e fundamentos capazes de colaborar para a exata compreensão desse fenômeno, para o entendimento desses conceitos e a para sua possível aplicação no Brasil. A parte histórica abrange, ainda, o caso que deu origem ao sistema difuso de constitucionalidade (caso *Marbury versus Madison*) decidido nos EUA em 1803, bem como o primeiro caso de fiscalização de constitucionalidade de repercussão, no Brasil, julgado em 1895.

O sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público faz parte de uma tentativa do mundo ocidental (onde se situa a cultura jurídica do Brasil) de impor limite ao exercício do poder. O famoso caso, decidido por *Marshall*, foi o precursor do que hoje se entende por controle de constitucionalidade das leis. O sistema americano de controle de constitucionalidade é, essencialmente, o difuso. No entanto, declarada a inconstitucionalidade da lei pela Suprema Corte, ela vincula a todos os órgãos judiciários. É o conhecido princípio do *stare decisis*.

Na Alemanha, desde a criação do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão) pela Lei Fundamental de Bonn (1949) o controle que existe é o concentrado de constitucionalidade, baseado no modelo de Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920. Esse modelo é seguido em outros países europeus, e tem

como característica o fato de que os juízes de primeiro grau não podem exercer o controle da constitucionalidade das leis.

No Brasil convivem dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. No controle concentrado são amplamente aceitos a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, no controle difuso, a recusa a efeitos vinculantes é bastante expressiva, não obstante a existência da fórmula histórica da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado da República e da recente adoção da chamada súmula vinculante. Além dessas duas fórmulas expressas no Texto Constitucional, será examinada uma nova possibilidade que a jurisprudência do Supremo Tribunal tem aventado: a equiparação dos efeitos vinculantes das decisões do controle abstrato ao controle difuso, tema bastante atual, que envolve a vinculação das Cortes inferiores à chamada *eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão*. Ainda, uma importante inovação, chamada repercussão geral, que dota o Supremo Tribunal com instrumentos efetivos para se transformar em verdadeira Corte Constitucional.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público está diretamente vinculado ao princípio da supremacia da Constituição. O pressuposto necessário da interpretação constitucional é o da supremacia da Constituição sobre todos os demais atos normativos.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. O primeiro deles é dedicado aos fatos históricos. Assim, examina-se, primeiramente, o movimento de inspiração liberal conhecido como constitucionalismo; depois, o contexto que desencadeou o início do controle de constitucionalidade (o legado americano); finalmente, estudam-se aspectos de interesse para essa dissertação das duas principais Cortes Constitucionais do mundo ocidental: a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Ainda, alguns aspectos da Corte Constitucional do Reino da Espanha e da Corte Suprema da Nação Argentina. Especialmente no que diz com as Cortes Americana e Alemã avança-se na compreensão dos sistemas, a fim de entender a cultura da observância dos precedentes. No sistema americano, especialmente, estuda-se a da formação dos precedentes, o princípio do *stare decisis*, e as possibilidades que o sistema oferece para a superação dos precedentes.

No capítulo segundo, estudam-se fatos relevantes que marcam o início do controle de constitucionalidade no Brasil e, sinteticamente, os tipos de controle de constitucionalidade existentes e em funcionamento no País. O capítulo investiga como o controle de constitucionalidade foi tratado em cada uma das Constituições Republicanas, até o advento da atual Carta Magna, onde se explica, resumidamente, o funcionamento dos controles de constitucionalidade que convivem no Brasil: o difuso e o abstrato. Depois, parte-se para o exame da função da lei, das chamadas Cortes de Apelação e das Cortes Supremas no sistema judicial.

O capítulo terceiro está relacionado com a Teoria dos Sistemas, na visão particular de Niklas Luhmann e sua aplicação no Direito, na visão de Günther Teubner. Analisa-se a Teoria dos Sistemas Sociais, a autonomia do sistema jurídico, sua consideração como sistema autopoietico e os principais conceitos operacionais utilizados por esses dois autores, de interesse para o presente trabalho, quais sejam, as irritações sistêmicas, a abertura cognitiva e o fechamento operacional no sistema jurídico (o papel do observador).

Finalmente, o quarto capítulo da monografia é dedicado ao enfrentamento do tema: o Supremo Tribunal como observador de segunda ordem, responsável pelo fechamento operacional do sistema do direito e as ferramentas colocadas, pelo sistema legal à disposição da Corte para a realização desse seu irrenunciável papel. O foco desse capítulo consiste, portanto, à luz da Teoria dos Sistemas Sociais autopoieticos, demonstrar que as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade devem ter efeitos vinculantes, a exemplo do que ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade. Examina-se, assim, a evolução histórica do controle difuso de constitucionalidade, bem como todas as tentativas de ampliar o alcance da decisão do Supremo para além do caso concreto, tendo em vista a falta dos efeitos naturalmente vinculantes que existem no sistema americano. Inicialmente, estuda-se o papel do Senado Federal no controle, sua importância histórica e atual. Depois, examina-se a chamada súmula vinculante, cuja autorização para edição de verbetes está expressa na Constituição Federal. Parte-se, então, para a análise da repercussão geral no recurso extraordinário, novidade objeto da Emenda Constitucional nº 45/04, regulamentada em 2006 e que representa um ganho significativo na chamada objetivação do recurso e no poder discricionário que o Supremo passa a ter no exame dos extraordinários, a exemplo

das grandes Cortes Constitucionais do ocidente. Finalmente, retorna-se a Luhmann e Teubner, demonstrando as possibilidades de aberturas cognitivas atualmente à disposição do Supremo, e a importância que elas representam. Também se examina, em face da Teoria dos Sistemas, o papel de grande observador que cabe ao Supremo Tribunal, na atividade de fazer o fechamento operacional do sistema jurídico e, a partir dessas conclusões, a necessidade de conceder efeitos vinculantes a suas decisões. Nesse último aspecto, estuda-se a possibilidade que tem ocupado a jurisprudência da Corte Suprema: a chamada *eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão*. Nesse particular, o estudo contempla os antecedentes históricos, o conceito de efeito vinculante, a aproximação entre os dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade e o problema da dispersão de votos nos acórdãos, que dificulta a identificação do *holding* (ou *ratio decidendi*) do julgado. Finaliza-se o capítulo ressaltando-se a importância que a jurisdição constitucional tem para a democracia e identificando justamente o controle difuso de constitucionalidade, com as modificações já existentes e outras que se sugere, como responsável pela abertura democrática do controle de constitucionalidade e da garantia da supremacia da Constituição pela revisão do papel que o seu guardião, o Supremo Tribunal Federal, passa a exercer nesse contexto.

A metodologia utilizada nessa dissertação, quanto a sua abordagem, é comparativa e, quanto ao seu procedimento, bibliográfico e documental.

CAPÍTULO 1 - CORTES CONSTITUCIONAIS: O NASCIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional surgiu no bojo do movimento de inspiração liberal do século XVIII, que se denominou constitucionalismo. Embora o movimento constitucionalista tenha eclodido no final dos Setecentos, as concepções que permitiram seu surgimento fazem parte de uma longa tradição da história da civilização ocidental que, já desde a Antiguidade, objetivou impor controles ao exercício do poder, ou, dito de maneira diversa, colocar a autoridade sob o império da legalidade. A expressão mais acentuada dessa longa tradição, no que diz com o exercício da jurisdição, aconteceu nos Estados Unidos, no início do século XIX, onde o princípio da supremacia da Constituição deixou de ser um ideal para materializar o conteúdo do princípio da separação dos poderes, no que diz com a imposição de limites ao exercício do poder. O Brasil não conheceu controle de Constitucionalidade até 1894, quando se introduziu via legislativa a possibilidade dos juízes recusarem a aplicação a leis e regulamentos manifestamente incompatíveis com a Constituição.

1.1 O CONSTITUCIONALISMO

O Estado constitucional de direito, que se desenvolveu a partir da Segunda Guerra Mundial, baseia-se na subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. Assim, a validade da lei depende não apenas da adequação formal de sua elaboração, mas da compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais. Essa é a diferença fundamental do Estado Constitucional de Direito para o Estado Pré-Moderno e o Estado Legislativo de Direito. O Estado Pré-Moderno fundamentava-se na pluralidade de fontes normativas, na tradição romanística de produção jurídica (doutrina e jurisprudência desempenhavam papel de criação do direito) e na natureza jusnaturalista de sua fundamentação. O Estado Legislativo de Direito fundamenta-se pelo monopólio estatal da produção jurídica e no princípio da legalidade.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Direito Federal. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil nº 82, p. 109 a 157.

O grande legado político-jurídico do século XVIII foi o pensamento de inspiração liberal que se denominou constitucionalismo, e que propunha a institucionalização dos direitos fundamentais e a separação dos poderes.

A ideia de Constituição (ou de Estado de Direito Constitucional) ganhou força com os propósitos iluministas, fonte do liberalismo econômico e político que triunfou com as revoluções dos séculos XVIII (Revolução Americana, de 1787; Revolução Francesa, de 1789) e XIX, apregoando a livre-concorrência, a não-intervenção do Estado na economia (aqui vale lembrar as máximas “*laissez-faire, laissez-passer*”).²

O Direito Constitucional como é conhecido hoje é legatário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No conhecido artigo 16 dessa declaração de direitos³ foi criado o modelo do Estado Constitucional de Direito. Esse Estado deveria, necessariamente, ter um corpo de normas escritas que disciplinasse a organização fundamental do Estado, separasse os poderes e estabelecesse o catálogo dos direitos fundamentais.⁴ Mais precisamente, segundo Ferreira Filho⁵ “para o liberalismo, a Constituição é um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e visando a garantir os direitos do homem”.

A idéia dos revolucionários franceses da existência de texto escrito com um número finito de artigos que dispusesse sobre esses temas decorre das idéias contratualistas de Edward Coke.⁶ É que, na experiência cultural francesa, acreditava-se que, “sendo a lei escrita, mais patente se tornarão as suas violações e, assim, se dissuadirão os governantes

² Tradução livre: “deixai fazer, deixai passar”.

³ “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’ est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’ a point de constitution*”. Tradução livre: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

⁴ A declaração de direitos não necessitava, necessariamente, vir descrita no corpo da Constituição. Tanto isso é verdade que as chamadas declarações de direitos antecedem os textos constitucionais. Veja-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão data de 1789 e a primeira Constituição Francesa é de 1791; também a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) antecede a Constituição Americana (1787). Apenas mais tarde, por economia de tempo e trabalho, é que se passou a estabelecer num mesmo documento, a declaração de direitos (o pacto social) e a Constituição (o pacto político). Para uma visão mais abrangente, veja-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 5 e 6).

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 07.

⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 14.

de as cometer”.⁷ Além disso, como se pode supor, o texto escrito tem as vantagens da clareza e da precisão. É certo que a idéia de constituição estava vinculada à de limitação do poder, sendo uma tentativa de organizar um governo não-arbitrário, com normas de caráter geral, cuja alteração não dependesse, exclusivamente, da vontade do soberano. Com o surgimento das constituições escritas há necessidade de racionalizar as teorias sobre o poder.⁸ Surge, então, a teorização do poder constituinte, estabelecendo quem faz a Constituição, de onde vem esse poder, como o poder será exercido, como pode ser alterada a constituição, quais os seus limites para sua revisão.

A separação dos poderes do texto da Declaração de Direitos adotou o modelo preconizado por Montesquieu, que foi o grande doutrinador político da época. Propôs ele um modelo institucional que viabilizasse o exercício da liberdade em tudo semelhante ao que se encontrava na Inglaterra. Seu modelo colheu os elementos materiais da experiência histórica inglesa, com a qual tinha familiaridade.⁹

Finalmente, os direitos fundamentais. Na linguagem atual, direitos de primeira geração, também conhecidos como liberdades públicas. O Estado liberal impunha um basta à atuação abusiva do Estado. Defendia, acima de tudo, que o Estado se abstinhasse de iniciativas. Para o pensamento filosófico que valorizava a individualidade, natural que se exigisse a não-intervenção do Estado na esfera de interesses do indivíduo. A limitação do poder, então, seja pela separação dos poderes, seja pela declaração de direitos, ou, ainda, pela garantia da imutabilidade do texto legal (ou constitucional) foram os elementos fundamentais do nascente constitucionalismo.

É necessário ressaltar, todavia, que a idéia da existência de normas jurídicas de diferentes hierarquias, tão cara para o surgimento da constituição escrita, antecede o constitucionalismo, já que antes mesmo das constituições escritas há indícios dessa diferenciação entre normas jurídicas.¹⁰ Já na Antiguidade Clássica se diferenciava lei

⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 101.

⁸ A ideia de um poder que estabelece a organização fundamental de um Estado, diverso daqueles poderes estabelecidos pela Constituição encontram raízes remotas já na Antiguidade, mas foi no século XVIII que a teorização dessas concepções veio a lume, associadas ao advento das constituições escritas. Sobre a origem e antecedentes da doutrina do poder constituinte, confira-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 3-10.

⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, pág. 55.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2 ed., Porto Alegre: Fabris, 1992, pág. 49 e s.

(normas feitas pelo legislador humano) e Direito (normas universais e imutáveis descobertas pela Razão). Também na Idade Média, Santo Tomas de Aquino, na Suma Teológica, expunha a doutrina das quatro leis que regiam o homem, quais sejam: a lei eterna (que governa o universo e, como consequência, também o homem, que é parte do universo); a lei divina (que governa o homem como ser espiritual); a lei natural (decorre da natureza humana e é descoberta pela Razão); e a lei humana (que governava o homem enquanto membro de uma sociedade política).¹¹ A novidade, contudo, repousa no fato de que foi no impulso da Revolução Liberal do final do século XVIII e, mais precisamente, a partir da Constituição americana de 1787, que o grau de superioridade alcançado pela Lei Fundamental e a busca de instrumentos para garanti-la, assumiu a amplitude da universalidade.¹²

1.2 O LEGADO AMERICANO

O controle judicial de constitucionalidade das leis não constou expressamente do texto da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Sobre a matéria, o Texto dispunha tão-somente o seguinte:

Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do País; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis.¹³

Esse texto constitucional ganhou significado a partir da interpretação que a ele deu o Juiz Marshal da Suprema Corte Americana, no famoso caso *Marbury versus Madison* (1803), e por toda a jurisprudência que o seguiu.

A noção, contudo, de uma fiscalização de constitucionalidade já havia sido declinada por Alexander Hamilton em um dos famosos artigos conhecidos como *Federalist*

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009, pág. 9.

¹² Idem, p. 11.

¹³ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2 ed. Saraiva, São Paulo:1998, pág. 154.

Paper's.¹⁴ No texto de número 78 encontra-se fartamente explicitado o pensamento que justifica a autoridade do Poder Judiciário para anular uma lei em face da Constituição:¹⁵

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a essa outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as Constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem as delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em conseqüência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Todavia, essa conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.

É preciso ter presente, contudo, a advertência de Cappelletti, no sentido de que a famosa decisão de Marshal de 1803 (e, com segurança, pode-se, dizer o mesmo dessa síntese de Hamilton) não foi obra de improvisação. Pelo contrário, a idéia desenvolvida por

¹⁴ Os numerosos artigos foram escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay e publicados na imprensa de Nova Iorque entre Outubro de 1787 a Maio de 1788, na ocasião em que se propunha a ratificação da Constituição Americana. Os Federalistas faziam a defesa da ratificação da Constituição (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2 ed., Campinas: Russel, 2005, pág.19).

¹⁵ Idem, págs. 471-2.

Hamilton em “O Federalista” e utilizada por Marshall na famosa decisão da Suprema Corte vinha se desenvolvendo há séculos na cultura ocidental, sobretudo no sistema político inglês. Em vez de improviso, cuida-se, na verdade, de “um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”.^{16 17}

Tudo o quanto foi dito, talvez, já seria suficiente para situar, dentro do sistema americano, o princípio da supremacia da constituição. Todavia, falta vincular a decisão ao fato histórico que a motivou. A independência americana data de 1776; a Convenção Constituinte da Filadélfia, de 1787; em 1789 foi eleito o primeiro Presidente dos Estados Unidos, George Washington.

O controle de constitucionalidade torna-se realidade, nos Estados Unidos, graças à extrema habilidade do *Chief Justice* John Marshall para resolver um grave problema político que opunha republicanos e federalistas, partidos que monopolizavam a política, na época da Independência Americana.¹⁸ Cada um deles tinha em seus quadros lideranças fundadoras da nação americana. O Partido Federalista, com Alexandre Hamilton, John Adams; o Republicano, com Thomas Jefferson, James Madison. A eleição para a sucessão presidencial de Adams (federalista) foi ganha por Jefferson (republicano). No Congresso, igualmente, o Partido Republicano elegeu a maioria das cadeiras. As diferenças entre os partidos não eram poucas: Federalistas defendiam maior aproximação com a Inglaterra e alargamento dos poderes da União; Republicanos, defendiam o extremo oposto: maior

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1999, pág. 63. O autor sustenta que vários séculos da história e cultura inglesa, que afirmavam a autoridade do Parlamento (e da lei positiva), estão na base do pensamento dos Pais da Constituição Americana.

¹⁷ As concepções que são pressupostas na decisão de Marshall fazem parte de uma longa tradição da história ocidental, que poderiam ser sintetizadas em seis idéias principais: a) governo de leis: colocar a autoridade sob o império da legalidade; b) existência de direitos suprapositivos: a diferenciação entre lei e Direito; c) a origem popular do poder: desde as concepções de São Paulo (*Omnis potestas a Deo*), para combater o anarquismo dos primeiros cristãos, até as concepções contratualistas de que sociedade e autoridade são fruto da vontade humana, a vontade do povo; d) a separação dos poderes: a divisão do poder entre várias autoridades além de naturalmente limita o poder das autoridades, impede os malefícios que a concentração do poder numa única autoridade causa; e) as assembleias representativas: instituto medieval que culminou com a criação do Paramentos; f) a noção de supremacia da Constituição. Uma síntese dessa idéias pode ser encontrada na obra: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009, págs. 3-20. Para uma visão mais completa e detalhada: MCILWAIN, Charles. **Costituzionalismo antico e moderno**. trad. Italiana, Bologna: Il Mulino, sem data.

¹⁸ A exposição que segue está baseada em duas obras: **a)** SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, págs. 13 a 43; **b)** JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro. In: O Supremo Tribunal Federal na História Republicana, 2001, Rio de Janeiro. **Anais**. Brasília: Dupligráfica Editora Ltda., 2002, págs. 26-31.

aproximação com a França (que havia ajudado os americanos na Guerra da Independência) e maior liberdade política e administrativa aos Estados Federados (ou seja, encolhimento dos poderes da União). A partir da posse de Jefferson, portanto, com o Executivo e o Legislativo sob o comando de Republicanos, havia o risco concreto do predomínio das ideias republicanas.

Adams (Federalista) apresentou uma solução original: manter viva a ideologia federalista via Poder Judiciário. Reformulou o Poder Judiciário (*Judiciary Act of 1801*) e nomeou expressivo número de juízes federais e juízes de paz identificados politicamente com o Partido Federalista. Nomeou e deu posse a John Marshall (então Secretário de Estado de Adams) para o cargo de Ministro Presidente da Suprema Corte (mas o manteve como Secretário de Estado até o dia anterior à posse de Jefferson, novo Presidente da República).

Ocorre que, em face do trâmite burocrático para a posse (aprovação do Senado, decreto de nomeação, etc.), Marshall (Secretário de Estado de Adams) não conseguiu empossar um grupo de personalidades nomeadas como juízes de paz do distrito de Colúmbia antes da assunção de Jefferson à Presidência. Um desses nomeados foi *William Marbury*. Jefferson assume e determina ao novo Secretário de Estado (James Madison) que suspenda a posse daqueles juízes de paz nomeados que ainda não haviam tomado posse. William Marbury, em litisconsórcio com outros autores, então, ingressa com um *writ of mandamus* (assemelhado ao mandado de segurança brasileiro) contra o Secretário de Estado James Madison perante a Suprema Corte requerendo, como base no *Judiciary Act of 1789* (essa lei alargou as competências originárias da Suprema Corte, prevista na Constituição), ordem que obrigasse a União a empossá-lo com juiz de paz do Distrito de Colúmbia.

A ação é distribuída ao *Justice Marshall* (ex-Secretário de Estado de Adams e, agora Ministro Presidente da Suprema Corte, que não conseguira dar posse para o cargo de juízes, a esse grupo de pessoas impetrante do *mandamus*). As possíveis soluções que se ofereciam para Marshall resolver a causa eram as seguintes: a) negar seguimento à ação, fundamentando no fato de não possuir jurisdição sobre ato de outro poder. Ocorre que os federalistas defendiam arduamente que a Suprema Corte tinha poderes de invalidar o ato legislativo que não estivesse de acordo com a Constituição e essa solução implicaria em

sepultar essa competência da Suprema Corte; a outra solução possível seria (b) acolher o pedido, com o risco do Executivo ignorar solenemente a decisão e assistir à completa desmoralização da Corte. A pressão republicana era total: Jefferson havia revogado a nomeação dos juízes feita por Adams, e logrou aprovar no Congresso o *Judiciary Act of 1802*, que eliminou o ano judiciário de 1802 (nesse ano, a Corte Suprema não pode se reunir para deliberar).

A decisão de Marshall ganhou a reputação de ser “a contribuição americana para a ciência política”.¹⁹ Sustentou ele, sabiamente, a supremacia da Constituição em texto que merece transcrição:²⁰

A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível...

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência da função judicial.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.

A alternativa escolhida por Marshall surpreendeu pelo perfeito ponto de vista estratégico: em vez de negar seguimento à ação (que significaria manter a Suprema Corte como órgão de revisão das decisões e não como Corte Constitucional) ou de simplesmente acolher o pedido (com o risco da desmoralização da Corte, em caso de descumprimento da decisão), reconheceu que a Suprema Corte tinha competência para invalidar atos dos outros poderes que conflitassem com a Constituição, e, com essa autoridade, invalidou o *Judiciary*

¹⁹ A tese é de James A. C. Grant e está enunciada na seguinte frase: “*En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política*” (apud CAPPELLETTI, Mauro, *op. cit.* p. 46).

²⁰ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, pág. 35-66.

Act of 1789 que autorizava os cidadãos americanos a ingressar diretamente na Suprema Corte com *writ of mandamus* quando no pólo passivo fossem nominadas autoridades do governo dos Estados Unidos. A ação movida por Marbury, como já enfatizado, tinha no pólo passivo, justamente, o Secretário de Estado Americano, James Madison. Sustentou Marshall que a ampliação das competências da Corte Constitucional pela Lei Judiciária de 1789 era inconstitucional porque o legislador americano teria ido além do que o constituinte havia autorizado. Dessa maneira, sendo inconstitucional o artigo de lei que possibilitava o exame da causa, não podia a Suprema Corte examinar o mérito da causa.

Em síntese, a Suprema Corte, que vinha sofrendo duras críticas quanto à sua competência, que tinha sido impedida de se reunir no ano de 1802, saiu absolutamente fortalecida após esse julgamento. O conflito político entre federalistas e republicanos poderia tê-la apequenado, não fosse a habilidade do juiz Marshall. A conclusão de Souto²¹ sobre o episódio é digna de nota:

Ontem, como hoje, não havia espaço, nas relações entre Poderes, para atitudes impensadas e voluntariosas. Às vezes é preciso ceder em nome da estabilidade política para conquistar espaço mais tarde. A conduta de Marshall (sempre, por óbvio, analisada à luz dos acontecimentos da época) foi, do ponto de vista estratégico, mais que perfeita. Fez prevalecer o *judicial review*, incorporando à competência da Suprema Corte prerrogativa até então repelida por muitos. Simultaneamente, conseguiu que sua decisão restasse incontestada por aqueles que ameaçavam o Judiciário com fechamento e reestruturações casuísticas, e alguns de seus membros com *impeachment*.

E restou incontestada pela ala mais radical dos republicanos justamente porquanto – ela, a decisão de Marshall – não defenestrou os atos legislativos que eles aprovaram a partir da posse de Thomas Jefferson, o que teria ocorrido acaso o *mandamus* ajuizado por Marbury fosse julgado precedente. (...)

O endeusamento da decisão de Marshall e sua elevação a ícone da História dos Estados Unidos decorre de tudo o que foi dito nesse capítulo, restando (re)assinalar que antes de Marbury v. Madison a separação dos poderes, o *check and balances* era mera teoria. John Marshall imprimiu concretude à teoria montesquiana da separação dos poderes, normatizada, antes, pela Constituição dos Estados Unidos.

A habilidade do *Justice Marshall* foi fundamental para o fortalecimento da Suprema Corte Americana, porque fez prevalecer a concepção de que a Constituição está acima de todos os demais Poderes e que cumpre ao Poder Judiciário interpretá-la. A sua

²¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, págs. 38-43.

decisão, portanto, reputada como “a contribuição americana à ciência política”, deu materialidade ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu.

1.3 OS EFEITOS VINCULANTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS PRINCIPAIS CORTES CONSTITUCIONAIS OCIDENTAIS

O estudo desse item se dedica à compreensão dos modelos de jurisdição constitucional especialmente nas duas mais importantes Cortes Constitucionais do ocidente: a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Ainda, porque importante para o desenvolvimento das concepções desse trabalho, algumas idéias a respeito da Corte Constitucional do Reino da Espanha e, no cone sul, o exemplo da Argentina, com a Corte Suprema da Nação.

O foco do estudo está centrado tanto na seletividade dos casos feitos pelas Cortes para o exercício da sua jurisdição, que afastam a idéia de direito subjetivo das partes nas ações direcionadas às Cortes Constitucionais, como nos efeitos das decisões por elas prolatadas. O estudo inicia com a análise da cultura precedentalista do *common law* dos Estados Unidos, buscando, inicialmente, a compreensão histórica dessa família do direito, suas raízes inglesas. Em seguida, se verifica o processo de formação dos precedentes, os conceitos fundamentais para seu exato entendimento e funcionamento. Depois, o papel do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e os mecanismos que o transformaram no “Tribunal do Cidadão”. Finalmente, alguns aspectos importantes sobre a objetivação das demandas julgadas pela Corte Constitucional do Reino da Espanha e da Corte Suprema da Nação, na Argentina.

1.3.1 A Corte Suprema nos Estados Unidos da América

O sistema americano de controle de constitucionalidade das leis conhece, apenas, o exame no caso concreto. Nessa técnica, a questão constitucional é um incidente no processo para a resolução do mérito da causa. O reconhecimento da inconstitucionalidade nunca será o pedido principal veiculado nos autos do processo, já que isso importaria no exame da constitucionalidade do texto normativo em abstrato, técnica não aceita nos EUA.

Assim, o autor da ação, ao peticionar ao juiz argumenta que seu direito depende da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo. O juiz, ao analisar o pedido, deve examinar se realmente existe a questão constitucional apresentada pelo autor e, caso se convença que o exame da constitucionalidade do texto legal é imperativo para o julgamento do processo, passa a examinar, então, a questão constitucional. Como a tarefa do juiz é decidir o caso apresentado, somente examinará a questão constitucional se ficar convencido de que ela é fundamental para o julgamento da demanda. Caso não seja relevante a questão constitucional para o julgamento da causa, o juiz não emitirá qualquer juízo a esse respeito. Vencida a questão constitucional, o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor, ou seja, julga a causa propriamente dita.

Esse sistema de controle de constitucionalidade das leis, que permite a qualquer juiz o exercício da jurisdição constitucional, poderia gerar insegurança jurídica, porquanto a pulverização das decisões facilitaria a ocorrência de decisões constitucionais conflitantes entre si, já que duas Cortes poderiam ter entendimento oposto relativamente ao mesmo texto normativo. Todavia, isso não ocorre em face de uma especificidade da família do *common law*, que valoriza a cultura da observância dos precedentes. O sistema do *stare decisis* não está expresso na Constituição Americana.

1.3.1.1 A família do *Common Law* e a criação jurisprudencial do Direito

A expressão *stare decisis* deriva da frase latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa: “ficar com as coisas decididas e não alterá-las”. A fim de bem compreender essa cultura que valoriza os precedentes, cumpre examinar os aspectos históricos do direito inglês que foram determinantes para sua criação.

A formação propriamente dita do *common law* se deu a partir da conquista normanda, em 1.066, liderada por Guilherme, o Conquistador, que centralizando o poder, reuniu as condições para a criação de um direito comum a toda a Inglaterra.²²

Os Tribunais Reais promoveram a construção do ordenamento britânico com base em normas formalistas, na esperança de que um processo que observasse fielmente o

²² MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. O relato sobre a história da *common law* está baseado nas informações constantes dessa obra, especialmente nas páginas 13-23.

procedimento conduziria à melhor decisão. Vem dessa época a idéia de que as garantias precedem os direitos. O resultado foi que, no final da Idade Média, os Tribunais Reais eram os únicos a administrar a Justiça, ficando ampliados significativamente os poderes do Rei, o que representava uma ameaça para os barões, que se opunham ao absolutismo monárquico. Foi para conter esse avanço dos poderes reais que ficou estabelecido no Estatuto de Westminster II, de 1.285, que os Tribunais Reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos, ou seja, desde que já existissem precedentes em tal sentido, vedando-se a criação de novas ações. Em face dessa limitação, como era de se esperar, os precedentes se tornaram insuficientes para atender às novas demandas por justiça, o que ensejou a criação e ampliação de um ramo paralelo do direito, designado *equity*, de forma a flexibilizar a rigidez do sistema. O monarca julgava por intermédio de Chanceleres que pertenciam a corpo eclesiástico, cuja formação provinha do direito canônico e romano, ou seja, das mesmas bases que fundamentam o *civil law*. Em face da excomunhão de Henrique VIII, os Chanceleres foram substituídos por advogados, que passaram a fazer uso de normas com conteúdo análogo às daquelas do *common law* em suas decisões. Contra essa nova ampliação do poder real, os Tribunais de Westminster e o Parlamento conseguiram impor ao Rei que a *equity* subsistiria, mas deveria se ater aos precedentes já estabelecidos. Ante a inexistência, no direito inglês, de um corpo de normas de direito substancial (já que elas eram formadas, paulatinamente, pelas decisões dos Tribunais Reais), a jurisprudência foi a principal fonte de normas.

De forma resumida, assim funciona o sistema do *common law*:

Quando um ponto de direito é fixado pelo Tribunal em um caso concreto, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada, obrigatoriamente, em demandas semelhantes, pelas cortes inferiores e pelo próprio órgão que o proclamou, salvo em hipótese de revogação pelo último. Assim, em um novo litígio judicial, o magistrado deverá, primeiramente, identificar os fatos relevantes e a questão legal a ser enfrentada. Em seguida, buscará um precedente que trate do mesmo problema jurídico e no qual se constate, ainda, que a discussão se baseou em uma situação de fato semelhante, hipótese em que o precedente e a nova causa serão considerados análogos e, por conseguinte, em que será obrigatória a aplicação da conclusão do julgado anterior.²³

²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 23.

Sendo a jurisprudência fonte normativa, disso resulta que, “a regra de direito inglesa constitui um princípio extraído de uma decisão judicial concreta, por indução, e passível de aplicação a situações idênticas”. Como conseqüência, os juízes se encontram obrigados a respeitar as normas estabelecidas nos precedentes judiciais pelas cortes superiores.

1.3.1.2 O sistema de precedentes. A formação do precedente: o princípio do *stare decisis*. A aplicação do precedente

A fim de melhor compreender o sistema de respeito aos precedentes, é preciso diferenciá-los de acordo com sua eficácia. A importância do estudo dos precedentes está diretamente vinculado à influência que eles exercem no julgamento de demandas análogas. Mello²⁴ classifica os precedentes em três grupos, a saber: (a) precedentes com eficácia normativa; (b) precedentes com eficácia impositiva intermediária e (c) precedentes com eficácia meramente persuasiva.

Os precedentes com eficácia normativa projetam seus efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto; geram um comando aplicável a todos os casos idênticos sob pena de sanção, por isso são reconhecidos como fonte formal de direito. No sistema do *common law*, os julgados com essa eficácia são a regra: os precedentes oriundos de decisões de cortes superiores constituem precedentes normativos para as cortes inferiores de uma mesma jurisdição; nos países do *civil law*, geralmente, as decisões oriundas das cortes constitucionais (controle concentrado) são dotadas desse tipo de efeito.

Os precedentes com eficácia impositiva intermediária não têm a obrigatoriedade de serem seguidos, mas sua não-aplicação provavelmente se sujeitará à revisão. Ficam no meio termo entre os precedentes com eficácia normativa e os com caráter meramente persuasivo. São muito comuns nos sistemas do *civil law*, quando há jurisprudência dominante sobre determinado assunto jurídico. Esse tipo de precedentes, no *common law*, está relacionado às futuras decisões da própria corte que o emitiu. É que, embora o precedente seja vinculante às instâncias vinculadas, a corte vinculante deve respeitá-lo, mas pode, eventualmente, superá-lo, desde que fundamente adequadamente a decisão.

²⁴ Idem, págs. 63-6.

Precedentes com eficácia meramente persuasiva são aqueles que objetivam persuadir, convencer o magistrado, mas não têm força impositiva. Apesar de fornecerem elementos para a argumentação das partes e motivação das sentenças, não obrigam o magistrado a segui-los. É a regra no *civil law*, mas também existe no *common law*, quando, por exemplo, se invocam julgados de outras jurisdições.

Cumpra analisar, agora, como se forma o precedente no sistema do *common law*. A fundamentação da decisão (*ratio decidendi* ou *holding*) é a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores.²⁵ Fazendo um paralelo com as decisões judiciais brasileiras, a solução individual da demanda equivale ao dispositivo das decisões brasileiras; os fundamentos, dizem com a motivação; e o comando genérico, que constituirá a norma concreta vinculante, contudo, não tem equivalência em nossos conceitos.

Outro conceito importante ao sistema da *common law* é o do *obiter dictum*. São partes da decisão que podem ser desde logo excluídas da interferência sobre o desfecho de novas demandas. São manifestações não-necessárias à solução do caso concreto, como considerações marginais efetuadas pela corte, voto divergente de um dos membros do Tribunal. Embora não tenham força vinculante, porque o sistema se ocupa na extração indutiva a partir do caso concreto, necessárias à solução do processo, podem elas ter eficácia persuasiva.

A identificação do *holding* (ou *ratio decidendi*) pode ser feita por meio de duas técnicas, conforme explica Mello:²⁶ a) método fático-concreto; b) método abstrato-normativo. No primeiro caso, o *holding* da decisão corresponderia à regra extraída de um conjunto de fatos; aqui importa o que o Tribunal decidiu a propósito dos fatos e, por isso, dificilmente se consegue extrair uma regra vinculante, já que todas as demandas têm fatos que as diferenciam. No segundo método, o Tribunal enuncia uma regra capaz de solucionar a própria demanda em exame e outros casos a ela assemelhados, que surgirão no futuro. Já que a decisão será vinculante às cortes inferiores, o Tribunal deve decidir o que é mais adequado para a demanda atual e para as demandas futuras. Aqui, as razões oferecidas pelo Tribunal (fundamentação) são de grande valor para a enunciação da regra vinculante.

22 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 118 e 120.

²⁶ *Idem*, pág. 127.

A fim auxiliar a compreensão, um exemplo com base em um julgado que deu origem à doutrina acerca da responsabilidade por negligência na Inglaterra (caso *Donoghue v. Stevenson*, 1932). A questão da responsabilidade dizia com o fato da consumidora ter contraído uma gastroenterite por ter ingerido parte de uma garrafa de uma bebida até perceber que havia dentro da garrafa restos de cobra ou de lesma. A regra emergente do precedente que acolhe o pedido da autora poderia ser formulado em diversos níveis:²⁷ a) será devida uma indenização sempre que lesmas mortas existentes dentro de uma garrafa opaca de refrigerante provocarem danos; b) ou sempre que lesmas presentes em uma garrafa de bebida gerarem danos; c) ou sempre que qualquer corpo nocivo presente em qualquer recipiente de mercadorias para consumo humano produzir danos; d) ou sempre que qualquer elemento nocivo presente em qualquer coisa, inclusive terrenos e construções, gerar prejuízo. O que a Corte disser ao fundamentar a decisão delimitará o nível de generalidade do *holding*, a regra vinculante. Sintetizando o pensamento sobre o *holding* do julgado, Mello²⁸ afirma que “a força normativa do precedente não emana da própria decisão, mas sim de alguma descrição acerca do que se decidiu, que constituirá o seu comando vinculante (*holding*)”.

É na aplicação da norma emergente dos precedentes, no entanto, que o sistema de precedentes ganha vida. De fato, sua aplicação aos novos casos possibilita uma permanente redefinição do teor da norma emergente do precedente (teor do *holding*). A aplicação do *holding* ocorre através de mecanismos de associação e distinção entre suas peculiaridades. Como esclarece a autora:²⁹

O *holding* de um julgado corresponde a uma descrição acerca da questão de direito nele examinada. A formulação de tal descrição, contudo, não se exaure com a primeira decisão. Ao contrário, esta é apenas o primeiro estágio de sua determinação. Quando, em casos subseqüentes, certo acórdão for invocado como precedente por uma das partes e rejeitado por seu *ex adverso*, seu conteúdo será posto à prova, podendo sofrer interpretações que ensejarão sua ampliação ou restrição, à luz das razões que o justificam ou de outras normas que lhe são externas. Paradoxalmente, o *stare decisis* é um mecanismo de estabilização e, ao mesmo tempo, de modificação do direito.

²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 129-30.

²⁸ *Idem*, pág. 130.

²⁹ *Idem*, pág. 187.

O julgado subsequente que aplica o precedente incrementa sua força e amplia seu grau de determinação, favorecendo a sua expansão. Todavia, uma particularidade não tão incomum das decisões das cortes dificulta a expansão do precedente. É o caso em que há dispersão de votos e da motivação dos julgados. Embora a Corte atinja a maioria de votos necessários para a solução do litígio, há casos em que os magistrados divergem quanto às razões da solução que apresentam. Nesses casos, não sendo “possível extrair um princípio comum a partir das opiniões da maioria, sua normatividade fica muito prejudicada. Será difícil definir o *holding* sem identificar os fins coletivamente aceitos para adotá-lo e, mesmo que assim não fosse, sua força gravitacional seria muito frágil”.³⁰

Casos há em que o precedente sofre contração porque se abre uma exceção a ele. É o processo de distinção entre os casos, conhecido como *distinguishing*. Essa modalidade de interpretação pode ser feita pela Corte vinculante ou pela vinculada e corresponde à não-aplicação de um precedente, face às peculiaridades que a nova demanda apresenta. Mello³¹ sustenta que os critérios para a distinção de casos são similares àqueles utilizados para sua associação. Deve-se examinar: a) os fatos relevantes apresentados por cada um; b) os valores e normas que eles suscitam; c) a questão de direito em exame; d) os fundamentos imanescentes à decisão. Alguns exemplos de diferenciação de casos por ela apresentados³² ajudam a compreensão do fenômeno:

- a) a diferenciação entre casos, ao argumento de que seus fatos relevantes diferem e demandam tratamento específico;
- b) a afirmação de que a nova demanda provoca incidência de *normas e valores diversos* daqueles examinados no julgado anterior;
- c) a alegação de que a *questão de direito* colocada pela ação subsequente é diversa;
- d) o argumento de que os *fundamentos* da decisão invocada como modelo não são aplicáveis ao caso a ser decidido;
- e) a *reformulação do holding* do caso paradigma, em razão do reconhecimento de que a regra dele emergente foi definida em termos muito amplos, abrangendo casos que a corte vinculante não desejaria abranger;
- f) a constatação de que o precedente entra em *conflito com normas derivadas de outros julgados*, limitando-se sua incidência, a fim de acomodá-lo às últimas; e
- g) o enfrentamento na nova causa de algum argumento que poderia ter sido, mas não foi examinado pela corte vinculante, e que implica o afastamento parcial de suas conclusões.

³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pág. 201.

³¹ *Idem*, pág. 202.

³² *Idem*, págs. 203-4.

Perceba-se, assim, a importância do material que resta às Cortes inferiores, vinculadas ao precedente, na tarefa de fazer a exata compreensão do precedente e aplicá-lo ou não ao novo caso em exame.

1.3.1.3 Superação de precedentes. Técnicas e Princípios que orientam o intérprete

Resta examinar, ainda, a questão atinente à superação dos precedentes, porquanto em um sistema cuja observância dos precedentes é obrigatória, nem sempre as decisões do passado se amoldam às necessidades do presente, especialmente nos tempos atuais, onde a velocidade da informação e as inovações tecnológicas tornam conhecimentos obsoletos de década a década, o que exerce profundo reflexo nas relações sociais, e, via de consequência, nas relações jurídicas.

O *common law* conhece três técnicas de superação de precedentes³³: a) *overruling*, que é a revogação total do precedente; b) *overriding*, restringe o âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior; c) *transformation*, com o qual se confere significado tão diverso a um comando que, na verdade, enseja, praticamente, o abandono da norma original, sem assumi-lo expressamente.

Há, ainda, duas técnicas intermediárias de extrema importância utilizadas pelo *stare decisis* para alteração das decisões. São técnicas que objetivam acomodar a decisão a circunstâncias que poderiam aconselhar a manutenção de um entendimento: a) *prospective overruling*: é a superação de uma orientação com efeitos futuros, no bojo da qual se estabelece que uma nova regra será aplicada apenas a eventos ocorridos a partir do julgamento que a estabeleceu ou de determinada data nele fixada, mantendo-se a validade do precedente antigo para a solução de demandas anteriores; b) *signaling*: nesses casos, o Tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso, aplica-lhe a doutrina vigente, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica, através de um mero *obiter dictum*, a intenção de abandoná-la no futuro, o que afasta, a partir desse aviso, a justificada confiança em sua aplicação.

³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 235-6.

As seguintes hipóteses elencadas pela doutrina e jurisprudência são exemplos que autorizam a superação dos precedentes:³⁴

- a) a existência de precedentes inexecutáveis na prática porque a regra é inoperável, obscura ou porque foi desfigurada por distinções arbitrárias;
- b) a compreensão atual de uma doutrina como injusta ou incorreta, em virtude de mudanças culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas;
- c) a obsolescência do julgado em decorrência da evolução dos princípios jurídicos aplicáveis;
- d) o reconhecimento de que uma exegese é originariamente incorreta.

Na primeira hipótese, a obscuridade do julgado pode decorrer da dispersão de votos, sem que a corte alcance entendimento majoritário nos fundamentos que embasam a decisão. Também pode ocorrer que a decisão exija comprovação de elementos de difícil demonstração ou, ainda, que favoreça a distinções inconsistentes. Em todos esses casos, fica claro que o precedente não traz segurança jurídica alguma, casos em que a sua revogação (e não sua manutenção) é que restabelecerá a previsibilidade, a isonomia e a credibilidade no sistema.

A alteração também pode decorrer em face das mutações sociais, já que o direito, como elemento cultural, é parte delas. O mundo da tecnologia e da informação em níveis globalizados, além de criar demandas novas oportuniza novas leituras de demandas antigas. As razões de segurança jurídica e mesmo de justiça que influenciaram nas decisões dos magistrados do passado, podem não se adaptar, exatamente, aos reclamos do presente. Assim, igualmente, é sua revogação que restabelece a confiança no sistema, porque possibilita a aplicação substancial do direito (realização da justiça) aos novos tempos.

A evolução do direito, mormente a releitura dos princípios fundantes do ordenamento jurídico pode determinar o abandono de precedentes. A autora cita como exemplo os casos de criminalização de sodomia, de vedação de medidas tendentes a proteger a liberdade de orientação sexual, precedentes que foram superados nos EUA porque provocavam a perseguição de homossexuais, razão suficientemente forte para a superação dos precedentes anteriores.

Finalmente, o caso de precedentes errados. O equívoco pode ter ocorrido já na sua origem ou pode ser que tenha se tornado errado com o desenvolvimento do direito. A

³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, págs. 239-50.

autora relata um caso reconhecido pela própria Suprema Corte de decisão judicial que nasceu errada. É o caso da lei da Geórgia que criminalizou a sodomia. Na sua revogação se observou que o Tribunal, antes de analisar esse caso já havia estabelecido precedentes que impunham abstenção ao Estado para interferir nas decisões relativas a relacionamentos afetivos, o que exigiria desfecho diverso na análise desse caso particular. Os precedentes diziam com a invalidação de leis que proibiam a distribuição de anticoncepcionais entre casados e mesmo entre não casados, e o direito da mulher poder optar pelo aborto.

Sintetizando tudo quanto se disse a respeito de superação de precedentes, Mello³⁵ apresenta quatro princípios orientadores da superação de um entendimento no *common law*:

1. Deve-se promover a revogação de julgado: a) quando ele não atender a “*standards*” de congruência social e de consistência sistêmica; e b) quando a segurança jurídica e os demais valores subjacentes à adoção do “*stare decisis*” não forem melhor servidos por sua manutenção do que por sua revogação.
2. Deve-se revogar um precedente quando as vantagens de tornar uma regra congruente social e sistemicamente superarem os custos relacionados aos valores de estabilidade e aos demais iminentes à adoção do “*stare decisis*”.
3. Um precedente não deve ser subitamente revogado quando violar injustamente a confiança nele depositada pelos jurisdicionados.
4. A decisão sobre a revogação de um precedente deve ser mais conservadora quando a matéria ou as circunstâncias do caso indicarem que a lei é o instrumento mais adequado para a modificação do direito.

Além desses princípios, esclarece a autora³⁶ foram desenvolvidas outras categorias especiais que orientam a revogação dos precedentes. São orientações flexíveis, que podem ser superadas pela via argumentativa e valorativa. É o caso, por exemplo do peso específico que o *stare decisis* confere às matérias que influenciam no dia-a-dia das pessoas, nas questões atinentes a contratos, tributos, crime. Já em matéria constitucional ocorre justamente o contrário: é preferível buscar a interpretação mais adequada do Texto que interfere na coerência de todo o sistema normativo, a manter sua aplicação equivocada. Nos casos em que os precedentes interpretam leis, exige-se maior cautela para revogá-los em face da compreensão de que o legislador, ao não alterar, via legislativa, o conteúdo do julgado, teria anuído ao seu resultado. Sintetiza, enfim, as seguintes categorias especiais decorrentes dos princípios anteriormente mencionados:

³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes ...**, págs. 251-4.

³⁶ *Idem*, págs. 254-60.

1. Precedentes atinentes a direito de propriedade, contratos e responsabilidade civil, direto tributário e direito penal devem produzir maior aderência ao *stare decisis*, em respeito ao princípio da proteção da confiança dos jurisdicionados.
2. A decisão sobre a revogação de julgados que interpretam leis (*statutory precedents*) será mais conservadora quando existirem razões para crer que o Legislativo os aprovou.
3. Decisões constitucionais sujeitam-se a critérios mais flexíveis de alteração.
4. O entendimento firmado em casos constitucionais especialmente difíceis, que tenham dividido a nação, só deve ceder diante de razões extraordinariamente fortes.
5. A Corte terá em conta as conseqüências decorrentes da manutenção ou da revogação de precedentes, sobretudo em casos constitucionais.

Finalmente, cumpre examinar a eficácia temporal que se confere à medida que revoga o precedente. Há quatro níveis temporais a serem conferidos.³⁷ Os efeitos podem ser (a) retroativos de forma plena, caso em que a nova decisão se aplica, inclusive, aos casos já julgados em caráter final; ou podem ser (b) retroativos de modo parcial, aplicando-se apenas às novas demandas ou cuja reapreciação seja limitada por outras disposições normativas; ainda, a eficácia pode ser (c) prospectiva pura, quando estabelece que a nova regra vale a partir do julgamento ou a partir de determinado evento futuro, circunstâncias em que a decisão não atingirá nem às partes cujo caso revogou o precedente; e, finalmente (d) a eficácia pode ser prospectiva parcial, quando a nova norma se aplica às partes cujo caso ensejou a revogação do precedente e aos fatos ocorridos posteriormente a ele, sem atingir as transações ocorridas antes da virada jurisprudencial.

A eficácia retroativa é a regra no direito inglês e no norte-americano.³⁸ Parte-se do pressuposto que as Cortes têm um papel marcadamente declaratório do direito e que a atribuição de efeitos *ex tunc* confere tratamento isonômico aos jurisdicionados. A favor da eficácia prospectiva sustenta-se que o Poder Judiciário, ao decidir um caso, exerce duas funções distintas: ele soluciona o conflito e define a regra que orientará o futuro.³⁹ Ainda, salienta-se que a aplicação retroativa pode ensejar uma distorção do processo majoritário de decisão em uma democracia, em virtude do fato de que, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial dos EUA, as leis reconhecidas inconstitucionais são nulas e inaplicáveis, mas não deixam de existir. Assim, uma virada jurisprudencial poderia tornar a

³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes** ..., pág. 261.

³⁸ *Idem*, pág. 263.

³⁹ *Idem*, pág. 264.

lei inconstitucional validamente aplicável, sem qualquer participação do legislador.⁴⁰ Ainda sobre a eficácia prospectiva, cabe dizer que, a Suprema Corte, geralmente, não se manifesta expressamente sobre os efeitos temporais de suas mudanças de entendimento, deixando essa tarefa para o futuro, quando analisar demandas específicas sobre essa particularidade, o que possibilita que tenha maiores informações sobre as conseqüências do julgado.⁴¹ Ela concluiu⁴² aduzindo que no *common law* norte-americano os efeitos da superação de precedentes judiciais têm o poder de alcançar tanto os eventos posteriores à enunciação da nova norma, quanto os anteriores. No entanto, as situações já definitivamente julgadas ficariam a salvo do novo entendimento.

1.3.1.4 O papel da Suprema Corte na formação dos precedentes

A Suprema Corte Americana possui duas espécies de competências materiais: a originária e a recursal. A originária diz respeito aos conflitos entre Estados-membros da Federação, entre esses e o Governo Federal ou corpo diplomático estrangeiro. A competência recursal, que particularmente interessa para esse estudo, ocorre nos seguintes casos⁴³:

(...) decisões de tribunais federais que tenham declarado inconstitucional norma federal, decisões de tribunais estaduais que tenham declarado inconstitucional norma federal, decisões de tribunais federais que tenham deixado de aplicar norma estadual em contraste com a Constituição ou com a legislação federal, decisões de tribunais estaduais que tenham julgado válida norma estadual em contraste com a Constituição ou com a legislação federal, e decisões de tribunais distritais federais que tenham contrariado a Constituição.

Importante ressaltar que não existe o controle concentrado de constitucionalidade no sistema legal americano. A jurisdição constitucional se realiza nas mãos dos juízes. Nos casos trazidos pelas pessoas ou instituições que a jurisdição constitucional tem início e, ao contrário do que ocorre nos chamados Tribunais Constitucionais europeus, a questão iniciada no juiz singular é que poderá ser objeto de exame da Corte Suprema. Ou seja, o

⁴⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes** ..., pág. 266.

⁴¹ *Idem*, págs. 266 e 267.

⁴² *Idem*, pág. 272.

⁴³ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, págs. 270 a 271.

exame do caso concreto, da casuística onde nasceu a questão constitucional, transitará pelos diversos órgãos judiciais que julgarem a causa, até o derradeiro pronunciamento possível, que é da Corte Suprema.

A possibilidade da jurisdição constitucional ser exercida por todo e qualquer juiz enriquece sobremaneira o sistema legal, já que permite uma imensa *abertura cognitiva* das questões constitucionais. Por outro lado, existe o risco da incerteza do direito, em face da possibilidade concreta de ocorrerem decisões conflitantes sobre a mesma questão jurídica. Esse inconveniente é superado com a adoção do princípio do *stare decisis*, segundo o qual, as decisões tomadas pela Suprema Corte vinculam os demais juízes.

Todavia, as questões julgadas pela Suprema Corte fazem parte de um número extremamente restrito de causas que conseguem passar pelo mecanismo de triagem lá existente. Não é, decididamente, qualquer questão constitucional que pode ser objeto de análise pelos juízes da Corte Suprema. Esclarece Cicconetti⁴⁴ que cabe ao Presidente da Corte (*Chief Justice*) coordenar os trabalhos de uma espécie de júzo de admissibilidade, como ocorre nas Cortes européias: determinar quais casos realmente representam questões que envolvam lesão à constituição e quais os casos que não devem ser examinados pela Corte. Escolhidos os casos relevantes, é feita uma lista que deve ser aprovada por quatro juízes da Corte (a chamada *rule of four*). O caso que não tenha composto a lista pode ser analisado a pedido de qualquer dos juízes da Corte. Feita a lista, passa-se a uma segunda etapa⁴⁵:

(...) será emitida uma carta requisitória (*writ of certiorari*) à autoridade judicial que prolatou a decisão objeto do recurso, determinando que os autos do processo em questão sejam reunidos e enviados à Suprema Corte, nos termos da Regra 10 desta Corte. A carta requisitória é um ato discricional desprovido de qualquer caráter decisório quanto ao mérito da questão. Com o *writ of certiorari* não se está atribuindo solidez jurídica aos argumentos sustentados no recurso, mas apenas demonstrando a importância da sua adjudicação pela jurisdição da Suprema Corte.

A conclusão parece ser inequívoca: as chances de alguém ter um *writ of certiorari* concedido são muito pequenas.

⁴⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada...**, págs. 277-8.

⁴⁵ *Idem*, págs. 277-8.

Uma maior explicação sobre esse instituto é necessária, em face da importância que ele assume na jurisdição da Suprema Corte. Confirmam-se as palavras de Viana:⁴⁶

(...) o *writ of certiorari* é o instituto pelo qual são submetidos à Suprema Corte estadunidense *apelos* para o reexame de decisões proferidas em ações ou recursos proferidos pelas cortes ordinárias. Conforme se extrai da *rule 10* daquela Suprema Corte, a *petition for certiorari* se dirige contra decisões de última instância das cortes estaduais ou *courts of appeals* (tribunais) federais. No procedimento do *writ of certiorari* (informalmente denominada *cert petition*) deve ser invocada a relevância da *federal question* (questão formal relevante). Algo que se assemelha à nossa preliminar da repercussão geral (§2º do art. 543-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.418/2006).

Interessante notar que a Corte tem ampla discricionariedade para a escolha dos casos que vai julgar. Pelo seu Regimento Interno, apenas casos que sejam extremamente necessários terão o exame da Corte. Confirma-se o teor do art. 10, citado acima:

A revisão com base em um *writ of certiorari* não é questão de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição de *writ of certiorari* somente será concedida por razões de extrema necessidade.

O texto deixa claro que o exame do recurso não é direito subjetivo da parte, mas discricionário da Corte, desde que haja o preenchimento do requisito da extrema necessidade. Isso tudo confere à *writ of certiorari* um perfil objetivo, no qual o direito invocado pela parte é apenas um elemento que possibilita que a questão chegue ao exame da Suprema Corte, mas sem que essa tenha o dever de examinar. É essa a conclusão a que chega Viana⁴⁷:

É de fácil percepção que o sistema norte-americano possui um caráter amplamente discricionário exercido pela Suprema Corte na admissão ou inadmissão dos recursos constitucionais (*cases*) a sua apreciação. No sistema em foco o acesso à jurisdição da Suprema Corte só se dá por *compelling reasons* (razões de extrema necessidade) e, ainda, tal acesso não é tratado como um direito subjetivo da parte. (...)

Na prática, observa-se que raramente se concede o *writ of certiorari* por mero erro na apreciação dos fatos ou por má aplicação da lei (*error in judicando*), pela corte inferior. Assim, o caso submetido ao crivo da Suprema Corte deve se revestir de “*imperative public importance*” (relevância pública imperativa).

⁴⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 68.

⁴⁷ *Idem*, pág. 70.

Como já assinalado, o fato de ser aceito o *writ of certiorari* não outorga qualquer direito subjetivo à decisão. Cumpriu-se aí apenas um requisito de admissibilidade do recurso, qual seja, a existência de uma questão constitucional relevante, que transcende o interesse subjetivo do autor. A questão será examinada porque interessa à coletividade o pronunciamento Supremo Tribunal sobre aquela questão e não porque o autor tem interesse no seu exame. Veja-se que, aparentemente, o direito subjetivo envolvido interessa apenas para que a questão seja examinada pela Corte, mas ela é soberana para decidir se a questão deve ou não ser enfrentada num julgamento.

Aceita a petição *certiorari*, duas possibilidades se abrem, conforme assinala Cicconetti:⁴⁸ a) julgamento completo: o mérito da decisão será obrigatoriamente fundamentada pelo juiz-relator, podendo as partes fazer sustentação oral e admitida, ainda, a presença de *amicus curiae*; b) julgamento *per curiam*: trata-se de julgamento sumário no qual a decisão sequer será assinada pelos juízes, já que prolatada “em nome da Corte”, ficando vedada a sustentação oral. Esse procedimento simplificado serve para questões análogas a outros casos já decididos pela Corte.

Prossegue o autor⁴⁹, explicando que a diversidade de técnica decisória da Suprema Corte costuma a se restringir a três hipóteses: a) *denial of certiorari*: é a decisão que indefere o pedido ainda na fase de triagem, no exercício do poder discricionário da Corte; b) *full opinion*: tendo sido admitida a *petition of certiorari*, quando ocorre o julgamento completo; c) *curiam opinion*: para os casos em que, admitida a *petition*, houver julgamento sumário.

No que diz com os efeitos das decisões, transcrevo importante trecho desse mesmo autor:⁵⁰

Nas situações tecnicamente mais simples, ou seja, quando o recurso não passa pela triagem, a eficácia do indeferimento do pedido será apenas inter partes, não produzindo quaisquer efeitos para terceiros, uma vez que a Suprema Corte não analisou o mérito do pedido e restou como definitiva a última decisão do tribunal inferior.

⁴⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada...**, pág. 279.

⁴⁹ *Idem*, pág. 282.

⁵⁰ *Idem*, pág. 283.

Contudo, quando uma decisão de mérito for prolatada determinando a inconstitucionalidade de ato normativo ou com força de lei, sua eficácia produzirá, necessariamente, coisa julgada material com efeitos *erga omnes* e se constituirá em precedente para os casos futuros que forem análogos ao em questão. O princípio do *stare decisis* vinculará os demais casos, até que um novo precedente seja criado e desconstitua aquele outro. A decisão que declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ou com força de lei poderá, no caso em questão, ser tão somente anulatória, criando, assim, a obrigatoriedade de o juízo inferior (tribunal de origem do recurso) refazer a sua decisão com base naquilo que fora determinado pela Suprema Corte, ou, ainda, esta Corte poderá, caso sua decisão seja anulatória e também constitutiva, reformular por si mesma a decisão do juízo inferior, hipótese em que a Suprema Corte decidirá soberanamente não apenas sobre a legitimidade constitucional do ato normativo ou com força de lei impugnado, mas também em relação aos elementos materiais do caso concreto.

A vinculação aos efeitos da decisão tomada pela Corte é também examinada por Viana:⁵¹

No regime do *writ of certiorari*, como registrado anteriormente, surge algo em muito semelhante ao efeito vinculante e à eficácia *erga omnes*, qual seja: a figura do *stare decisis*.

Pelo *stare decisis* as cortes superiores, tanto na esfera estadual quanto federal, possuem força de vincular (*binding*), com suas decisões, as cortes e juízes inferiores, dentro da mesma jurisdição.

Assim, temas envolvendo questão de constitucionalidade, por meio da interposição de recursos, acabarão sendo submetidos à decisão dos órgãos jurisdicionais superiores e, deste modo, criarão os precedentes vinculantes (*stare decisis*).

A questão da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato poderá ser alçada, pela via recursal, à Suprema Corte estadunidense. E, como consequência, será formado precedente que produzirá efeito vinculante em face de todos os órgãos jurisdicionais inferiores.

Enfim, produzirá o precedente uma verdadeira eficácia *erga omnes*, pois a lei considerada inconstitucional não será aplicada tanto no caso concreto, no qual se deu a declaração de inconstitucionalidade, como também impedirá que tal lei seja novamente aplicada. Tornando-se, desta maneira, como antes já visto, uma *dead law* (lei morta).

Por fim, deve-se destacar que a Suprema Corte Americana, uma das Cortes mais respeitadas no mundo, utilizando-se dos mecanismos apontados, não julga mais de cem recursos constitucionais por ano⁵². Todavia, a qualidade das questões que julga acaba

⁵¹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 71.

⁵² VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 74.

influenciando não só na sociedade americana, para quem ela desenvolve sua atividade, mas para todos os demais países ocidentais. As chamadas ações afirmativas, que ganharam espaço recentemente no Brasil, são um bom exemplo da atuação da Suprema Corte. Ainda, como exemplo, a decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que superou a doutrina segregacionista conhecida como “separados, mas iguais” (a qual era aplicada também ao transporte público de pessoas), que impedia dos negros estudarem nas mesmas escolas que os brancos, que promoveu a igualdade racial no sistema educacional dos EUA.

1.3.2 O Tribunal Constitucional Federal na Alemanha

A justiça constitucional na Alemanha levou mais tempo que na América para se instaurar. Razões históricas vinculadas à soberania do Parlamento e à desconfiança nos juízes (vinculados ao antigo regime) foram responsáveis por transformar a Constituição num texto sem proteção efetiva e, conseqüentemente, de menor valor jurídico. A Constituição de Weimar (de 1919) criou o Tribunal de Justiça do Estado (*Staatsgerichtshof*) para a solução de conflitos constitucionais nos Estados, para conflitos entre Estados ou entre estes e o ente central (Reich).⁵³ Todavia, essa Constituição não foi suficiente para impedir o avanço do nacional-socialismo, e tampouco para opor óbices à insanidade hitleriana, que via na figura do Führer, e não na Constituição, o “protetor do Direito”.⁵⁴

Apenas no final da Segunda Guerra, com a crise total das soberanias (as quais não foram capazes de frear, impedir os horrores cometidos na Grande Guerra) a necessidade de recuperar a proteção dos direitos humanos, especialmente no solo alemão, tornou possível a instituição de um poder autônomo, independente aos demais poderes, responsável por interpretar e dar efetividade à Constituição.

Na Alemanha, a instituição de uma Corte Constitucional teve influência decisiva do modelo de Corte Constitucional americana, especialmente na idéia de construção de uma jurisdição constitucional sólida, com amplas competências para a Suprema Corte.⁵⁵ A

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 12

⁵⁴ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. Florianópolis, Conceito Editorial, pág. 235.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**... pág. 12.

Lei Fundamental de Bonn, de 1949, previu o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que foi instalado, com lei própria, em 1951.

A Corte Constitucional, na Alemanha, não atua como instância revisora das decisões prolatadas pelos Tribunais inferiores. Pelo contrário, atua exercendo uma função especial, qual seja a jurisdição constitucional. As competências que cabem à Corte estão previstas no art. 93 da Lei Fundamental, que autoriza o legislador a outorgar outras atribuições ao Tribunal.⁵⁶ Conforme MENDES,⁵⁷ as principais competências são as seguintes: a) julgar o controle concentrado e controle concreto de normas; b) julgar o recurso constitucional; c) julgar o conflito entre órgãos federais; d) julgar conflitos entre a União e os Estados; e) julgar conflitos federativos, julgar processos destinados à defesa da Constituição.

Das competências assinadas ao Tribunal Constitucional, interessam ao exame desse trabalho as que dizem respeito ao controle concentrado (abstrato) e ao controle concreto de normas.

1.3.2.1 O controle abstrato de normas no *Bundesverfassungsgericht*

O Tribunal Constitucional Alemão atua mediante provocação, ou seja, depende de alguém que provoque a jurisdição constitucional. O fato de não atuar de ofício consagra um importante mecanismo de proteção contra sua supremacia.⁵⁸ A provocação da jurisdição pode ser feita por um número limitado de órgãos, como o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço dos membros do Parlamento Federal.⁵⁹

O fato da jurisdição constitucional ser provocada por órgãos, afasta a ideia de direito subjetivo, por parte de quem provoca a Corte, ao controle por ela efetuado. De fato, não há falar em existência de interesse de agir do legitimado à propositura da ação constitucional, já que ele age na defesa do Ordenamento Jurídico como um todo. A sua qualidade específica de provocar a jurisdição constitucional o distancia do conceito jurídico de parte, titular de direito subjetivo. A sua titulação é de legitimado a provocar o controle,

⁵⁶ *Idem*, pág. 14.

⁵⁷ *Idem*, págs. 16-7.

⁵⁸ *Idem*, pág. 85.

⁵⁹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 245.

pois não tem nenhum interesse jurídico subjetivo na declaração de invalidade do ato normativo, porquanto a finalidade do sistema de controle de constitucionalidade, como sabido, é expurgar do ordenamento jurídico as normas que contenham defeitos que a tornem inválidas, a partir do parâmetro que a Constituição oferece. A jurisdição exercida no controle abstrato de normas, portanto, revela-se objetivo, já que não existe um interesse jurídico subjetivo subjacente ao pedido de declaração de invalidade do ato normativo legislado.

No que diz com os efeitos do julgamento, esclarece Mendes,⁶⁰ que a declaração de nulidade da norma tida como inconstitucional pelo Tribunal tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão. Mais adiante, conclui:

(...) A decisão proferida no controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes* (§ 31, (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*), de modo que, após a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com efeito *erga omnes* ou após a pronúncia da nulidade, não subsiste dúvida quanto à existência de ofensa constitucional. A lei declarada inconstitucional não dispõe, portanto de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional.⁶¹

Reconhecida a nulidade da lei pelo Tribunal, deixa ela de ter o requisito fundamental para sua aplicação, qual seja, o seu caráter vinculante. A partir da publicação, a decisão passa a ter força de lei, mas será limitada ao dispositivo da sentença, tornando, assim, o ato decisório tão claro e concreto quanto possível.⁶²

No sistema alemão, “a aplicação continuada da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada pelos órgãos estatais revela-se inadmissível, uma vez que, tal como o legislador, estão a Administração e os Tribunais obrigados a observar o disposto no art. 1º, III e 20, III, da Lei Fundamental, que consagra o princípio do Estado de Direito”.⁶³

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional** ..., pág. 215.

⁶¹ *Idem*, pág. 216.

⁶² CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 257.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional** ..., págs. 219 a 220.

Importante salientar que o indeferimento da ação de inconstitucionalidade também tem efeitos importantes no sistema constitucional alemão. Julgada improcedente a ação, implicitamente, a Corte estará afirmando, com eficácia também *erga omnes*, a constitucionalidade da norma. Nesse caso, apenas “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”⁶⁴ possibilitariam que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, do exame da constitucionalidade do texto legal que já teve sua inconstitucionalidade rejeitada. Além disso, salienta Mendes⁶⁵ que o § 76 da Lei do Tribunal constitucional Alemão autoriza os órgãos legitimados ao controle a ingressar com ação para ver declarada a validade (constitucionalidade) de dispositivo de direito federal ou estadual, após um Tribunal ou autoridade administrativa ou um órgão da União ou de Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição. Os órgãos legitimados, assim agindo, contribuem para maior clareza e segurança jurídica.

1.3.2.2 O controle concreto de normas na Alemanha e o papel do *Bundesverfassungsgericht*

A dúvida quanto à constitucionalidade da lei pode surgir numa demanda concreta, que tramita perante um juiz singular da Alemanha. De fato, no processamento ou julgamento da causa, pode o juiz se deparar com algum normativo que contenha o vício de nulidade. No sistema alemão, o juiz não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da norma; essa espécie de censura está a cargo, tão-somente, do Tribunal Constitucional. O papel do juiz, nesse caso, é de levar ao conhecimento do Tribunal a questão constitucional que impede que ele prossiga no julgamento da causa.

Essa questão o impede de prosseguir no processamento da demanda porque se ele entende que está diante de uma inconstitucionalidade que não pode pronunciar, o seguimento do processo implicaria em aplicação de normativo que, na sua acepção contém vício de nulidade. Assim, concluindo ser a norma inconstitucional, o juiz suspende o andamento da causa e submete ao Tribunal Constitucional o pedido “*com a descrição da*

⁶⁴ *Idem*, pág. 248.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 11-11-1999**, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 374.

norma jurídica em questão e as razões da sua incompatibilidade com a Grundnorm Então, o pedido seguirá para uma Câmara de Sessão, que será responsável por fazer o juízo de admissibilidade do pedido, mas a decisão de inadmissibilidade deverá ser tomada por unanimidade pelos três juízes constitucionais que a compõem".⁶⁶ O juiz volta a atuar no seu processo apenas depois de receber, do Tribunal Constitucional, a decisão sobre a questão constitucional que suscitou.

O magistrado de primeiro grau deve estar convencido da inconstitucionalidade da lei, não bastando mera dúvida a esse respeito. Confirmam-se as palavras de Martins:⁶⁷

O Art. 100 I 1 GG é bem claro ao mencionar a primeira condição da apresentação judicial para o controle concreto de constitucionalidade. O juiz deve estar 'convencido' da inconstitucionalidade da norma aplicanda no caso onde deve prolatar sua sentença de mérito. Mera dúvida ou divergência de opiniões, ao contrário do que ocorre nos demais procedimentos de controle normativo, não bastam. Ele deve demonstrar esse convencimento em sua peça de apresentação (*Richtervorlage*); deve demonstrar também que uma interpretação conforme a Constituição não é possível. Trata-se de um primeiro grande obstáculo existente no juízo de admissibilidade para a admissão do controle concreto, pois é muito grande o ônus de argumentação constitucional que o juiz deve enfrentar. Essa condição tem duas funções: evitar que, a pretexto de considerar uma norma constitucional, o juiz suspenda levemente o processo, adiando a prestação jurisdicional à qual as partes têm direito, e evitar a sobrecarga do TFC com apresentações judiciais pouco pontuais.

Aspecto importante a ser ressaltado é que, no controle concreto de normas não existem partes, já que nem o Tribunal que submeteu a questão ao *Bundesverfassungsgericht* nem as partes da relação processual onde nasceu a questão constitucional integram o processo perante o Tribunal. No entanto, a Lei do Tribunal Constitucional Alemão oferece a oportunidade de manifestação a alguns órgãos (Parlamento Federal, Conselho Federal, Governo Federal), bem como as partes do processo originário. Ainda, pode o TFC solicitar informações a outros Tribunais federais ou estaduais.⁶⁸ Verifica-se, portanto, que, embora tenha a questão constitucional nascido num conflito específico, concreto, que tramita perante um juiz singular, o Tribunal Constitucional amplia a discussão permitindo que vozes da sociedade sejam escutadas antes da prolação final da decisão, oportunizando uma

⁶⁶ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 247.

⁶⁷ MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (organizado por Jürgen Schwabe). Montevideo (Uruguai), 2005, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. pág. 52

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional** ..., págs. 17-8.

abertura cognitiva importante a esse processo de fiscalização que tem nítidos contornos de aferição objetiva da constitucionalidade da norma. A esse respeito, assevera MARTINS⁶⁹:

Fundamental é a questão da provocação judicial do controle: assim como no caso do controle abstrato de normas, está-se diante, e aqui até ainda mais claramente, de um controle objetivo, onde não há partes processuais, mas tão somente um juiz (ou tribunal) ‘apresentante’ da questão constitucional a ser decidida pelo TFC. As partes processuais (do processo originário) não podem requerer diretamente que o juiz apresente a questão à corte constitucional, pois estas somente alegam a inconstitucionalidade de uma norma para convencer o juiz do feito sobre ela. Mas só e justamente o convencimento judicial (materialmente falando, ensejado ou não pelas partes processuais) representa uma das condições essenciais da admissibilidade desse procedimento junto ao TFC...

Esse poder do juiz de decidir se apresenta ou não a questão à Corte Constitucional pode ser objeto de controle numa demanda posterior, após o esgotamento das instâncias ordinárias. Confira-se:⁷⁰

Como, no entanto, o direito do juiz ou tribunal do feito, de apresentar a questão ao TCF (*Vorlagerecht*) corresponde ao seu dever de apresentar (*Vorlagepflicht*), a parte poderá alegar, também depois de esgotadas as instâncias ordinárias, além da suposta violação de outro direito fundamental (violação originária que deveria ter levado o juiz a suspender o processo e apresentar a questão ao TFC), violação de seu direito fundamental ao ‘juiz natural’ (Art. 101 I 2 GG), que, nesse caso, corresponderia ao TCF.

Desnecessário dizer que, estando resolvida a questão constitucional, é obrigatório que dê andamento ao processo em estrita observância ao que ficou decidido pela Corte. Perceba-se:⁷¹

Quanto aos efeitos da decisão, destaque-se que o TFC decide, segundo os §§ 81 I c.c. 78 e 31 II *BverfGG*, sobre a conformidade ou não com a Constituição da norma que foi objeto da apresentação judicial. Uma vez constatada a discordância ou inconstitucionalidade, o TFC declara a norma em pauta nula ou desiste desta declaração, declarando-a, por exemplo, ‘não compatível com a *Grundgesetz*. Depois da decisão, o juízo ou tribunal apresentante retoma o processo original (principal), decidindo-o autonomamente. Ele está vinculado à decisão do TFC somente no que tange à validade da norma. Se se tratar de um caso envolvendo violação do mandamento ou princípio de igualdade (*Gleichheitsgebot*, *Gleichheitssatz*) pelo legislador, o juiz pode novamente suspender o processo e aguardar a promulgação da nova regra pelo legislador.

⁶⁹ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (organizado por Jürgen Schwabe). Montevideo (Uruguai), 2005, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. pág. 49

⁷⁰ *Idem*, págs. 49-50.

⁷¹ *Idem*, pág. 54.

Mendes é ainda mais enfático ao ressaltar a eficácia *erga omnes* das decisões do *Bundesverfassungsgericht* no exercício da competência de controle de normas. Veja-se:⁷²

As decisões do *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material. O § 31, n. 1, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê, ademais, que as decisões proferidas pelo Tribunal ‘vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridades. Com fundamento no art. 94, II da Lei Fundamental, prevê o § 31, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que têm *eficácia erga omnes* as decisões proferidas nos processos de controle de normas, inclusive no processo de verificação de normas, que permite ao Tribunal verificar, a requerimento de outro Tribunal, se uma determinada regra de Direito Internacional Público integra o direito federal (...) no processo de recurso constitucional contra lei, ou contra decisão judicial fundada em lei inconstitucional.

A respeito do tipo de jurisdição que o Tribunal presta no controle concreto de constitucionalidade, confirmam-se as palavras de Martins:⁷³

O controle concreto é, dessarte, um controle normativo, ensejado pela aplicação de norma abstrata a caso particular pelo juiz ou tribunal do feito, que a considera inconstitucional. Como o juiz só tem a obrigação e competência de realizar o exame de constitucionalidade (*Prüfungskompetenz*), mas não tem a competência de rejeitar ou deixar de aplicar a norma ainda não declarada inconstitucional, de maneira vinculante, pelo TFC (*Verwerfungskompetenz*), ele tem o dever de suspender o processo, com o fim de apresentar a questão ao TFC para que este decida, não sobre o caso, mas sobre a constitucionalidade da norma aplicanda. O TFC é exclusivamente competente para denegar aplicabilidade a uma norma vigente.

Claro está, portanto, que os juízes alemães não têm competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma legal, já que essa competência é exercida exclusivamente pelo Tribunal Federal Constitucional, cuja decisão tem efeitos vinculantes às demais Cortes, ao Tribunal, à Administração Pública.

1.3.2.3 O recurso constitucional direto à Corte (*Verfassungsbeschwerde*)

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional** ..., pág. 19.

⁷³ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (organizado por Jürgen Schwabe). Montevideo (Uruguai), 2005, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., pág. 49.

A jurisdição constitucional alemã oferece um acesso à Corte extremamente interessante. Trata-se do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), previsto na Lei Orgânica do TFC, que permite ao indivíduo pleitear a defesa de seus direitos fundamentais junto ao Tribunal Constitucional. O acesso é permitido a qualquer pessoa física ou jurídica, incluindo associações e demais formas de representação coletiva que tenham previsão legal.⁷⁴ As possibilidades do recorrente são amplas:

O requerente poderá fazer uso desse recurso em todas as situações nas quais seu direito fundamental, aqui compreendido também os direitos políticos, tiver sido lesado ou gravemente posto em risco por autoridade pública. A interpretação do conceito de direito fundamental como sendo também o 'direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade' colaborou para tornar o catálogo dos direitos fundamentais um rol de direitos aberto, inclusivo e garantido pela proibição de retrocesso, aumentando, assim, ainda mais, o substrato material sobre o qual a Corte deverá analisar os recursos.

Ao mesmo tempo em que a lei autoriza de modo bastante amplo o acesso ao Tribunal por meio desse recurso, o recorrente deve, em primeiro, lugar, preencher um requisito formal da maior importância para a operatividade da Corte: trata-se de um recurso que, nitidamente, tem caráter subsidiário, ou seja, depende do esgotamento das vias ordinárias para a defesa do direito fundamental. Essa interessante restrição formal para a utilização desse instrumento é comentada por Hesse:⁷⁵

(...) deve, antes da interposição de um recurso constitucional, ser esgotada regularmente a via judicial. Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente, ganha significado crescente. Segundo isso, um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal.

Além do requisito da subsidiariedade, que acaba fazendo um grande filtro das questões constitucionais que têm aptidão para serem examinadas pela Corte por essa via de

⁷⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pág. 253.

⁷⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 272.

acesso, em estudo comparativo desse mecanismo com a repercussão geral (art. 102, § 3º da CF) do sistema brasileiro, Viana⁷⁶ destaca o seguinte:

Como na repercussão geral, a *Verfassungsbeschwerde* também passa por uma fase prévia de admissibilidade (*Annahmeverfahren*), que consiste na análise, pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão), da importância constitucional fundamental da questão tratada ou da existência de violação de direitos fundamentais de especial gravidade ou da possibilidade de o reclamante vir a sofrer lesão de particular gravidade, pela não decisão da questão.

Outro ponto relevante, que se assemelha a *Verfassungsbeschwerde* ao regime do recurso extraordinário (Súmulas 279 e 280 do STF), guarda pertinência ao fato de a reclamação constitucional alemã não admitir qualquer espécie de debate sobre elementos fáticos ou legais, os quais ficam restritos às cortes inferiores, aspecto que se liga à análise soberana por estas cortes daqueles elementos (fáticos e legais).

Detalhe relevante é o registrado por Konrad Hesse (1999: 152), de que a questão do juízo de admissibilidade da *Verfassungsbeschwerde* está explicitamente ligada ao fato de que: 'A *Verfassungsbeschwerde* precisa ser admitida para decisão. Desta maneira, pode-se combater o aumento da sobrecarga na Corte Constitucional Federal por reclamações constitucionais'.

Isso se reveste de importância, pois a *Verfassungsbeschwerde* se submete a um filtro preventivo da inviabilização do pleno exercício da jurisdição constitucional pela Corte Constitucional Federal alemã (*Bundesverfassungsgericht*). Exatamente o que se pretende com a repercussão geral do recurso extraordinário, no sistema brasileiro.

Os números por ele apresentados⁷⁷ são representativos e extremamente relevantes para o estudo comparativo que se pretende fazer nesse trabalho. Segundo o autor, o Tribunal Constitucional Alemão registrou, entre 1951 e 2005 um total de 157.233 processos. Desses, 151.424 eram *Verfassungsbeschwerde* (que ele traduz como reclamação constitucional e não como recurso ordinário, como vem sendo aqui utilizado). A grande maioria não foi admitida. Mais: somente 3.699 desses recursos tiveram sucesso, ou seja, 2,5% do total. A conclusão que o autor chega na análise desse instituto é que o pequeno número de questões examinado pela Corte Constitucional acaba sendo decisivo para o sucesso da jurisdição por ela prestada. Dito de outro modo: a Corte examina poucas questões, mas aquelas que a Corte tem oportunidade de examinar têm influência decisiva na vida constitucional do povo alemão. Decididamente, a Corte não se distingue pelo número de decisões que prolata, mas pela qualidade e profundidade do quê decide.

⁷⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 76-7.

⁷⁷ *Idem*, pág. 77.

1.3.3 A Corte Constitucional da Espanha e a Corte Suprema da Nação na Argentina

1.3.3.1 Na Espanha

No Reino da Espanha existe o Tribunal Constitucional, instituição diversa do Poder Judiciário, conforme previsto no art. 159 da Constituição Espanhola. Há um requisito geral da Constituição de que os possíveis membros do Tribunal devem ser juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional, sendo que a escolha pode recair entre Magistrados, membros do Ministério Público, Professores de Universidade, funcionários públicos, Advogados. A designação compreende o exercício de um mandato de nove anos.

O chamado recurso de amparo está previsto no art. 53, item 2, da Constituição Espanhola:

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, em su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Comparando os institutos do recurso de amparo com a repercussão geral, aponta Viana:⁷⁸

O *recurso de amparo* possui natureza subsidiária (Usera, 2000:263) no sistema espanhol, como ocorre no Brasil com o recurso extraordinário, que para ser admitido necessita do esgotamento prévio da jurisdição ordinária - “decisão de única ou última instância” - conforme o inciso III do art. 102 da Constituição de 1988.

Na Espanha o *recurso de amparo* demanda que o recorrente tenha buscado, primeiramente, a reparação do direito supostamente lesado perante os tribunais ordinários e tenha empregado todos os meios impugnativos, previstos na legislação processual.

⁷⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 80 e 81.

Prossegue esclarecendo que existe previsão normativa na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 50, que o recurso de amparo deve preencher, além dos requisitos formais (tempestividade, por exemplo), o grande requisito material: a carência de conteúdo. É por meio desse requisito que o Tribunal verifica se é justificável ou não a apreciação da questão constitucional. Segundo o mesmo autor, se o Tribunal entender por não admitir o recurso cujo requisito reputa não cumprido, sequer precisa motivar a decisão, se houver unanimidade de votos da Seção respectiva.

Conclui dizendo que, mesmo tendo poucas semelhanças os institutos da repercussão geral e o recurso de amparo, esse último⁷⁹

(...) possui uma característica central que o identifica, de algum modo, com a repercussão geral. É seu aspecto não subjetivista (objetivo) na interposição recursal, pois em ambos a questão constitucional deverá apresentar transcendência dos interesses exclusivamente individuais das partes, para assumir uma relevância geral que reflita o reconhecimento de um interesse objetivamente relevante para toda a sociedade.

No Tribunal Constitucional da Espanha, portanto, o recurso de amparo tem caráter subsidiário (só pode ser manuseado depois de esgotadas as instâncias ordinárias), e tem um requisito material que outorga discricionariedade ao Tribunal para decidir sobre o exame do recurso: o requisito da carência de conteúdo. A característica é suficiente para afirmar que não se trata de recurso com perfil subjetivo, mas objetivo, a exemplo das Cortes Americana e Alemã.

1.3.3.1 Na Argentina

Na Argentina, o controle de constitucionalidade está a cargo de todos os juízes e tribunais, o conhecido modelo difuso de fiscalização constitucional. Nitidamente, trata-se de influência do sistema americano. Não existe o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. Destaca Viana⁸⁰ que no ano de 1990, em face da preocupação com a manutenção da razoável operacionalidade da Corte Suprema da Nação, foi introduzida uma

⁷⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 82.

⁸⁰ *Idem*, pág. 85.

barreira seletiva ao conhecimento e julgamento de seu recurso extraordinário. De fato, o art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial passou a ter a seguinte redação:

Art. 280 (...) La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

É compreensível que essa alteração processual tenha acontecido na Argentina muito antes de ocorrer algo semelhante no Brasil, já que a falta de mecanismos de controle de constitucionalidade que produzam eficácia *erga omnes* e vinculação de efeitos, o que, no Brasil é feito com as ações diretas, a multiplicidade de casos a serem examinados pela Corte Suprema da Nação, efetivamente, poderia inviabilizar o exercício de suas competências.

Completa Viana:⁸¹

O ponto de similitude com nossa 'repercussão geral' que, já de início, saltamos à vista é o da teologia do *certiorari* argentino em sua função explícita de 'filtro recursal', pelo qual a *Corte Suprema de la Nación* 'seleciona' os temas constitucionais e as questões federais que serão por elas analisados e julgados, restringindo assim o acesso ao órgão de cúpula da Justiça argentina. Possibilitando que questões federais *institucionales* (sem relevância) sejam rejeitadas (*rechazadas*) pela *Corte Suprema de Justicia*, como registra Narciso Lugones (1992: 391).

Curioso é que tanto o *certiorari* quanto a 'repercussão geral' – esta no §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil – trazem a objetivação do recurso extraordinário, porque nos dois institutos há a exigência da presença da 'transcendência' do interesse subjetivo das partes, o que indica que o tema recursal extraordinário deve apresentar-se de forma *objetiva*, ou seja, dele se excluindo a formulação de pretensões ligadas exclusivamente aos interesses **individuais** dos recorrentes.

E, mais adiante:⁸²

(...) na Argentina a mencionada discricionariedade aparece de forma expressa e literal no art. 280 do Código de Processo Civil e Comercial, quando ele se refere a que '*la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma*' poderá rejeitar o *recurso extraordinário*. Exatamente a mesma situação estudada na rule 10 do regimento interno da Suprema Corte dos Estados

⁸¹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 86.

⁸² *Idem*, pág. 86.

Unidos da America, a qual também declara que a revisão da *federal question* pelo *writ of certiorari* não é direito subjetivo do recorrente, mas sim uma questão de discricionariedade judicial.

Também na Argentina, portanto, o recurso à Corte Suprema tem características próprias que permitem relacioná-lo como instituto com nítido viés objetivo, pela seletividade da questão constitucional de acordo com a sua discricionariedade do órgão julgador.

CAPÍTULO 2 – AS CORTES DE JUSTIÇA E AS CORTES SUPREMAS

2.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O INÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O Brasil não conheceu verdadeiro controle de constitucionalidade das leis no período do Império (1824 a 1889). A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema que se assemelhe aos modelos de fiscalização de constitucionalidade atuais. O Parlamento era soberano, já que além de fazer as leis, tinha poderes para interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las e, ainda, velar pela guarda da Constituição (art. 15, n. 8 e 9).⁸³ Nesse período, a função de equilíbrio entre os Poderes ficava a cargo do Poder Moderador (art. 98), o qual tinha inclusive poderes para suspender os magistrados (art. 101 da Constituição do Império).

Com a promulgação da República, em 1889, o Governo Provisório convidou Rui Barbosa para redigir um projeto do que viria a ser a nova Ordem Normativa. Como Rui sabia que o modelo de então (imperial) era incompatível com os valores republicanos, buscou, na fórmula americana, que a essas alturas já tinha quase cem anos de tradição, a inspiração para o controle de constitucionalidade dos atos normativos.⁸⁴

Antes de avançar, todavia, é importante compreender o momento histórico que desencadeou, no Brasil, o surgimento do Supremo Tribunal Federal e o poder dos juízes para controlar a constitucionalidade das leis. A República Brasileira nasceu, como se sabe, de um golpe militar⁸⁵. Não foi o apelo popular que extinguiu a Monarquia no Brasil. Pelo contrário, o período monárquico, especialmente após a assunção de D. Pedro II, foi o de maior estabilidade das instituições brasileiras. Como a República não tinha embasamento popular e o povo estava vinculado às instituições monárquicas, surge a necessidade de se produzir figuras republicanas e instituições republicanas que se diferenciasssem das instituições imperiais, sob pena do império sobreviver dentro das instituições republicanas.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 169

⁸⁴ MARMELSTEIN, George. Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil. Disponível em Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

⁸⁵ JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro. In: O Supremo Tribunal Federal na História Republicana, 2001, Rio de Janeiro. **Anais**. Brasília: Dupligráfica Editora Ltda., 2002, págs. 13-26.

O problema que se impunha: era necessário elaborar uma Constituição. E uma Constituição que fosse republicana. O risco de convocar eleições para a redação da Constituição republicana era que os ideais imperialistas prevalecerem caso o Partido Conservador e o Partido Liberal (partidos políticos do Império) fizessem maioria. A solução foi alterar o sistema eleitoral: em vez de se votar em pessoas, se passaria a votar em partidos. Desnecessário dizer que, após a proclamação da República, o único partido político organizado era o Partido Republicano, já que os demais se contrapunham à República. O resultado foi que ficou assegurada a maioria hegemônica republicana no Parlamento, mesmo com um eleitorado virtualmente identificado com o Império. E fez-se a Constituição Republicana.

Todavia, o modelo brasileiro não tem tradição de ser excludente. Segundo Jobim, o modelo histórico brasileiro é sempre um modelo de transição e não de rompimentos. Era necessário fazer com que as figuras do antigo regime pudessem participar da vida política das instituições republicanas, assegurando a sobrevivência da União Nacional. Novamente, o risco era ter uma Constituição Republicana regulamentada por um Congresso com maioria identificada com princípios do Império. A solução, segundo o autor, foi, exatamente, judiciária: cria-se o Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário, a fim de assegurar a “função clara de árbitro para assegurar a unidade nacional pela desqualificação de toda legislação estadual que viesse a se conflitar com a Constituição e com a lei federada”. Manteve-se a Justiça dos Estados, mas se atribuiu “ao Tribunal Supremo a função de fiscalizar a justiça dos Estados para evitar a busca de autonomismos, soberanias políticas provinciais e estaduais, pela via da desconstituição das leis estaduais”.

Continua o autor:⁸⁶

O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário nacional pelos republicanos tinham a função de salvaguarda da federação de um lado, da unidade nacional pela via do recurso extraordinário, porque assegurava a preservação da legislação federal por sobre a legislação dos estados, e, de outro lado, assegurava, também, a não aplicação sem necessidade de debate legislativo revogatório da legislação infraconstitucional contrária à Constituição Republicana. Os Juízes passaram então a serem instrumentos da República para assegurar a manutenção de uma legislação infraconstitucional que esteja conforme às regras republicanas. (...) essa análise que procura ver na criação do controle da constitucionalidade do Brasil nada acadêmica, mas sim um necessidade política dos republicanos para assegurar a vigência republicana,

⁸⁶ JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro ..., págs. 32-4

uma vez que eles tinham resolvido o problema de elaborar a Constituição Republicana pelo Regimento Alvim que assegurou a hegemonia do Partido Republicano na Assembléia Constituinte de 91. Mas eles não podiam prosseguir na exclusão dos quadros monárquicos, eles precisavam exatamente caminhar pela inclusão dos quadros monárquicos e esta inclusão só se daria pelo processo eleitoral subsequente, pela Lei 35. Mas o risco era grande. Portanto, com risco grande, vamos nos preservar. Preserva-se de que forma? Institui-se um poder da República que não tem assento na vontade popular para ser o árbitro do conflito político entre monarquistas e republicanos na elaboração da legislação infraconstitucional.

O papel que a República reservava aos juízes, portanto, era imenso. O Decreto nº 848/1890, que instituiu a Justiça Federal no Brasil, representa o surgimento, pelo menos no plano normativo, da jurisdição constitucional no Brasil. Na Exposição de Motivos desse Diploma Legislativo, escrito pelo Ministro Campos Salles, tem-se a noção da responsabilidade que recairia sobre a Magistratura Federal no novo regime:⁸⁷

Cabendo a ministério que me foi confiado a importante tarefa de organizar um dos poderes da União, e consultando os grandes interesses confiados à suprema direção do Governo Provisório, pareceu-me necessário submeter desde já à vossa aprovação a assignatura o decreto que institue a Justiça Federal, de conformidade com o disposto na Constituição da República. (...)

O principal, sinão único intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem dúvida em collocar o poder público dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositários do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim, poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os três principaes órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rápido para a execução do programma do Governo Provisório no seu ponto culminante – a terminação do período dictatorial.

Mas, o que principalmente deve caracterisar a necessidde da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância que ella se destina a representar, como orgão de um poder, no corpo social. Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica.⁸⁸

⁸⁷ MARMELSTEIN, George. **Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

⁸⁸ O autor manteve o texto com a linguagem original da época.

A primeira questão constitucional de grande relevância julgada no País foi o da reforma dos militares por Marechal Floriano e serviu para solidificar as instituições brasileiras, especialmente o Poder Judiciário.⁸⁹ Dando uma interpretação “estranha” ao Texto Constitucional de 1891, Floriano intitulou-se Presidente da República. A reação veio de vários setores da sociedade, entre os quais de treze Generais, que escreveram um manifesto dirigido a Peixoto exigindo nova eleição presidencial. Floriano, então, reformou os militares, que eram considerados vitalícios pela Constituição da época. Rui Barbosa, então, ingressou com ações perante a Justiça Federal, visando anular os atos de reforma dos militares, sustentando a sua inconstitucionalidade. A decisão que acolheu o pedido dos militares foi da lavra do Juiz Federal Henrique Vaz Pinto Coelho, de 1895, que garantiu a eles o direito de receber os vencimentos do cargo como se não tivessem sido reformados. A decisão foi confirmada, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal, o que impulsionou o Governo a anular os decretos de 1892, anistiando e reintegrando os militares nos cargos que então ocupavam. Aos olhos de hoje, talvez a questão seja de simples solução, mas numa época em que se reformavam militares, aposentavam-se juizes compulsoriamente, fuzilavam os opositores do regime e não havia a garantia de inamovibilidade, o ato de coragem do magistrado foi fundamental para estabelecimento da jurisdição constitucional no Brasil.

2.1.1 O controle de constitucionalidade nas Constituições Republicanas Brasileiras

A Constituição do Império não dotou o Poder Judiciário do poder de anular as leis incompatíveis com a Constituição. O Brasil teve de esperar o nascimento da República para a incorporação desse valor às Constituições. Todavia, embora tenha conhecido tardiamente esse poder, observa-se, nas várias Constituições Republicanas, uma crescente ampliação desse controle, com exceção da Carta de 1937. As maiores inovações, contudo, vieram com o advento da Constituição de 1988 (e de suas Emendas), quando se observa uma ampliação nunca vista antes nos meios de fiscalização da constitucionalidade das leis, seja no controle

⁸⁹ O relato histórico desse parágrafo tem por base o seguinte texto: MARMELSTEIN, George. **Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

difuso (realizado por todos os Juízes e Tribunais), seja no concentrado (aos cuidados do Supremo Tribunal Federal).

O Brasil conheceu, inicialmente, o controle difuso de constitucionalidade das leis, copiado do modelo americano. O modelo foi consagrado no § 10º do art. 13 da Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Ao estabelecer que o poder dos juízes ficaria vinculado aos “casos ocorrentes” fica claro que se trata de exame de constitucionalidade concreto, no bojo de uma ação judicial.

A Constituição de 1934 manteve o sistema difuso de controle de constitucionalidade, mas agregou a regra de que os Tribunais dependeriam de reserva de Plenário para declararem a inconstitucionalidade das leis. O objetivo era claro: dar estabilidade, dentro da jurisdição do Tribunal, à decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo. Ainda, estabeleceu a competência do Senado para suspender a execução do texto normativo objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, agregando efeitos *erga omnes* às suas decisões (art. 91, inciso IV, e art. 96 da CF de 1934). Todavia, observa Mendes⁹⁰ que, talvez a mais fecunda e inovadora alteração produzida por essa Constituição tenha sido a introdução da declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, a representação interventiva, instituto no qual o autor enxerga a gênese do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

A Carta Constitucional do Estado Novo (1937) representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Apesar de manter o sistema difuso e o princípio da reserva de plenário, introduziu uma modalidade de revisão das decisões de inconstitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo (art. 96, parágrafo único). Também foi excluída a possibilidade do Senado suspender a execução da lei declarada

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 176.

inconstitucional pelo Supremo e, tampouco, dava atribuição ao Procurador-Geral da República para a defesa dos chamados princípios constitucionais sensíveis.⁹¹

A Constituição de 1946 restaura a tradição do controle judicial, pois manteve a competência para o Supremo julgar as questões constitucionais em grau recursal, preservou o princípio da reserva de plenário e manteve a atribuição do Senado para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Segundo Mendes,⁹² a Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, via representação interventiva, ação constitucional em que o Supremo aceitou a concepção de que estava julgando a lei em tese (Representação Interventiva n. 94, de 1947).

A Emenda Constitucional n. 16/65 instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Consagrou, também a possibilidade dos Tribunais de Justiça declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato Municipal em conflito com a Constituição do Estado.⁹³

A Constituição de 1967/1969 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve o controle difuso e o abstrato, no modelo da EC 16/65; a representação interventiva foi ampliada para assegurar, também, a execução da lei federal, além da preservação dos princípios constitucionais sensíveis. A Emenda 1/69 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3º, d).⁹⁴ A Emenda 7/77 introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, e), para fixar a imediata exegese da lei.

2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações profundas no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve o sistema difuso (art. 97; art. 102, inciso III, alíneas “a” e “c”; art. 105, inciso II, alíneas “a” e “b”) e a possibilidade do Senado da

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, págs. 179-81.

⁹² *Idem*, pág. 182

⁹³ *Idem*, pág. 192

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 192

República suspender a execução da lei federal (art. 52, inciso X). A novidade veio no sistema abstrato de controle, que quase se transformou numa ação popular de inconstitucionalidade. De fato, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da CF), foi criada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) a fim de tornar efetiva norma constitucional. Criou-se, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Parágrafo Único do art. 102 do Texto original da CF 1988). Surgiu, também, um defensor do texto legal impugnado nas ações diretas de inconstitucionalidade: a Advocacia-Geral da União, criada pela Constituição de 1988 (art. 103, § 3º).

A ampliação do leque de legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103), todavia, é que provocou significativa mudança no sistema de controle brasileiro. Até 1988, apenas o Procurador-Geral da República estava legitimado a provocar a jurisdição constitucional por via de ação no Supremo Tribunal Federal. Isso ensejou profundos debates doutrinários sobre a natureza desse poder do Procurador-Geral, se vinculado ou discricionário. Prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, a tese de que o Procurador tinha o poder de decidir se e quando ofereceria a representação para aferição da constitucionalidade da lei.⁹⁵ O Constituinte de 1988 identificou esse poder como abusivo e ofereceu como opção a ampliação o leque dos legitimados à propositura das ações diretas.

Essa ampliação dos legitimados mudou o panorama de fiscalização de controle da constitucionalidade das leis brasileiro. Se até a Constituição de 1988, o Procurador-Geral da República no monopólio da ação direta não provocou alteração profunda no sistema de controle difuso, a partir daí, as principais controvérsias constitucionais passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante controle abstrato de normas. A conclusão a que chega Mendes⁹⁶ é que, tal medida acabou por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. É intuitivo lembrar que os novos legitimados à propositura das ações diretas exercem com assiduidade esse poder-

⁹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 74

⁹⁶ *Idem*, págs. 86-7.

dever que a Constituição Federal lhes concedeu.⁹⁷ Como consequência, o controle abstrato é, hoje, o principal meio de fiscalização da constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Posteriormente, em 1993, o Constituinte introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Emenda Constitucional 3/93), encarregando o Supremo Tribunal Federal de seu processamento e julgamento (art. 102, inciso I, “a”), e com um rol mais restrito de legitimados à sua propositura do que a ação direta de inconstitucionalidade (antigo parágrafo 4º do art. 103). Importante acrescentar que a Emenda 3/93 incluiu expressamente no corpo da Constituição Federal (§ 2º do art. 102) aquilo que já era pacífico na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (pelo menos desde 1977): as ações diretas têm eficácia contra todos.⁹⁸ Ainda agregou efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A reforma mais profunda ao Texto de 1988, no entanto, veio com a Emenda Constitucional nº 45/2004. No âmbito das ações diretas, ampliou-se a legitimação para a propositura da Ação Direta de Constitucionalidade, autorizando os mesmos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade à impugnação do texto legal diretamente no Supremo Tribunal Federal. Os efeitos vinculantes dessas ações, por determinação expressa do texto (§ 2º do art. 102), passaram a abranger os demais órgãos do Poder Judiciário (conforme já determinava a Emenda 3/93) e também a administração pública direta e indireta nas três esferas de governo. No controle difuso é que houve as mudanças mais significativas com a introdução do instituto da súmula vinculante (art. 103-A), bem como com a introdução de um novo requisito à admissibilidade dos recursos extraordinários: a existência de repercussão geral da matéria discutida nos autos.

Tudo o quanto foi dito demonstra, claramente, que o controle de constitucionalidade brasileiro é misto. Convivem no nosso País os dois sistemas de controle dos atos normativos do Poder Público: o difuso e o concentrado.

⁹⁷ Conforme dados estatísticos (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 88-9), das 3.998 ações diretas ajuizadas no STF até Dezembro de 2007, 1.031 foram propostas pelos Governadores de Estado, 882 pelo Procurador-Geral da República, 697 por Partidos Políticos e 838 por Confederação Sindical ou Entidade de Classe.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 252.

2.2.1 O controle difuso de constitucionalidade

O nome difuso decorre da especificidade desse poder ser pulverizado entre todos os órgãos do Poder Judiciário. O controle difuso no Brasil, como visto, está presente desde a Constituição Federal de 1891 (art. 53, n° 3°, § 1°, a e b), fruto da proclamação da República. A partir daí, esteve presente em todas as nossas Constituições.

Esse tipo de controle é também chamado de incidental, porque a questão constitucional é, realmente, um incidente no processo. A parte que ingressa com uma demanda pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei porque o direito que ela supõe ter está sendo ofendido pela “lei inconstitucional” (ou ato normativo). O demandante não tem, nesse sistema, a legitimidade de questionar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo do poder público se esse ato não ferir algum direito seu. O juiz (ou tribunal) não pode, nesse sistema, apreciar causa cujo pedido único seja a declaração ou o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado ato normativo do Poder Público, porquanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei é uma questão que, superada, autoriza o juiz a julgar procedente ou improcedente o pedido, concedendo ou negando ao autor da ação o bem da vida buscado em juízo.

O sistema difuso é exercido por todos os Juízes e Tribunais. No que tange aos Tribunais, há necessidade da observância do princípio da reserva de Plenário. Isso significa que a Turma Julgadora, reconhecendo que existe uma questão constitucional a ser resolvida, deve suspender o julgamento do processo e remeter a questão ao Pleno do Tribunal para ser apreciada. O julgamento vincula a Turma, que passará ao exame do processo considerando o resultado do julgamento do Plenário.

Esse sistema de controle está profundamente arraigado na tradição constitucional brasileira. Até o advento da Constituição Federal atual, como já enfatizado, era o principal modelo de controle de constitucionalidade que havia no País. É o modelo sem dúvida mais democrático de tomada de decisões: ouvem-se os advogados, promotores, juízes, desembargadores, procuradores de justiça, ministros. A questão que tramita no controle difuso de constitucionalidade é examinada por todas as instâncias do Poder Judiciário, com a efetiva intervenção da sociedade (via Ministério Público) e das partes (via advogados).

A questão constitucional é debatida em várias instâncias judiciais por uma multiplicidade de operadores do direito com infinidade de argumentos contrários e favoráveis ao texto impugnado. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre o recurso extraordinário para examinar a questão constitucional, pode-se afirmar tranqüilamente que a questão já está completamente madura na comunidade jurídica. As dimensões de continente e de população de nosso País facilitam a repetição das questões jurídicas, o que permite ao Supremo Tribunal, no julgamento das questões constitucionais, examinar vários recursos extraordinários que veiculam a mesma questão constitucional antes de dar a palavra final sobre o assunto, interpretando final e conclusivamente o Texto Magno.

Percebe-se, ainda, que esse sistema de controle enseja uma particularidade especial ao texto impugnado: permite que seja feito o teste concreto de sua incidência na vida das pessoas afetadas pelo normativo. É possível, ao Supremo Tribunal, quando do exame da questão no controle difuso, avaliar exatamente a extensão dos benefícios e dos prejuízos que a aplicação do normativo acarreta na vida das pessoas ou das instituições. É por isso que a decisão do Supremo, nesse sistema, deveria ser pacificadora, já que, amplamente ouvida a sociedade, cumpre ao intérprete máximo da Constituição estabelecer o entendimento que melhor a ela se ajusta.

É por isso que não deixa de ser estranha a opção do constituinte, da maior parte da doutrina e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal de agregar efeitos tão-somente individuais à decisão que a declara a inconstitucionalidade nesse tipo de fiscalização de constitucionalidade. De fato, de acordo com a tradição brasileira, a única possibilidade da decisão prolatada no caso concreto ser válida para todos é a sua suspensão pelo Senado. Após o julgamento da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, pode o Senado da República suspender os efeitos da lei reconhecida como inconstitucional, com eficácia *erga omnes* (art. 52, inciso X, da CF). Essa realidade está mudando, especialmente após a Emenda 45/2004, que trouxe uma novidade normativa a esse sistema: a edição de súmula, pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos vinculantes e o instituto da repercussão geral (respectivamente, art. 103-A e § 3º do art. 102 da Constituição Federal). Ainda, outra novidade no campo jurisprudencial nessa parte é a vinculação aos motivos determinantes do julgado da Corte Suprema, conforme será analisado mais adiante.

2.2.2 O controle concentrado de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade concentrado no Brasil nasce em 1934 no bojo das chamadas ações interventivas, embora sua previsão constitucional como ação direta se dê apenas com a Emenda Constitucional 16/65. Pressupõe que a questão constitucional seja apreciada e decidida por um único órgão jurisdicional, no caso, o Supremo Tribunal Federal. A denominação do sistema como concentrado diz com a centralização do poder de decidir em um único órgão e a referência a abstrato decorre da inexistência de questão de direito subjacente a ser examinada. O objeto da decisão é, apenas, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Aqui, ao contrário do sistema difuso, não existe exame do direito subjetivo, porque não há partes no controle concentrado. O que há são legitimados à propositura da ação no Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF). A decisão da Corte Suprema tem eficácia vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e efeitos *erga omnes*. É da essência desse sistema, que não conhece partes, a atribuição dessa eficácia vinculante, sob pena de sua atividade ficar resumida a mero exercício de raciocínio acadêmico dentro da jurisdição constitucional. De fato, se o processo do controle abstrato de normas não conhece partes, a carência de efeitos *erga omnes* desobrigaria qualquer pessoa ao cumprimento da decisão, já que ninguém ficaria atingido pelos efeitos da coisa julgada.

Não obstante seja amplamente aceita a idéia de que as decisões da Corte tenham essa eficácia vinculante (aliás, como visto, a Constituição Federal deixou isso expresso no seu Texto, com a Emenda 3/93), no passado recente houve questionamentos, os quais foram pacificados apenas a partir de 1974/1975, quando o próprio Supremo começou a definir a sua doutrina da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade prolatada no controle abstrato de normas.⁹⁹

A maneira de provocar o Supremo Tribunal Federal no sistema concentrado é através de ações específicas, já que esse poder não pode ser exercido de ofício pela Corte. Esse princípio da inércia da jurisdição se aplica, amplamente, também na jurisdição

⁹⁹ MENDES. Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 37-45.

constitucional das Cortes Supremas, como forma de controle de sua atividade. Os instrumentos previstos pela Constituição Federal para a realização do controle objetivo de normas são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, ultimamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

Salienta Mendes¹⁰⁰ que o controle abstrato de normas nas Cartas Constitucionais de 1946, após a Emenda 16/65, e de 1967/1969 preencheu uma função supletiva corretiva do modelo difuso, porque permitiu a fiscalização de constitucionalidade de normas via ação direta, que jamais teriam sua constitucionalidade examinada pelo Supremo Tribunal, por não serem aptas a ser submetidas como questão preliminar numa controvérsia concreta. Além disso, aponta a função corretiva que o controle desempenhou no sentido de superar brevemente a situação de insegurança jurídica decorrente da multiplicidade e contrariedade de julgados proferidos por diferentes juízos ou tribunais sobre a mesma matéria. Todavia, salienta o autor:¹⁰¹

O maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob o império das Constituições de 1946 (Emenda n. 16, de 1965) e de 1967/1969, está relacionado com a definição da natureza jurídico-processual do processo de controle abstrato. A identificação da natureza objetiva desse processo, a caracterização da iniciativa do Procurador-Geral da República como simples impulso processual e o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas nesses processos pelo Supremo Tribunal Federal configuraram, sem dúvida, conquistas fundamentais para o mais efetivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

O característico de todas essas ações é a possibilidade de excluir do ordenamento jurídico determinada lei ou determinados dispositivos normativos por ação de um único órgão julgador. Não é, portanto, um sistema democrático (aberto) de tomada de decisões, como o difuso. Pelo contrário, apenas ultimamente passou-se a admitir a existência de “*amicus curiae*” e nomeação de peritos nessa espécie de controle (Lei nº 9.868/99, art. 9). Essas inovações foram importantes porque possibilitaram uma *abertura cognitiva* que antes não havia nesse sistema de controle: a possibilidade da sociedade ser ouvida no Supremo

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84 e 85.

¹⁰¹ *Idem*, págs. 84-5.

nas questões que afetam diretamente a vida dos cidadãos.¹⁰² Tradicionalmente, laboravam nesse sistema de controle apenas o Procurador-Geral da República e o Supremo Tribunal Federal. Ninguém mais. A partir da Constituição Federal de 1988 a Advocacia-Geral da União também passou a participar do sistema com a obrigação de defender o texto impugnado (art. 103, § 3º, da CF) e o leque dos legitimados à propositura da ação aumentou significativamente (art. 103 da CF).

Todavia, mesmo com a adoção do instituto do “*amicus curiae*” ou com a possibilidade de serem nomeados peritos, apesar do controle possibilitar essas aberturas para a participação da sociedade, o fato é que apenas em um número extremamente pequeno de ações isso, de fato, acontece. O que comumente ocorre é a decisão monocrática do Relator suspendendo (ou não) a eficácia do texto legal impugnado, ou seja, uma decisão monocrática, sem a oitiva do Plenário do Supremo, sem a oitiva da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, enfim, quase sempre sem a participação da sociedade. Esse sistema de decisões concentradas, como já mencionado, a partir da Constituição Federal de 1988, é o principal meio de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. O curioso disso é que, não obstante a quase total ausência de debate nesse sistema concentrado, seja ele tão pacificamente aceito pela comunidade jurídica em geral.

Efetivamente, no controle concentrado, ao contrário do difuso, a questão constitucional é levada, imediatamente, ao conhecimento da Corte Constitucional para que a decida com efeitos vinculantes. Inexiste, aqui, aquilo que facilmente se verifica no controle difuso: a multiplicidade de opiniões a respeito do texto normativo impugnado. A pretexto de pacificar as controvérsias a respeito da aplicação da lei impugnada de inconstitucional, o sistema permite à Corte Suprema, que, de maneira açodada, decida desde logo sobre sua constitucionalidade. Não há chances, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, do texto impugnado passar pelo teste de aplicabilidade nas relações jurídicas em geral.

Não se advoga, aqui, a extirpação do controle concentrado de constitucionalidade. Pelo contrário, o que se busca é apontar a incongruência de não se aceitar efeitos

¹⁰² Recentemente, no julgamento da ADIN 3510, que tratou do caso da utilização das células-tronco para fins de pesquisas, o Supremo possibilitou ampla discussão da sociedade mediante audiências públicas nas quais foram ouvidos geneticistas, religiosos, deficientes, etc. Mostra a importância do instituto do “*amicus curiae*” na solução de questões para as quais não se envolve, unicamente, conhecimento jurídico, mas, especialmente, conhecimento científico.

semelhantes ao controle concentrado às decisões tomadas no controle difuso pelo intérprete Supremo da Constituição. A opção parece indiscutivelmente equivocada: em vez de privilegiar com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes as decisões em que a sociedade foi, de fato, ouvida por seus interlocutores (advogados, promotores, juízes, desembargadores, pareceristas) prefere-se agregar tais efeitos, tão-somente, às decisões tomadas, no mais das vezes, por um único membro do Tribunal; em vez de conceder aqueles efeitos às decisões tomadas depois de amadurecida a questão constitucional no seio da comunidade, com ampla possibilidade de verificação dos efeitos (maléficos ou benéficos) da norma impugnada, alcançam-se efeitos gerais às decisões que afastam, peremptoriamente, a norma impugnada do Ordenamento Jurídico.

2.3 A LEI, AS CORTES DE JUSTIÇA E AS CORTES SUPREMAS

A lei é um ato normativo, formal e abstrato que a todos vincula relativamente às obrigações que seu texto cria. O caráter vinculante e obrigatório da lei, contudo, não garante que seja ela respeitada. Quando o descumprimento da lei ocorre, é necessário que haja instrumentos que assegurem o seu cumprimento. Surge, então, a figura do garantidor do respeito à lei, o Poder Judiciário. A fim de controlar a atividade do Poder Judiciário, há um importante instrumento que pertence à sociedade, qual seja, o princípio da inércia da jurisdição. Esse é um eficiente mecanismo de contenção do poder judicial, já que, para que os juízes atuem, deve haver uma convocação especial: alguém deve ingressar com um pedido perante o órgão postulando uma providência. A jurisdição, portanto, depende de provocação, a qual, inexistindo, permanece inerte. Outro mecanismo de contenção, freio do poder judicial está situado dentro do sistema de atuação do órgão jurisdicional: é o chamado sistema recursal. Por meio dele, as decisões dos órgãos jurisdicionais podem ser censuradas pelas Cortes. Esse mecanismo recursal depende de um requisito fundamental: o desejo de alguém, interessado em alterar a decisão, de recorrer para a instância superior.

O presente item aborda as razões históricas que fizeram surgir o Poder Judiciário como poder independente dos demais (do Rei e do Parlamento), o sentido de sua atuação quando de seu surgimento como Poder independente e o valor que se ofertava ao texto legislado, a lei, matéria prima da atuação do poder judiciário. Depois, passa-se a outro tópico, desenvolvendo estudo sobre o papel do juiz e das chamadas Cortes de Justiça, na

tradição que vem dos Oitocentos. Finalmente, a análise aborda o papel reservado às chamadas Cortes Supremas dentro do sistema recursal.

2.3.1 O papel da lei e do juiz na Europa liberal

A atividade judicial foi, pelo menos no modelo ocidental (do qual a Inglaterra é o exemplo), a terceira das funções de Estado que se separaram das mãos do Rei Absolutista. A primeira grande divisão de funções do Estado Absolutista ocorreu com a perda pelo Rei dos poderes de legislar. Na Inglaterra, as relações conflituosas entre o Rei e o Parlamento, a partir da ascensão da família escocesa dos Estuardos à Coroa, redundou na Revolução Gloriosa de 1688/1689, na qual se conquistou, de forma definitiva, a função deliberativa legislativa, a primeira das funções políticas a sair das mãos do Rei. Acentua Souza Júnior.¹⁰³

Estava dado o primeiro grande passo na história da divisão dos poderes. A organização da esfera pública passa a ter dois poderes: o *Poder Legislativo*, ou seja, um órgão institucional (no caso o Parlamento), exercendo a função deliberativa legislativa; e o *Poder da Coroa*, com suas quatro funções remanescentes – a de última instância, a de administrar, a de *governar* e, ainda, a de julgar. (...) A mudança da sede da soberania com a conquista da função legislativa pelo órgão de representação da nação deu-se por Ato Parlamentar, o *Bill of Rights*, verdadeiro pacto entre as forças sociais no Parlamento e os novos titulares da Coroa, Guilherme e Maria, escolhidos para suceder a um trono vacante. (...) Tirante a legislativa, as demais funções políticas ainda permaneceram na esfera do Poder do Rei.

Essa separação funcional de poderes Legislativo e Executivo tem base teórica em Locke, que via o claro risco de abuso de poder quando essas atividades fossem exercidas pela mesma pessoa. Dizia ele que “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às lei que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos”.¹⁰⁴ Mais adiante, conclui que ao

¹⁰³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, págs. 44-6.

Legislativo é que cabe o poder máximo, porque ‘o que deve fazer leis para os demais, deve necessariamente ser-lhe superior’.¹⁰⁵

No que diz respeito ao Poder Judiciário, até o início do século XVIII, a função judicial, na Inglaterra, estava a cargo do Rei. Todavia, em 12 de junho de 1701 é aprovado o Ato do Estabelecimento, pelo Parlamento, que passou a dar garantias aos juízes. A partir desse ato, os juízes permaneceriam nos seus cargos enquanto demonstrarem zelo no cumprimento de seus deveres funcionais, não mais dependendo do beneplácito real. Passariam os juízes a receber vencimentos certos e fixados por lei e somente poderiam ser afastados de seus cargos por decisão de ambas as Casas do Parlamento. Nasce, assim, o Poder Judiciário independente. A partir de agora,¹⁰⁶

Os três poderes (Poder do Rei, Poder Legislativo e Poder Judiciário) partilham o mesmo espaço público do Parlamento, no sentido abrangente do termo. As Casas dos Comuns e dos Lordes são os braços legislativos do Parlamento. O Rei continua sentando no Parlamento, como a cabeça visível do Reino. Uma seção da Casa dos Lordes, integrando o Parlamento, até hoje, desempenha a função de mais alta Corte nos recursos cíveis e criminais, justificando o cognome de *High Court of Parliament*. Em suma: os poderes políticos não estão propriamente ‘separados’.

Em 1721 chegou à Inglaterra um cidadão francês chamado Charles-Louis De Secondatt, que ficou conhecido como Barão de Montesquieu. A essas alturas, o Ato do Estabelecimento, que deu nascimento ao Poder Judiciário na Inglaterra, já tinha vinte anos de vigência. Observador atento, estudioso das instituições políticas, viu na separação das funções existentes no Parlamento Inglês, o equilíbrio próprio de um governo moderado. Voltando à França, aperfeiçoou a idéia que viu na Inglaterra e criou, então, um modelo que partia das seguintes premissas: “(a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juízes), (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política (função executiva, função legislativa e função judicial) e de uma forma a mais separada e pura possível, (c) posicionados os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções) em um mesmo plano de igualdade e de

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág.174.

¹⁰⁵ *Idem*, pág. 175

¹⁰⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, pág. 54.

hierarquia, reforçado com mecanismos adicionais de travamento – a *independência* e *harmonia* de que falam as constituições”.¹⁰⁷

Não obstante, pelo menos na Europa dessa época o nascente Poder Judiciário não tinha meios de se opor ao grande poder que a Revolução Gloriosa produziu: o Parlamento. É que, no plano teórico, algumas idéias concebidas um século antes floresceram e se aperfeiçoaram nesse momento da vida política européia. De fato, a concepção de que a sociedade é formada por força de um contrato entre os indivíduos (quem vem de Hobbes e tem o aval de Locke) ganha força com Rousseau. O ato de vontade está na formação da sociedade e, também, na instituição da autoridade (o Estado). Tendo a sociedade e o Estado como fatores decorrentes da vontade humana, a conclusão de Rousseau é que o poder supremo (a soberania) não está nas instituições, mas nas pessoas, no povo. Averso à idéia de representação (que legitima a idéia de partidos políticos), acreditava na soberania popular; cada indivíduo tem, na visão de Rousseau, uma fração da soberania.

Nas vésperas da Revolução Francesa¹⁰⁸, um planfleto revolucionário incendia a cena política. Emmanuelle Sieyès publica “O que é o Terceiro Estado?”, no qual semeia a doutrina do Poder Constituinte. Ao contrário de Rousseau, para Sieyès, a soberania está na nação; e a nação pode imputar quem por ela fala. Concebe, portanto, que alguns representantes do povo podem falar em nome de toda a coletividade. Ganha força a concepção radical de que o povo soberano, representado no Parlamento, não pode sofrer qualquer limitação, nem mesmo pela Constituição. Essa força que passa a ter o Parlamento é explicada pela História: na França absolutista, o grande inimigo comum passou a ser o Rei. As monarquias constitucionais que começaram a surgir após a Revolução Francesa procuraram concentrar as forças sociais nos Parlamentos, que passou a ser a sede natural dos revolucionários, agora representantes do povo. Essa mitificação dos Parlamentos também pode ser observada pelo culto que se passou a dar à lei, expressão da vontade do Parlamento. Como enfatiza Branco,¹⁰⁹

¹⁰⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, págs. 56 e 57.

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 177.

A lei, assim, se define e ganha a sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo. A lei é comando obrigatório válido por ter sido adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos.

A conseqüência disso é que o princípio da soberania da nação acaba se confundindo com a soberania do Parlamento, órgão esse que passa a ser duplamente soberano: “Era soberano perante todas as autoridades do Estado, porque era a representação do povo. Tornava-se, também, soberano perante o próprio corpo de cidadãos, uma vez que este somente podia expressar a sua vontade por meio de assembléia dos seus deputados – particularidade em que a prática revolucionária se distancia de Rousseau”.¹¹⁰

Percebe-se, pois, que o tão caro ideal revolucionário francês¹¹¹ (bem entendido, trata-se de um ideal do mundo ocidental, verbalizado na Revolução Francesa) que ordenava aos povos a adoção de um documento escrito que separasse poder e garantisse os direitos fundamentais, na prática política européia, ficava ocultada pelo valor que se passou a dar ao Parlamento. Sieyès havia concebido o Senado como órgão de defesa da Constituição, instrumento que, na prática política francesa, nunca funcionou. E o Poder Judiciário, pelo menos na França, era visto com certa reserva, porque inimigo potencial da Revolução. Ao Judiciário, o papel que a célebre fórmula consagrada por Montesquieu a ele reservou foi o de ser o órgão que afirma o que o próprio texto da lei diz: o juiz é a boca da lei. A decisão judicial é um silogismo, produto do exame da premissa maior, a lei, sobre a menor, os fatos.

Esclarece, ainda, o autor¹¹² que a subordinação do Judiciário ao Parlamento pode ser bem visualizada pelo instrumento chamado *referè legislatif*, criado em 1790, incorporado à Constituição de 1791, e abolido somente em 1837, na França. Por meio dele, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei que fosse atacada por três vezes num tribunal de cassação. Isso tudo sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como sempre, expressada pelo Parlamento.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág.178.

¹¹¹ Art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág.179.

Nesse cenário, que acaba identificando a soberania do Parlamento com a soberania do texto legal que ele produz, não há espaço para se falar em supremacia da Constituição, já que a falta de um órgão que a aplique e anule a lei contrária ao seu Texto, permite que ela seja constantemente desrespeitada e modificada pelo legislador ordinário (esse sim, na prática, soberano). A Constituição, na Europa, como se pode observar, carecia de verdadeiro valor normativo.

2.3.2 O papel do Juiz e das Cortes de Justiça

A organização judiciária, no Brasil compreende duas instâncias ordinárias e duas extraordinárias. De fato, as instâncias ordinárias são compostas do juiz de primeiro grau e dos Tribunais de Apelação; já as instâncias extraordinárias são compostas, desde a Constituição Federal de 1988, na chamada justiça comum (justiça federal e justiça estadual), do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A primeira questão que se coloca é saber qual o papel que cada corte desempenha no sistema, ou, dito de outra forma, qual o papel reservado às Cortes ordinárias e qual o papel reservado às Cortes extraordinárias no sistema legal brasileiro. A resposta a essa pergunta tem relação direta com os mecanismos processuais postos à disposição das partes para a tutela efetiva de seus direitos. Mais: a adequada resposta a essa pergunta impõe repensar o papel que tem sido desempenhado pelas chamadas cortes extraordinárias, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Em estudo recente e específico sobre esse assunto, Mitidiero defende a seguinte idéia:¹¹³

Em um sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil, pode-se dizer que os *órgãos jurisdicionais ordinários* devem cuidar da produção de decisões justas, sendo responsabilidade dos *órgãos jurisdicionais extraordinários* a promoção da *unidade* do Direito mediante a formação de precedentes.

O mencionado autor parte do pressuposto de que algumas cortes do sistema processual são vocacionadas à prolação de uma decisão justa, ou seja, a preocupação

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 31.

fundamental dessas cortes (no caso seriam as cortes vinculadas à jurisdição ordinária), estaria no controle da legalidade das decisões prolatadas pelos juízes.¹¹⁴ Já as Cortes Supremas (no caso, as instâncias extraordinárias) tem o papel de “*orientar a aplicação do Direito* mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma *fundamental importância* para a consecução da *unidade do Direito*”.¹¹⁵

A justificativa de uma Corte Superior, que faça o controle das decisões dos juízes, vem a reboque das concepções que identificam no Estado, unicamente a fonte da qual emanam as normas jurídicas. Segundo o ator, a cultura jurídica dos anos Oitocentos tinha concepções específicas a respeito da norma jurídica e da interpretação da norma jurídica. Diz ele:¹¹⁶

(...) no terreno da *teoria da norma jurídica*, partia-se da *sintonia entre texto, norma e regra*, pressupondo-se a identificação entre texto e norma e assimilando-se toda norma a uma regra que facultava ou determinava certa conduta diante de uma dada situação. Os *princípios* não tinham caráter normativo e, portanto, funcionavam apenas como *fundamentos* para normas”.

Já no campo da interpretação, vigia, segundo o mesmo autor, uma interpretação cognitivista ou formalista:

(...) interpretar significa *descobrir o significado intrínseco ao texto* normativo, incorporado e pré-existente à interpretação. Trata-se de uma ato de *puro conhecimento*. Nessa linha, a interpretação tem como objetivo *declarar a única, exata, objetiva e correta* interpretação da lei.

Prossegue:¹¹⁷

Sendo a “finalidade da interpretação da lei a declaração da sua vontade”...decorre daí que “o Tribunal é a boca, e não um 'bocal', da lei... “a vontade da lei formulada em abstrato torna-se concreta com a sentença. O seu conteúdo deve ser , portanto, a expressão dessa vontade, da vontade da lei.

Finalmente, arremata:¹¹⁸

Essa particular maneira de entender, expressar e interpretar o Direito deve ser entendida ainda no quadro mais amplo das relações entre as funções do

¹¹⁴ MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 33.

¹¹⁵ *Idem*, pág. 53.

¹¹⁶ *Idem*, pág. 35.

¹¹⁷ *Idem*, págs. 37-8.

¹¹⁸ *Idem*, págs. 38-9.

Estado. Vale dizer: no âmbito da teoria da *separação de poderes*. Nessa perspectiva, a redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no *legislador o criador da norma*, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no *juíz um simples aplicador mecânico da norma pré-existente*. Em uma consagrada expressão: simples “*buche de la loi*”.

Para Mitidiero, portanto, essa longa tradição que vem dos Oitocentos permite afirmar que a Corte Superior (os tribunais da justiça ordinária) trabalha sempre com o pressuposto teórico de que a norma jurídica pré-existe ao momento da aplicação; por isso sua função é a declarar a sua exata interpretação, que pode ser resumida pela atribuição de tutelar a legalidade. Dito de outro modo: o papel dos Tribunais de Apelação seria cassar os erros cometidos pelos juízes na aplicação da legislação positiva. Na sua aceção¹¹⁹, “... a *interpretação da lei* não constitui propriamente a finalidade da Corte Superior. A interpretação da lei é na verdade um meio para a obtenção do fim – controle de legalidade das decisões judiciais. A interpretação da lei *é meio e não fim* colimado à Corte Superior”. Assim, é a partir do controle da legalidade de cada decisão que chega à Corte que pode ser formada uma jurisprudência, mas a uniformidade do Direito não é seu papel principal. Outro importante aspecto, correlato ao que foi dito, é que, para o modelo de Cortes Superiores (Tribunais de Apelação), a existência de decisões divergentes é bem-vindo, pois, afinal de contas, o dissenso colabora com o desenvolvimento da interpretação da norma jurídica.

Ainda, sustenta ele, que descabe outorgar qualquer eficácia vinculante às decisões das Cortes Superiores, posto que¹²⁰:

(...) sendo o resultado da interpretação judicial apenas a declaração de uma norma legislativa pré-existente, *qualquer tentativa de outorgar eficácia vinculante às razões adotadas pela Corte Superior para decidir não tem nenhum sentido, sendo superabundante, tautológica e pleonástica*. Se a lei é capaz de manter a igualdade e a segurança no plano geral e abstrato, não há nenhum motivo para se preocupar com essas mesmas questões diante das decisões judiciais.

O autor parte do pressuposto de que, sendo papel da Corte apenas dizer o exato sentido da norma jurídica positiva, descaberia falar em eficácia vinculante de suas decisões,

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 43

¹²⁰ *Idem*, pág. 51.

já que a vinculação de todos à lei já seria suficiente para a segurança jurídica de que o sistema precisa. Eventual decisão que se desvie do padrão de conduta determinado na lei terá a oportunidade de ser corrigido mediante recurso da parte interessada à Corte Superior, que fará a correção da decisão fixando a exata interpretação do texto legislado.

2.3.3 O papel das Cortes Supremas

As Cortes Supremas podem estar dentro ou fora do Poder Judiciário. Quando estão dentro do Poder Judiciário, ficam no vértice da pirâmide jurídica, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte Americana. Quando estão fora do Poder Judiciário, são conhecidas como Cortes Constitucionais, a exemplo do que ocorre na Alemanha e na Espanha.

O papel que a Corte Suprema exerce no sistema é fundamental para o desenvolvimento do Direito. Mitidiero aponta três aspectos importantes para a exata compreensão do modelo de Cortes Supremas, fruto da cultura da segunda metade dos Novecentos. Primeiramente, no campo da teoria das normas, houve uma dissociação entre princípios, regras e postulados. Depois, no campo interpretativo, supera-se a chamada teoria cognitivista, e se adota a teoria lógico-argumentativa. Finalmente, passa-se a compreensão que legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente para produção e promoção do império do Direito.

No campo da teoria das normas abrandou-se a idéia de que o Direito positivado pelo Estado já tem o seu sentido pré-definido na norma posta, escrita na lei.¹²¹

A inexistência de identidade entre *texto e norma* está em que a *norma é o texto interpretado*. Vale dizer: a norma é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais da ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. É uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico. A *norma* é na verdade a *interpretação da norma*: ela simplesmente *ainda não é antes* da sua interpretação.

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 54.

Os textos escritos são potencialmente equívocos, pois a linguagem carrega consigo a marca da ambigüidade. Por maior esmero que haja na redação do texto normativo, essa equivocidade não é facilmente superada. Aliás,¹²²

(...) na verdade, a equivocidade não é propriamente um defeito *objetivo* do texto, mas uma decorrência de *diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados* que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados.

A mudança de postura do observador perante o texto normativo exige, igualmente, uma alteração da teoria da interpretação. Assim, se o intérprete parte do pressuposto que o texto escrito não mais tem um único significado pré-fixado pelo legislador, mas também outros significados que em última análise dependem da postura do intérprete perante o texto, então o texto escrito só existe como texto interpretado. Interpretar é fundamentalmente, fazer escolhas, diante de um texto que possui uma linguagem ambígua. Adverte, contudo, o autor, que o processo interpretativo não permite ao intérprete livre construção do sentido do texto. O controle entre o que está escrito na norma e o que está sendo dito pelo intérprete passa pela teoria da lógica e da argumentação jurídica. Confira-se:¹²³

Isso não quer dizer, contudo, que o processo de interpretação do Direito não possa ser *racionalmente controlado*. Afirmar que a interpretação é um processo que impõe ao intérprete *decidir-se* por um significado possível atribuível a enunciados linguísticos não importa autorização para sua livre construção. Justamente para viabilizar o *controle intersubjetivo da racionalidade* da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa – isto é, que se vale da *lógica* e da *argumentação jurídica* para consecução de seus fins.

Por fim, se o direito depende do processo de interpretação, natural compreender que legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente para a produção e promoção do império do Direito. A decisão judicial se legitima pelas justificativas; portanto, as razões invocadas pelo julgador para decidir se tornam importantes para o controle da decisão judicial. O modelo de Cortes Supremas pressupõe, assim, que legislação depende de

¹²² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013., pág. 55.

¹²³ *Idem*, pág. 59.

jurisdição e que a última palavra sobre o significado do Direito está a cargo da Corte e não do legislador. Confira-se o que ele diz a respeito:¹²⁴

Nesse contexto teórico, é fácil perceber que pouco pode a legislação sem a colaboração da jurisdição. E esse maior espaço logrado pela jurisdição em geral e pela Corte Suprema em especial deve-se não só aos novos contornos da teoria da norma e da interpretação jurídica, mas também a uma conformação política particular ligada à teoria da separação dos poderes. Seja no rastro da doutrina *dos cheks and balances* e da *judicial review* aí implicada do ciclo constitucional estadunidense, seja por influência da alocação suprapoderes das Cortes Constitucionais continentais, a cultura jurídica subjacente a esse modelo encara com naturalidade o fato de a última palavra a respeito do significado do Direito ser confiada à Corte Suprema.

A teoria da interpretação lógico-argumentativa pressupõe a possibilidade real de multiplicidades de significados interpretativos. Nessas circunstâncias, tendo-se presente o fato de que é atributo fundamental do Direito a segurança jurídica, há necessidade de que, em algum momento, a unidade do Direito seja um valor preservado. Essa é, precisamente, segundo o autor a função que a Corte Suprema deve desempenhar: utilizar os casos concretos para dar unidade ao Direito. Conforme diz textualmente:¹²⁵

A função da Corte Suprema, portanto, está em promover a unidade do Direito mediante a sua adequada interpretação. Como, de um lado, a interpretação jurídica pode dar lugar a uma multiplicidade de significados, e como, de outro, o Direito encontra-se sujeito à cultura, a unidade do Direito que a Corte Suprema visa a promover tem *duas direções distintas*: essa é tanto *retrospectiva* como *prospectiva*. Vale dizer: a Corte Suprema visa à promoção da unidade do Direito tanto para *resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais* como para *desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais*, outorgando adequada solução para *questões jurídicas novas*.¹²⁶

Tendo em conta esse pressuposto, avança sustentando a diferença fundamental, no seu ponto de vista, entre Corte Superior e Corte Suprema: assevera que, ao contrário das Cortes superiores, que desenvolvem sua atividade no controle da legalidade, o papel de unidade do Direito, reservado às Cortes Supremas, exige que a decisão nela tomada tenha efeitos vinculantes a todos os órgãos jurisdicionais, sendo indevida qualquer resistência dos

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 62.

¹²⁵ *Idem*, pág. 66.

¹²⁶ *Idem*, pág. 67.

demais órgãos jurisdicionais na adoção de seus precedentes. Aliás, como ele próprio apregoa, eventual desrespeito dos órgãos jurisdicionais subalternos deve ser visto como um fato grave, que deve ser evitado e prontamente corrigido pelos mecanismos processuais adequados. Confira-se:¹²⁷

Como a Corte Suprema pressupõe uma teoria de interpretação jurídica que reconhece a equivocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a *negativa de adoção de suas razões para solução de casos idênticos ou similares* constitui *negação não só da sua autoridade* como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo *negação da própria ideia de ordem jurídica* – entendida como *ordem vinculante*. A rejeição – ou ignorância – das razões invocadas pela Corte Suprema no seu processo interpretativo para a decisão de determinada questão idêntica ou similar *constitui violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar*, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado da sua interpretação. Em semelhante modelo, portanto, a regra do *stare decisis* é imprescindível para o adequado funcionamento do Direito e de todo o sistema encarregado de distribuir justiça. Reconhecer *força vinculante* ao precedente nesse contexto *não é uma decorrência de uma norma de direito positivo*, mas uma *consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica*. Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema.

Aspecto relevante, também enfrentado na obra diz respeito à objetivação do recurso julgado pela Corte Suprema. De fato, como a ela não compete o controle casuístico das decisões recorridas, não há falar em direito subjetivo da parte em ser analisado o seu recurso. Vejam-se suas palavras a respeito:¹²⁸

A nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema, como se vê, não está no exercício de um controle casuístico das decisões recorridas. Essa consiste na definição da adequada interpretação do Direito. Desse modo, o recurso à Corte Suprema *não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte*. É por essa razão, a propósito, que a admissão do *writ of certiorari* para a *Supreme Court* estadunidense “*is not a matter of right, but of judicial discretion*”... A admissão do recurso aí é submetida à demonstração do *interesse público* no seu julgamento, consubstanciando na consecução da unidade do Direito pela Corte Suprema mediante o seu conhecimento. Com a compreensão da função de nomofilaquia da Corte Suprema como uma função interpretativa, surge a possibilidade de submeter o recurso à corte a *filtros recursais*, bem como permitir a *concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia para obtenção de um quadro mais amplo de razões recursais que viabilizem uma compreensão plural do caso* e a formulação de uma adequada interpretação das normas aí envolvidas.

¹²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 68-9.

¹²⁸ *Idem*, pág. 69.

Prossegue o autor,¹²⁹ ainda, aduzindo que são essas razões que autorizam, no direito comparado, como o estadunidense ou alemão, a imposição de condições especiais para o exame de admissibilidade do *writ of certiorari*, ou, no direito alemão, a necessidade de ser comprovado que a questão a ser decidida seja de *fundamental importância, tenha necessidade para a promover o desenvolvimento do Direito*, ou necessidade de *assegurar a igualdade de todos perante a jurisprudência*. Ainda, no direito inglês, para o recurso ser examinado pela *Supreme Court of the United Kingdom*, deve estar compreender “*points of Law of general public importance*”. Mais: sustenta que idêntico pressuposto é o que autoriza, no direito francês e alemão a prosseguir no exame da causa nos pontos não argüidos pelas partes no recurso. Seria o caso de, uma vez provocada pelo recurso, a Corte não se submeter aos motivos vertidos nas razões de recurso e aproveitá-lo para examinar outros aspectos da mesma questão jurídica apresentada que considere relevante; ainda, estaria a Corte Suprema autorizada a analisar o recurso a ela dirigido mesmo que a parte tenha dele desistido. Isso tudo a fim de promover a unidade do Direito.

Finalmente, o modelo de Cortes Supremas pressupõe que o fruto de seu trabalho jurisdicional se transforme em precedentes, que devem ser obrigatoriamente respeitados, tanto horizontalmente (por cada um dos membros da Corte) quanto verticalmente (por todos os órgãos jurisdicionais a ela vinculados). Veja-se:¹³⁰

(...) É uma corte que deve sua existência ao escopo de nomofilaquia interpretativa. Nessa linha, é natural que o *precedente* em que se consubstancia essa interpretação tenha uma *eficácia para além das partes* do caso concreto do qual derivado e seja dotado de *eficácia vinculante*, sendo considerado como uma *fonte primária do Direito*. Essa eficácia que é atribuída ao precedente da Corte Suprema se deve, a uma, do ponto de vista de seus pressupostos teóricos, ao fato de a interpretação judicial consistir em uma reconstrução semântica de textos e de elementos não textuais da ordem jurídica, e, a duas, do ponto de vista de sua função, ao fato desse modelo de corte encontrar-se direcionado para outorga da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação. (...)

(...) sem força vinculante *horizontal* e *vertical*, o que implica *dever de observância do precedente* pelos *próprios membros* da Corte Suprema e por *todos os órgãos jurisdicionais*, a Corte Suprema não tem como outorgar unidade ao Direito mediante seus precedentes. Dessa forma, o precedente judicial nesse modelo constitui *fonte primária do Direito*, cuja eficácia vinculante não decorre

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 70-1.

¹³⁰ *Idem*, págs. 71-3.

de um *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas, mas da *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado.

Essa vinculação ao precedente formado pela Corte, por outro lado, independe de qualquer norma de direito positivo que assim obrigue. Trata-se de imperativo lógico do sistema constitucional de que a decisão prolatada pela Corte Suprema, necessariamente, tem de ser observada por toda a sociedade, já que é ela que faz o “*fechamento*” do sistema jurídico porque a ela é confiada a última, a derradeira interpretação do texto normativo positivo. A esse propósito:¹³¹

A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *igualdade e à segurança jurídica*. Isso quer dizer que a *vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais*. O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de *identificação da norma aplicável* a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela *segurança jurídica objetivamente considerada*, como elemento indissociável da *cognoscibilidade*.

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como *parâmetro necessário* para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança jurídica. Isso implica, a uma, que casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais a ela ligados a partir do conteúdo do precedente, e, a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e o seu resultado.

Como salienta o autor no texto transcrito, uma vez formado o precedente, ele integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e sua necessária observância pelos órgãos judiciais decorre não apenas de uma questão de segurança jurídica, mas de aplicação do princípio da igualdade.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 76.

CAPÍTULO 3 - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DA CONSTITUIÇÃO PARA O ACOPLAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO AO SISTEMA POLÍTICO. A TEORIA DOS SISTEMAS E OS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

3.1 ASPECTOS DA TEORIA DOS SISTEMAS NA VISÃO DE LUHMANN

A Teoria dos Sistemas propõe uma nova matriz teórica, além das matrizes normativistas e hermenêuticas. O ponto de partida é uma reflexão sobre o que é a sociedade. O sociólogo alemão Niklas Luhmann elaborou uma teoria conhecida como Teoria dos Sistemas Sociais. Como ele próprio afirma¹³², a nova geração da teoria dos sistemas se deve a um conjunto de pensadores de diferentes disciplinas: Heinz Von Foester (cibernética), Gottard Günther, Humberto Maturana e Varela (Biologia) e Georges Spencer-Brown (matemática).

O ponto de partida de Luhmann é a Teoria dos Sistemas de Parsons; depois, voltou-se para a perspectiva autopoietica de Maturana. A novidade da sua teoria consiste em que¹³³

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos, no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. (...)

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para Luhmann, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios.

O ponto inicial da teoria de Luhmann está na afirmação de que o sentido da sociedade é a produção da diferença entre sistema e meio. Revisitando autores como Sausure (teoria da linguagem) e Gabriel Trade, sustenta que há mais de século as teorias

¹³² LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, págs. 77-9.

¹³³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, págs. 31-2.

sociais trabalham com a idéia de diferença. Assim, para esse último, o processo de socialização se daria na imitação, porque a condição mínima da imitação é a diversidade daquele que imita. Já nos tempos atuais, para a teoria da informação de Gregory Bateson “a informação é a *difference that makes a difference*”. A informação, uma vez ocorrida, muda o próprio estado do sistema, porque “independentemente da forma como se decide, a comunicação fixa uma posição no receptor”¹³⁴. Essa informação, portanto, produz uma diferença no interlocutor, mesmo que ele não a leve a sério, pois não importa que a aceite ou a rejeite. O que importa é que a informação tenha realizado uma diferença.

Outro conceito fundamental para Luhmann é o de comunicação, elemento que considera constitutivo da sociedade:¹³⁵

No âmbito social, não existe uma multiplicidade de alternativas de modo a escolher, entre elas, a operação que defina o social. A comunicação é o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação. (...)

Tudo o que existe e pode ser designado como social está constituído, do ponto de vista de uma construção teórica fundamentada na operação, por um mesmo impulso e um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação.

Na sua visão, o sistema é, assim, uma diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação: a operação realiza o fato de reproduzir a diferença entre sistema e meio, na medida em que produz comunicação somente mediante comunicação. Ao entrar no sistema, a diferença é por ele aproveitada, de sorte a se articular a outra de seu mesmo tipo. As demais operações que acontecem no meio só terão importância para o sistema no momento em que ele puder conectar esses acontecimentos à comunicação. Surge, então, uma capacidade do sistema de auto-observação, através do qual ele pode controlar suas possibilidades de conexão.

A vida moderna, com sua complexidade, é plena de possibilidades comunicativas e, por decorrência, cheia de paradoxos. A resolução do paradoxo deve ser feita dentro do próprio sistema. Para isso, é necessário pressupor que exista um sistema e um meio e que um e outro sejam coisas distintas, de tal sorte que o sistema é quem realiza a diferença operativa. A isso se chama de encerramento operativo. Esse encerramento não significa

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 83

¹³⁵ *Idem*, págs. 90-1.

isolamento, mas fechamento operacional do sistema, quando as operações próprias do sistema sejam possíveis “pelos resultados das operações específicas do sistema”.¹³⁶

Por fim, o encerramento operativo não se confunde com sistemas fechados casualmente, na diferenciação que se faz entre sistemas técnicos e sistemas de sentido. O sistema técnico é causal, como por exemplo, as máquinas, que dependem de energia para funcionar, ajuste das engrenagens, etc. Esse fechamento causal, segundo Luhmann permite detectar facilmente as falhas; assim, o observador que domina a estrutura interna desses sistemas logo encontra o defeito. Continua o autor:¹³⁷

Por muito tempo a Teoria dos Sistemas permaneceu sob a suspeita de constituir uma teoria de caráter tecnocrático. As designações mais freqüentes indicavam que se tratava de uma construção de engenharia, de planejamento tecnológico, ou de métodos em geral, que pretendiam garantir, a qualquer preço, o emprego de determinadas causalidades. Com a teoria do encerramento de operação podem-se distinguir, com exatidão, por um lado, os *sistemas técnicos*, isto é, causalmente fechados, e, por outro lado, os *sistemas abertos ao sentido*, graças ao encerramento operativo.

Existem, ainda, dois conceitos a serem estudados dentro do encerramento operativo: a auto-organização e a autopoiesis. Vejam-se suas próprias palavras:¹³⁸

Auto-organização e autopoiesis são dois conceitos que devem manter-se claramente separados. Cada um acentua aspectos específicos do *encerramento de operação*. Os dois têm como base um princípio teórico sustentado na diferença e um mesmo princípio de operação. Ou seja: o sistema só pode dispor de suas próprias operações; ou, em outras palavras, dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação. Esta operação única consegue configurar dois acontecimentos fundamentais, dentro do sistema: a auto-organização e a autopoiesis.

Auto-organização significa construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. Eles mesmos devem construí-las: por exemplo, numa conversa, o que se disse por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo; assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções. A presença corporal em um espaço específico é o eixo fundamental para captar a normalidade da continuidade da percepção. Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas.

Autopoiesis significa, ao contrário, determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 103.

¹³⁷ *Idem*, pág. 106.

¹³⁸ *Idem*, págs. 112-3.

Somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire a suficiente *direção interna* que torna possível a autorreprodução. Assim, uma estrutura constitui a *limitação das relações possíveis no sistema*, mas não é o fator produtor, a origem da *autopoiesis*.

As estruturas, portanto, são construídas pelos sistemas, numa operação de auto-organização. Essa auto-organização também é auto-construída, já que para ele não há importação de estruturas. Ele exemplifica essa auto-construção de estruturas utilizando-se, do fenômeno da rapidez com que as crianças aprendem a falar. O adulto, ao se reportar a uma criança ensina como se ela o entendesse. Dessa forma, “a aprendizagem da fala se realiza conforme a capacidade da criança de criar estruturas, ao selecionar determinados sons e atribuir-lhes sentido”.¹³⁹

Importante a constatação de que, quanto maior o número de estruturas, mais rico será o sistema, com maiores possibilidades de determinação de seus estados e operações específicas. É que, consoante Luhmann:¹⁴⁰

Por outro lado, as estruturas só podem ser construídas com operações próprias do sistema. Trata-se, assim, de um processo circular: as estruturas só podem se realizar mediante operações próprias do sistema: e as operações só adquirem direcionamento porque as estruturas indicam o rumo.

E, na sequência, exemplifica:¹⁴¹

Na estrutura bioquímica da célula, isso é diáfano: as operações servem, simultaneamente, para a construção do programa das enzimas, mediante as quais as estrutura e operações da célula são regeneradas. Levando isso para o terreno da linguagem, obtém-se um resultado idêntico: por um lado, a linguagem só é possível mediante a operação da fala, sem a qual a linguagem desapareceria, ou não poderia ser aprendida; e, por outro lado, a linguagem é condição de que se possa falar. Essa relação circular é o âmbito no qual se desenvolve a identidade de um sistema, e em que as operações estão colocadas como sequência temporal.

Falta, ainda, analisar o conceito de autopoiesis. Nesse particular, Luhmann diz o seguinte:¹⁴²

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 117.

¹⁴⁰ *Idem*, págs. 118-9.

¹⁴¹ *Idem*, pág. 119.

¹⁴² *Idem*, págs. 119-20.

Na definição de Maturana, *autopoiesis* significa que “um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações.

Interessante é a origem do termo autopoiesis, na versão do criador da expressão, Maturana:¹⁴³

Por que a denominação de *autopoiesis*? Maturana relata que o conceito surgiu quando ele estava trabalhando com o termo de estruturas circulares para explicar a reprodução celular, embora não considerasse suficientemente apropriada a palavra circular. A partir do encontro com um amigo filósofo, surgiu na prática o tema da diferença entre *praxis* e *poiesis*, abordando em uma aula sobre Aristóteles ministrada pelo referido professor e amigo. *Praxis*, entendida no contexto aristotélico como a paixão da vida estética. A virtude de todo trabalho que não adquire sentido no efeito ou no êxito obtido, mas tão somente pelo fato de se realizar. No contexto de práxis já está contido o momento da autorreferência.

Em contrapartida, a *poiesis* foi explicada como algo que se produz de fora de si mesmo: faz-se isto ou aquilo, não para executar uma ação que tem sentido unicamente pelo fato de ser feita, mas porque se quer produzir algo. Com esses elementos, Maturana encontrou por si mesmo a ponte para sua expressão, com acréscimo da palavra *auto*. Com isso, ele queria indicar que o conceito de *autopoiesis* se tratava de uma produção, de um efeito expressamente perseguido, e não de uma práxis. No conceito de *autopoiesis* a produção consiste em produzir-se a si mesmo – operação que não tem sentido quando se expressa como *autopraxis*, já que se trataria de uma reduplicação do que a práxis já faz por si mesma.

No conceito de *poiesis*, do fazer, do produzir, nunca está pressuposto o controle total do processo de produção. Pode-se controlar unicamente uma parte do âmbito da causalidade. Por exemplo, para cozinhar um ovo, necessita-se de utensílios, fósforos, que se ferva a água, mas não é preciso modificar a constituição do ar, nem a composição substancial do ovo. Portanto, no conceito de *autopoiesis*, não se trata de uma *creatio*, de uma invenção de todos os elementos, mas somente da produção de um contexto cujas condições elementares já estão colocadas.

Distanciando-se do conceito de práxis, portanto, poiesis traz a idéia de produção de algo novo; acrescentando o prefixo auto, tem-se, assim, a idéia de auto-reprodução, de produzir-se a si mesmo. Nascido de modo casual na área da Biologia, com uma forte contestação quanto à sua utilização pelas ciências sociais, pelo menos de parte do próprio Maturana, é o próprio Luhmann que, de certa forma, esclarece que a teoria da autopoiesis deve servir como orientação geral e não como base metodológica da pesquisa empírica; trata-se de teoria que precisa, certamente, de outros apoios decisivos. Confira-se:¹⁴⁴

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, págs. 121-2.

¹⁴⁴ *Idem*, pág. 125.

A *autopoiesis* constitui, portanto, um princípio teórico, que, muito particularmente, responde a pergunta do que é a vida, o que é a consciência, o que é o social. Trata-se de uma refundação da teoria, cujo desenvolvimento dos conceitos complementares requer muita elaboração. O conceito de *autopoiesis* não oferece ganho de informação e se mantém em um plano geral, abstrato. Necessita de apoios decisivos, como o do conceito de acoplamento estrutural.

Günther Teubner, da mesma forma como Luhmann, deixa claro que os sistemas sociais, do qual o Direito é parte, não se articulam como sistemas autopoieticos da mesma forma, ou do mesmo modelo de Maturana. Para Teubner, Maturana trabalha a hipótese de autopoiese dos sistemas sociais considerando a sociedade como uma organização de seres vivos. Ou seja, parte do mesmo pressuposto de que parte para as ciências biológicas: o sistema da sociedade seria composto por uma organização de seres vivos. Teubner explica que Luhmann, contudo, dá outro enfoque aos elementos constitutivos da sociedade; para esse último autor, existem unidades emergentes que fornecem elementos para a formação de sistemas autopoieticos de primeiro grau. No caso das sociedades, as unidades emergentes são representadas pelas comunicações e não por sistemas humanos cognitivos:¹⁴⁵

A autopoiesis social deve ser concebida como sendo independente da autopoiesis dos organismos vivos. Os sistemas sociais são sistemas autopoieticos no sentido estrito do termo. Eles não são apenas auto-organizados no sentido acima analisado, designadamente no sentido de que produzem espontaneamente uma ordem, mas verdadeiramente auto-produzidos, já que se produzem a si próprios a partir da rede dos seus próprios elementos. A base reprodutiva desses sistemas sociais (...) é constituída pelo sentido antes que pela vida (como acontece com os sistemas biológicos: célula, organismo, sistema nervoso), e os seus elementos constitutivos são comunicações e não seres humanos individuais (as comunicações, enquanto bases realizadoras da unidade entre mensagem, informação e compreensão, constituem sistemas sociais que reproduzem circular e recursivamente comunicações).

A sociedade constituiria, assim, um sistema de sentido e não um sistema biológico e isso é o que permite, segundo Teubner, com apoio em Luhmann, afirmar que, embora os seres humanos façam também parte do mundo dos seres vivos, o elemento diferencial entre humanos e os demais seres vivos é a comunicação, instrumento capaz de gerar mensagens, informações, compreensões.

¹⁴⁵ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 63.

3.1.1 Autopoiesis e Autonomia do Sistema Jurídico

No campo do Direito, alguns autores criticam a inclusão do Direito como sistema autopoietico. Para começar, o próprio Luhmann pergunta se o Direito tem capacidade de auto-reprodução, fundamental para que se considere como autopoietico. A questão, portanto, é a seguinte:¹⁴⁶

Constituirá o sistema jurídico, enquanto subsistema social, um sistema também ele autopoieticamente organizado? Se sim, de que modo: exigirá a autonomia do sistema jurídico apenas que este constitua os seus próprios elementos a partir do fluxo de comunicações, ou implicará ele a criação de um sistema autopoietico de segundo grau?

Um sistema autopoietico de grau superior apenas pode ser desenvolvido a partir de um outro sistema autopoietico se aquele verdadeiramente “produzir” os seus próprios elementos, distintos dos elementos deste último.

Luhmann deixa claro, ainda, dois aspectos importantes de sua visão sobre autopoiesis, quais sejam, a) o sistema é ou não é autopoietico; não existe, para ele, meio-termo; b) a questão da dependência do sistema é uma maneira de observar como o meio produz efeitos no sistema. Veja-se:¹⁴⁷

1) No conceito de *autopoiesis*, deve-se manter um ponto firme de explicação: um sistema é autopoietico, ou não o é (conforme o esquema: ou isto/ou aquilo). Um sistema não pode ser *um-pouco-autopoietico*. Esse preceito teórico é praticamente óbvio, na biologia: um organismo está vivo ou morto (excetuando-se casos muito extremos em que não é possível reconhecer a vida ou a morte); uma mulher está grávida ou não está (exemplo dado pelo próprio Maturana). Isso significa, em primeiro lugar, que o conceito não inclui por si mesmo um processo de gradação. Consequentemente, o conceito de *autopoiesis* não pode explicar a evolução dos sistemas complexos. Quando se busca isso, chega-se às teorias do *raleamento* da *autopoiesis*: um sistema vai se tornando paulatinamente autopoietico e, neste sentido, depende, em princípio, mais do meio, e logo adquire a autonomia. Portanto, as estruturas estariam primeiramente determinadas pelo meio, e depois, pouco a pouco, desenvolveriam suas próprias operações.

Günther Teubner tratou de incluir a evolução no conceito de *autopoiesis*, no âmbito do direito; assim como há tendências similares na teoria da organização de empresa, quando se considera como uma tendência gradual de autonomia. Chega-se, assim, ao conceito de *autonomia reativa*: em algumas vezes, mais dependente do meio; em outras, mais autônomo.

De fato, a *autopoiesis* nada diz sobre a dependência ou não dependência em reação ao meio, já que esta é uma questão estritamente causal – o que nos leva ao segundo aspecto da discussão recente sobre o conceito de *autopoiesis*.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 65

¹⁴⁷ *Idem*, pág. 126.

A crítica de Luhmann é respondida por Teubner. Para esse último autor, é a partir da “invenção” do ato jurídico que o sistema jurídico ganha sua autonomia. E essa autonomia constitui aquilo que ele chama de uma realidade gradativa, ou seja, distancia-se novamente de Luhmann que vê a questão da autonomia uma questão de tudo ou nada: ou o sistema é autopoietico ou é heteropoietico. Embora Teubner parta do pressuposto de que o sistema bem se reproduz a si próprio ou não se reproduz, compreende que essa autonomia pode ser uma realidade gradativa, com graus de intensidades diversos.

Adverte, porém, que a relação existente entre auto-observação, auto-constituição e auto-reprodução é a chave para compreender a autonomia do sistema jurídico. Assim:¹⁴⁸

Logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica legal/ilegal comece a diferenciar-se da comunicação social geral, aquela torna-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias intrinsecamente jurídicas. (...)

Esse sistema começa por estabelecer as normas reguladoras das suas próprias operações, estruturas, processos, limites, meio envolvente e até da sua própria identidade. Uma vez que estas auto-descrições tenham sido utilizadas operativamente deste modo, então o sistema começa a constituir os seus próprios componentes. Isto conduz à emergência de círculos auto-referenciais no respeitante a actos jurídicos, as normas jurídicas, a processos jurídicos e à dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma maior autonomia do sistema jurídico: o direito determina, ele próprio, quais os pressupostos da relevância jurídica de um facto, da validade jurídica de uma norma, etc. O sistema jurídico apenas se torna auto-reprodutivo “stricto sensu” quando os seus componentes auto-referencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que actos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si, e que processo jurídico e doutrina jurídica relacionem, por seu turno, tais interrelações: apenas quando os componentes sistêmicos ciclicamente organizados interagem entre si desta forma o hiperciclo jurídico atinge o seu termo perficiente.

Conclui Teubner, assim, que o grau de autonomia do Direito é determinado pelo grau com que ele constitui relações auto-referenciais, simples e complexas (clausura circular de um sistema hiperciclicamente organizado). A capacidade de criar suas próprias regras, contudo, não esgota a noção de autonomia jurídica, que abrange, ainda, a

¹⁴⁸ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, págs. 70-1.

capacidade para gerar as suas próprias operações originárias ou para produzir a sua própria identidade. E enfatiza, Teubner:¹⁴⁹

Autonomia jurídica abrange, assim, não apenas a capacidade do direito para criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de auto-constituição de acções jurídicas, a juridificação dos processos e a “invenção” de institutos jurídico-doutrinários.

Por fim, no que diz com a autonomia, ainda, insiste Teubner que circularidade e independência causal são conceitos distintos: a autonomia jurídica reside no carácter circular da produção do direito e não numa mera independência causal relativamente ao meio envolvente. Ela pressupõe a interdependência entre sistema jurídico, sistema político e sistema económico. Derradeiramente, um outro fenómeno apontado contra a autonomia do direito seria que o sistema jurídico incorpora significados sociais. Todavia, explica Teubner que esse fenómeno decorre justamente da interação entre abertura e clausura do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico¹⁵⁰:

(...) não se trata verdadeiramente de uma questão de autonomia jurídica mas de um problema surgido em consequência da interação entre a abertura e clausura do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico: ao passo que, em abertura cognitiva, o direito se relaciona com significados sociais, valores sociais e construções da realidade através de uma variedade de formas, no contexto de um sistema auto-referencialmente fechado as incursões nesse domínio são sempre levadas a cabo sob reserva de uma integração normativa. O conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referência, ficando assim essas “incursões sociais” sempre sujeitas à respectiva reformulação jurídica.

A abertura cognitiva permite o arejamento do direito incorporando significados sociais; todavia, quando incorporados esses elementos ganham um significado próprio, porque o sistema do direito os reformula.

¹⁴⁹ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 72.

¹⁵⁰ *Idem*, pág. 75

3.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUA AUTONOMIA EM TEUBNER

Teubner responde à indagação sobre a autonomia do sistema jurídico, defendendo-o como um sistema autônomo e hipercíclicamente organizado. Contrapondo-se a uma crítica de Rottleuthener, que não consegue visualizar em que momento, exatamente, o sistema jurídico atingiria a sua clausura autopoiética, Teubner separa em três etapas o fenômeno da autonomia do sistema jurídico, utilizando-se do conceito de hiperciclo.

Numa primeira fase, que ele chama de direito socialmente difuso, os “elementos, estruturas, processos e limites do discurso são idênticos aos da comunicação social geral...”¹⁵¹ Torna-se difícil de diferenciar o direito de outras comunicações gerais ou de outras formas de resolução de conflitos, já que nem toda a resolução de conflitos institucionalizada pode ser confundida ou reconduzida ao direito (ex. uso da força, arbitragem, transação são formas não-jurídicas de resolução de conflitos).

Nesse plano, segundo Teubner, somente se pode falar em direito de modo elementar, porquanto (a) os conflitos são definidos como divergências de expectativas que tornam imperiosa uma decisão e (b) esse conflito é resolvido na base da distinção ilegal/legal. Seriam os casos dos conflitos internos da família, ou em grupos característicos da sociedade moderna: na solução do conflito, são utilizadas normas da família ou do grupo para a qualificação de um comportamento como legal/ilegal. Trata-se de um “direito” que não provém da fonte normativa estatal. Os seguintes exemplos são esclarecedores: a) o direito de herança na tradição italiana dos imigrantes (o filho mais novo fica com a terra, mas cuida dos pais); b) prisão de índios ordenada por caciques indígenas; c) a “lei da cadeia” (estuprador é estuprado, etc.).

Numa síntese teórica, Teubner diz o seguinte:¹⁵²

Este tipo de direito, todavia, é ainda heteroproduzido, através da referência a factores externos. De facto, as expectativas são essencialmente construídas na base de normas sociais forjadas num contexto de coordenação de condutas, mais do que num contexto de resolução de conflitos.

¹⁵¹ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 77.

¹⁵² *Idem*, pág. 80.

Como há identidade da ação social e a ação jurídica, não se poderia falar de sistema jurídico.

A segunda fase é denominada de direito parcialmente autônomo. Nessa fase, o discurso jurídico começa a definir seus próprios componentes e usá-los operativamente. Começa a acontecer “quando um ou mais dos componentes do sistema jurídico se autonomiza através da auto-descrição e auto-constituição” (Teubner, 1989, pág. 80).¹⁵³

Teubner utiliza como exemplo as chamadas normas secundárias de Hart: somente podemos falar de direito quando as normas de conduta primárias são ultrapassadas e reguladas por normas secundárias de identificação e processualização. Todavia, o mecanismo das normas secundárias ainda não pode ser identificado com a idéia de autonomia jurídica e de autopoiesis do sistema jurídico (que é a terceira autonomia), porque é apenas um dos seus vários círculos auto-referenciais, já que aqui toma a forma de auto-descrição e não atinge, ainda, a auto-reprodução.

As normas secundárias são importante marco de referência no desenvolvimento do sistema jurídico, em direção a um direito parcialmente autônomo; todavia, oferecem uma visão incompleta das relações auto-referenciais, já que são igualmente possíveis relações similares de outros componentes do sistema jurídico. É o nível de operacionalidade da auto-descrição no sistema (se regularem a comunicação do próprio sistema) que vai definir se os componentes do sistema jurídico são auto-constitutivos. Exemplo desse tipo de norma estaria na diferença entre doutrina (seio acadêmico) e práxis jurisprudencial e legislativa (que aplica ou rejeita as auto-descrições da doutrina); uma decisão do STF que acolha o pensamento de determinada doutrina, transforma a auto-descrição em auto-constituição do sistema jurídico.

Enfim, mesmo que o sistema jurídico seja auto-constituído não é, ainda, nessa fase, um sistema autopoietico (um sistema que gera seus elementos a partir dos seus próprios elementos e estruturas).

Na terceira fase, a do direito autopoietico, os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo auto-reprodutivo. As técnicas jurídicas de identificação normativa podem se servir das mais variadas fontes (textos religiosos, revelações divinas,

¹⁵³ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 80.

experiências naturais, velhas tradições, costumes, uso da força). Todavia, quando ingressam no sistema do direito, ganham sentido específico e novo. É o caso das cláusulas gerais de direito (boa-fé, interesse público). São exemplos de normas sociais referidas por normas jurídicas; as normas sociais que coincidem com normas jurídicas sofrem um processo de seleção judicial ou legislativo. Confirmam-se as palavras de Teubner¹⁵⁴:

O modo como as normas jurídicas se referem às normas sociais no contexto das chamadas cláusulas gerais (“boa-fé”, “interesse público”) é um ótimo exemplo disto mesmo: diferentemente do que sucede no quadro do direito dito socialmente difuso, as normas sociais não podem simplesmente identificar-se com as normas jurídicas, requerendo essa transição uma norma secundária de selecção judicial ou legislativa.

Nesse ponto, cumpre sublinhar a existência de uma instância específica da auto-constituição, que é particularmente interessante para os nossos propósitos, a saber, quando os critérios para a identificação de normas jurídicas são constituídos por forma a terem como ponto de referência, não fontes extra-jurídicas, mas componentes internos do próprio sistema jurídico. O direito torna-se autopoietico quando as suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena. As normas jurídicas são então definidas por referência a operações jurídicas, isto é, componentes sistêmicos “produzem” componentes sistêmicos. Este é, de resto, o caso do moderno direito ‘positivo’: as normas jurídicas podem apenas ser produzidas através de actos jurídicos especificamente definidos, consistam estes em leis, em decisões judiciais, ou em estatutos organizacionais ou associativos; nos nossos dias, o próprio direito consuetudinário deve ser visto como um direito de criação jurisprudencial, já que a sua validade jurídico-positiva depende de um acto jurídico ‘constitutivo’ (e não meramente ‘declaratório’).

Nesse ponto, portanto, o próprio sistema jurídico cria o direito: a lei é criada pelo legislador; juízes decidem a respeito da validade da lei; as cortes criam precedentes que se tornam obrigatórios a todos, seja no plano horizontal (aos membros da Corte) seja vertical (às Cortes inferiores), seja às pessoas em geral. Arremata Teubner¹⁵⁵:

Uma articulação hipercíclica apenas surge quando esses actos juridicamente relevantes se assumem como actos jurídicos que conduzem a uma modificação da situação jurídica: só então se pode afirmar terem os elementos produzido as estruturas do sistema.

Esta articulação hipercíclica entre elemento e estrutura, enquanto produção recíproca de actos jurídicos e de normas jurídicas, constitui porventura o traço

¹⁵⁴ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, págs. 84-5.

¹⁵⁵ *Idem*, págs. 77-8.

distintivo do direito moderno, possuindo as articulações de outros componentes sistêmicos uma importância bem menor. (...)

Doutrina e processo devem ser constituídos de modo a referir-se simultaneamente a actos jurídicos, por um lado, e a normas jurídicas, por outro. Se se olhar mais de perto, nem doutrina nem processo estão directamente articulados com outros componentes do sistema, mas apenas articulados com as relações existentes entre estes. Doutrina e processo constituem assim articulações hipercíclicas da própria articulação entre norma e decisão, controlando deste modo a auto-reprodução do direito. Apenas quando o sistema haja criado as necessárias pré-condições para a articulação hipercíclica, descrevendo e produzindo os seus próprios componentes, poderá começar a efectiva produção de comunicação jurídica, gerada a partir de si mesma através da rede de expectativas jurídicas e controlada pela doutrina e processo jurídico.

Dando fecho, assim, à autonomia do sistema jurídico, considerando-o como sistema autopoietico, trabalha Teubner o conceito de hiperciclo entre doutrina e processo como articulação hipercíclica entre norma e decisão, controlando a auto-reprodução do direito.

As implicações que autonomia jurídica provoca no conceito de ação são examinadas por Teubner. Para ele o conceito jurídico de ação é importante, já que “as ações representam auto-descrições de comunicações que tornam possível a auto-reprodução de sistemas comunicativos”.¹⁵⁶

Formula, então, elementos para uma teoria geral da ação, com base nos seguintes critérios: a) enquanto auto-descrição, deve tornar possível futuras auto-descrições; b) deve utilizar apenas distinções orientadoras próprias do sistema (a autopoiesis depende disso); c) deve ser capaz de evitar paradoxos; d) pode incorporar outras distinções de origem externa, mas tais elementos (psicológicos, filosóficos, por exemplo) não podem jamais interferir com a capacidade do sistema para produzir decisões de acordo com o critério da legalidade/ilegalidade; e) deve corresponder de algum modo às necessidades do particular universo social ao qual se aplica.

Por fim, enfrenta a crítica de que a autopoiese produziria a desumanização do direito: “Constituirá tal autopoiesis, como diz Frankenberg, algo ‘tão pós-moderno quanto uma bomba de neutrões, que extingue os sujeitos deixando intactos os objectos’?”¹⁵⁷ Diz ele:

¹⁵⁶ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 89.

¹⁵⁷ *Idem*, pág. 92

Parece-nos assim infundada a objecção segundo a qual a teoria sistémica marginaliza o ser humano no contexto social, tratando-o como um ‘agente cego’ ou como uma espécie de ‘marioneta sem a qual a peça não poderia prosseguir’. Pelo contrário, a verdade é que o sujeito humano não deixa jamais de produzir certas repercussões no seio da sociedade, num duplo sentido: por um lado, a construção social “pessoa” constitui um centro de imputação social absolutamente essencial para que a sociedade possa constituir comunicativamente acções através de auto-descrições; por outro lado, o sistema social é consideravelmente perturbado em virtude das suas articulações operativas e estruturais com sistemas físicos turbulentos.

No universo da autopoiesis, o indivíduo que se dizia morto ganha assim até uma nova vitalidade, a sua contribuição fundamental situando-se agora num outro plano: ela vem romper a unidade do paradigma “indivíduo-na-sociedade” e vem “pensar” o pensamento humano e a comunicação social como esferas autónomas que se reproduzem a si próprias de acordo com uma lógica própria e independente.

A autopoiesis passa a colocar em evidência a existência de sistemas sociais de comunicação, entre os quais o direito, com mecanismos de comunicação próprios para a compreensão do mundo. E conclui:¹⁵⁸

O direito de modo algum se pode reconduzir àquele que é produzido pela consciência dos juristas, sendo antes o produto de uma realidade emergente – a comunicação jurídica auto-realizada.

As normas jurídicas não constituem fenómenos físicos, nem fenómenos sócio-psicológicos no sentido de representarem consensos das consciências dos actores envolvidos, mas verdadeiramente fenómenos sociais cuja realidade reside na circunstância da sua própria comunicação. A ‘realidade jurídica’ não constitui a parcela ‘jurídica’ da realidade social, nem se reduz à mundividência particular do jurista: representa antes uma construção de um mundo tal como ele acede à sua existência, através das limitações (e oportunidades) próprias do jogo comunicativo-jurídico. A ‘realidade jurídica’ distingue-se assim da consciência e da mundividência de um jurista em dois aspectos: constitui uma construção social e não psíquica (isto é, representa o resultado de comunicações), e uma construção social altamente selectiva, já que ganha a sua própria existência no seio de um sistema social autónomo, o hipercíclicamente organizado sistema jurídico.

O direito se constitui, portanto, numa construção social altamente selectiva que ganha sua própria existência dentro de um sistema social autónomo, o hipercíclicamente organizado sistema jurídico.

¹⁵⁸ TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989, pág. 94.

3.3 IRRITAÇÕES, ABERTURAS COGNITIVAS E FECHAMENTO OPERACIONAL

A análise de como acontecem as relações entre sistema e meio são extremamente importantes, já que o sistema evolui não a partir de si mesmo, mas em face da reprodução divergente das estruturas. As transformações das estruturas só podem ser efetuadas dentro do sistema, de modo autopoietico, mas decorrem de irritações provocadas no meio.

Cumprido saber, portanto, como o sistema entra em relação ao meio e, para isso, Maturana desenvolveu o conceito de acoplamento estrutural. Todavia, no conceito da Biologia, segundo Luhmann, o meio apenas pode influir causalmente em um sistema no plano da destruição. Todavia, Maturana distingue a organização autopoietica do desenvolvimento de estruturas de um sistema. Assim, para Maturana, o sistema autopoietico é o que dá conservação ao sistema; e o acoplamento entre sistema e meio é realizado referentemente às estruturas, mas apenas naquilo que possa ser relevante para as estruturas.

É mediante o acoplamento estrutural que o sistema aproveita ou descarta as informações advindas do meio. Luhmann explica esse fenômeno da seguinte maneira¹⁵⁹:

Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis. Isso pode ser formulado de modo inverso: a linha de demarcação que divide o meio, entre aquilo que estimula ao sistema e aquilo que não o estimula – e que se realiza mediante o acoplamento estrutural –, tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estreito de influência. Apenas desse modo, um sistema pode transformar as irritações em causalidades.

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar a informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio).

O papel que o acoplamento estrutural exerce no sistema, portanto é de seleção: das inúmeras irritações que existem no meio, seleciona aquilo que estimula o sistema e o

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 132.

que não estimula, apartando o que interessa e transformando em estrutura. Ocorridas as irritações e consideradas elas relevantes para o sistema, a seleção do que interessa acaba reduzindo a complexidade dessas informações, que são transformadas em estrutura; quando isso se transforma em estrutura, inexoravelmente, estará sendo aumentada a complexidade do sistema.

Discorrendo sobre como a comunicação e a consciência se acoplam estruturalmente, já que se tratam de dois sistemas autopoieticos, Luhmann afirma que consciência apenas surge, no processo de evolução, com comunicação; e, por seu turno, a comunicação de conteúdos significativos somente ocorre com a consciência. Conclui, logo em seguida, que o liame de articulação que faz o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação é linguagem. Confira-se:¹⁶⁰

Na perspectiva da evolução, a emergência da consciência como fenômeno de atenção sobre percepções identificáveis (ruídos, movimento, etc.), e a operação recursiva da comunicação mediante o intercâmbio de signos (e não somente como relação esporádica de resposta ao signo, como também poderia ocorrer entre os animais), tornam-se possíveis graças à linguagem. Temos aqui, portanto, o surgimento de um acoplamento estrutural, no âmbito tanto da consciência como no da comunicação, e que, de início devia ser muito pouco diferenciado e pobre em complexidade, mas que na fase em que hoje se encontra, foi ganhando complexidade nas duas direções (consciência-comunicação), de modo a também refletir no aumento de complexidade da linguagem.

O acoplamento estrutural realizado através da linguagem evidencia como esta exclui uma infinidade de possibilidades de percepção e absorve somente umas poucas, resultando com isso, que ele próprio possa ser complexo. Observando-se a comunicação oral, verifica-se que nela existe uma elevada seletividade, na medida em que muitos ruídos possíveis foram deixados de lado, concentrando-se na articulação altamente seletiva de signos acústicos que denominamos de linguagem. Esse espectro de signos acústicos é tão excludente, que qualquer desvio sonoro nas palavras provoca perturbação na consciência, obrigando-a a ir em busca da retificação do que se pretendia expressar. Assim, temos na linguagem, tanto oral como escrita, o exemplo mais patente de padrões altamente seletivos, que se reduzem a uns tantos signos estandarizados, e não permitem que toda a riqueza de percepção possa ser processada. (...)

Portanto, no acoplamento estrutural realizado pela linguagem, temos uma forma altamente seletiva, que, empregando padrões muito simples e estandarizados, possibilita uma combinação muito complexa que produz efeitos de complexidade correspondentes tanto na consciência, como na comunicação.

Os acoplamentos estruturais são responsáveis, assim, por abastecer o sistema de uma permanente irritação. E essa irritação provoca um desequilíbrio internamente no

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, págs. 134-5.

sistema. O funcionamento do sistema pode ser resumido da seguinte maneira nesse ponto, em face das irritações:¹⁶¹

O sistema dispõe de um campo de estruturas delimitadas, que determinam o espectro de possibilidades de suas operações. Recordemos que se trata de um processo circular interno de delimitação: as estruturas condicionam o espectro da possibilidade no sistema; a autopoiesis determina o que é possível, de fato, na operação atual. O molde das estruturas pré-condiciona o que é passível de ser examinado; e a autopoiesis determina o que, realmente, deve sê-lo.

Nesse sentido, as irritações sempre estão referidas (e orientadas) às estruturas e, no âmbito dos acontecimentos de sentido, elas estão voltadas para as expectativas possíveis, que já trazem impresso um sentido de avaliação: somente com isso pode-se obter informação. Dessas expectativas possíveis, surge uma perturbação, uma irritação, que se torna atual no sistema, e faz com que a autopoiesis da operação do sistema reaja mediante identificação ou rejeição (...).

Irritação (perturbação, estimulação) significa, portanto, desenvolver o processamento de informação que só pode se realizar dentro do sistema.

No campo do Direito, sustenta Luhmann que a Constituição é a responsável por fazer o acoplamento estrutural do sistema do direito com o sistema da política.¹⁶² Exemplo paradigmático desse acoplamento foi a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao examinar o conteúdo do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano.¹⁶³ A decisão do Supremo resolveu, no plano jurídico, a decisão ideológica do constituinte que estava perturbando o subsistema social da economia. Tãmanha foi a repercussão da inclusão no Texto Magno dessa taxa de juros que, mesmo após a decisão do Supremo, o próprio constituinte reformador revogou o aludido § 3º (Emenda Constitucional 40/2003). Nesse caso dos juros, percebiam-se, claramente, as irritações que o subsistema econômico produzia no campo jurídico e a decisão do Supremo, que foi, paulatinamente assimilada pelas demais Cortes, fez o fechamento operacional do sistema do Direito.

É preciso deixar claro que o que não integra o sistema pertence ao ambiente. O sistema faz a seleção de possibilidade e aproveita apenas aquilo que interessa. É que apenas algumas possibilidades do ambiente vão chamar a atenção do sistema. Aproveitado pelo sistema, o elemento será assimilado pela estrutura de acordo com a função que puder

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, págs. 138-9.

¹⁶² LUHMANN *apud* VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 183.

¹⁶³ Veja-se a ADIN 4/DF, rel. Min. Sydnei Sanches, DJ 19.04.91.

desempenhar. A partir daí, o elemento será, para o sistema, um elemento do sistema e não mais um elemento do ambiente. O fechamento operacional significa que nem o ambiente nem o sistema podem agir na esfera de operações um do outro. Cademartori é elucidativo a esse respeito.¹⁶⁴

Se o sistema selecionar um elemento do ambiente, será assimilado pela sua estrutura de acordo com a função que possa desempenhar. Isso porque o sistema não poderia construir sua própria identidade/complexidade e seu próprio conhecimento se fosse confundido com o ambiente/meio.

Esse fechamento favorece o autoaperfeiçoamento da complexidade do sistema e, quanto mais complexo, mais apto está ao conhecimento do ambiente porque, sob a condição de fechamento, o sistema desenvolve a própria complexidade e aumenta, com isso, suas realizações cognitivas.

O fechamento operacional é, por isso, condição para o conhecimento e somente o é porque o sistema não pode estabelecer nenhum contato condicionante com o ambiente. Por não haver qualquer interferência do ambiente, o sistema gera conhecimento a partir da rede recursiva das próprias operações.

Assim, o que não faz sentido para o sistema é descartado, e resta na complexidade do ambiente como força potencial a ser utilizada em momento posterior, se oportuno – razão pela qual se pode afirmar que, no lugar de limites territoriais ou materiais, o sistema tem limites de sentido.

O fechamento operacional reconstrói o elemento e passa a utilizá-lo de acordo com o contexto próprio do sistema que com ele foi irritado. O exemplo trabalhado por Teubner é esclarecedor:¹⁶⁵

Como nossos exemplos de leitura demonstram, normas jurídicas são encontradas, de fato, não apenas no sistema jurídico, mas também em todos os campos sociais: *ubi societas, ibi jus*. (...) Cabe salientar que as normas jurídicas ubíquas ‘dentro dos’ demais subsistemas não são reconstruídas como jurídicas, isto é, são lidas de acordo com o contexto próprio, como campo de ação, variáveis manipuláveis, moedas de barganha, etc. Normas jurídicas são, portanto, estruturas da sociedade como um todo, num duplo sentido: produzidas no horizonte de sentido do sistema jurídico e, desde que perturbem outros sistemas, ‘reconstruídas’, de acordo com o respectivo horizonte de sentido, como estruturas sistêmicas específicas.

¹⁶⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. *Revista Sequência* (Florianópolis/UFSC), vol. 62, 2011, págs. 328-9.

¹⁶⁵ TEUBNER, Günther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimpe, 2005, pág. 47.

A abertura cognitiva do sistema decorre dessa sua comunicabilidade com o exterior. E, de modo paradoxal, a abertura é cognitiva é condição de fechamento operacional do sistema. Novamente, Cademartori explica:¹⁶⁶

A comunicabilidade, além da existente entre os elementos de dentro do sistema, ainda se verifica com o exterior, o que Luhmann denomina de abertura cognitiva. Representa a demanda de conteúdo e de volume das relações havidas entre o sistema e o seu ambiente. Tais relações ocorrem em conformidade com a predisposição da estrutura sistêmica, ou seja, de acordo com sua capacidade de suportar interferências externas, conforme mencionado. (...)

Nesses termos, pode-se dizer que os sistemas sociais são sistemas abertos e fechados, e não abertos **ou** fechados, mas, paradoxalmente, são fechados porque são abertos ao meio ambiente a partir da comunicação.

Assim como os pensamentos são gerados por um processo que implica novos pensamentos em uma rede organizada e lógica, a comunicação é o componente *autopoiético* dos sistemas sociais, pois uma comunicação fará nova comunicação de forma recursiva. Por isso, a comunicação é o único elemento que permite transcender a clausura do sistema.

No campo das irritações, Teubner, trabalha com uma hipótese real para sinalizar a maneira como o sistema jurídico se comporta com a adoção de institutos estrangeiros no seu próprio sistema legal. Trata-se da adoção, no direito britânico, via legislativa, do princípio europeu continental da boa-fé no direito contratual (desproporcionalidade entre direitos e deveres contratuais entre as partes contratantes, em desvantagem ao consumidor). Sinala ele, em primeiro lugar, que a norma estrangeira imposta a uma cultura jurídica diversa atua como uma irritação dolorosa e perturbante do mecanismo jurídico, que redonda numa cadeia de novos e inesperados acontecimentos. Conforme ele próprio afirma,¹⁶⁷

Irritações jurídicas não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas, como o contexto interno serão fundamentalmente alterados.

¹⁶⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. *Revista Sequência* (Florianópolis/UFSC), vol. 62, 2011, pág. 330.

¹⁶⁷ TEUBNER, Günther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimpe, 2005, pág. 157.

No exemplo ofertado, dadas as características bastante diversas do sistema legal britânico do europeu continental, o princípio da boa-fé irritará profundamente a cultura jurídica britânica, a qual,¹⁶⁸

Exposta ao permanente ruído causado pelos europeu-continentais, essa cultura jurídica sofrerá modificações e desenvolverá uma nova ordem de interpretação da lei orientada em princípios, que, contudo, terá diferenças significativas com sua contraparte européia-continental.

Teubner se declara profundamente cético quanto à importação de institutos jurídicos de um sistema legal para outro. O importante do exemplo é a forma como ele detalha o processo de assimilação da irritação pelo sistema e as perturbações que ocorrem nos outros subsistemas. Diz ele:¹⁶⁹

Do lado jurídico da instituição conectiva, a norma será recontextualizada na nova rede de distinções jurídicas e possivelmente será reconhecível como a norma original, ainda quando a interpretação tiver mudado. Do lado social, ocorre algo completamente diferente. O impulso jurídico, quando é reconhecido, causará perturbações no outro sistema social e promoverá neste sistema algumas modificações, as quais obedecerão à lógica interna desse mundo de significados. Ele será reconstruído na outra língua do sistema social em questão e reformulado com seus códigos e programas, o que leva a uma nova sequência de acontecimentos. Essas modificações sociais, por sua vez, voltam a agir como irritação do lado jurídico da instituição, criando, assim, uma dinâmica co-evolucionária circular que então chega a um equilíbrio precário quando tanto o discurso jurídico quanto o social desenvolveram um valor próprio relativamente estável em sua respectiva esfera. Isso mostra o quão improvável será o sucesso do transplante de uma norma jurídica no *binding arrangement* de um outro contexto jurídico. Quando ele não é de antemão recusado, ou ele perturbará o *binding arrangement* ou ele desenvolverá uma dinâmica de irritações recíprocas que modificará fundamentalmente sua identidade.

Portanto, uma vez irritado o sistema, ele utiliza o elemento causador da irritação e, dentro do próprio sistema, trabalha esse elemento dando a ele uma nova identidade, qual seja: a identidade própria do sistema.

¹⁶⁸ TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimpe, 2005, pág. 167.

¹⁶⁹ *Idem*, págs. 177-8.

3.4 O OBSERVADOR

Finalmente, cumpre examinar a figura do observador no âmbito da Teoria dos Sistemas. Trata-se de um sistema formal que realiza uma operação, qual seja, observar a fim de obter uma diferença em relação ao meio. Assim, para que observador possa observar as operações, ele próprio tem de ser uma operação. Resumidamente:¹⁷⁰

Ao falar em *observar* e *observador*, referimo-nos a operações, em dois sentidos: para que o observador possa observar as operações, ele próprio tem de ser uma operação. O observador está, assim, dentro do mundo que ele busca observar ou descrever. Então, temos: a) que o observador observa operações; b) que ele próprio é uma operação, pois, do contrário, não poderia observar: ele mesmo se constrói no momento em que constrói as conexões da operação.

O observador não é externo ao sistema, mas, pelo contrário, a distinção entre observação/operação se dá sempre por um sistema, que, ao realizar a essa operação realiza uma diferença entre observar algo e a observação propriamente dita. E isso tudo está reunido na própria operação do sistema.

Observador, por exemplo, pode ser o sistema de comunicação: ao se falar sobre um assunto, se utiliza de uma diferenciação isto/e não aquilo; o sistema comunicativo, portanto, tem capacidade de observar. Num sistema psíquico, o professor observa os alunos que observam o professor; nas ciências sociais, a interação observa os alunos na medida em que o professor se constitui em tema da discussão. Esses exemplos, fornecidos por Luhmann, servem para demonstrar o que se disse antes: o observador pertence ao sistema formal.

Estabelecido que o observador é um sistema formal que produz uma diferença no sistema, parte-se para o exame da chamada “observação de segunda ordem”. Trata-se de observar as distinções empregadas por um observador. Confira-se:¹⁷¹

O modo mais simples de abordar o conteúdo programático do conceito de observação de segunda ordem é pensar que se trata de uma observação que se realiza sobre um observador. A exigência do conceito consiste em delimitar que não se observa a pessoa enquanto tal, mas somente a forma pela qual ela

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, págs. 155-6.

¹⁷¹ *Idem*, pág. 168.

observa. Observação de segunda ordem significa focalizar, para observá-las, as distinções empregadas por um observador.

A observação de segunda ordem objetiva observar aquilo que o observador não pode ver, devido à localização:¹⁷²

O mundo é, então, o *meio* que permite a aplicação de esquemas de distinção. O ponto fundamental da *observação de segunda ordem* consiste, portanto, em ela ser uma observação de primeira ordem especializada no ganho de complexidade. (...)

A segunda dimensão que surge da observação de segunda ordem consiste em ser inerente ao ganho de poder observar o que o observador não pode observar (o ponto cego do observador).

A respeito do chamado ponto cego, Luhmann trabalha com alguns exemplos interessantes: a) na literatura, o cavaleiro D. Quixote, preso às leituras dos livros de cavalaria, perdeu-se da realidade; b) na sociologia de Marx, os capitalistas é que não enxergariam a sua própria ruína; c) na psicologia de Freud, o inconsciente designa o ponto cego da consciência, que só pode ser iluminado por aquele que acompanha o processo terapêutico.

No que diz com a observação de segunda ordem (observação da observação), Luhmann diz que ela evidencia a existência de um ponto cego, que é uma característica da modernidade:¹⁷³

Poder-se-ia dizer que o ponto cego circula à revelia, e a sociedade moderna só parece precisar saber que acarreta essa obnubilação parcial constitutiva. Em outras palavras: a sociedade moderna está baseada em uma permanente observação da observação, como expressão da circulação do ponto cego; e isto não é senão expressão do estabelecimento da recursividade autopoietica da observação de segunda ordem.

Para corroborar a sua compreensão, ele dá dois exemplos, o do sistema econômico e o da arte:¹⁷⁴

O sistema econômico se orienta sob o modo de observação de segunda ordem, na medida em que está permanentemente guiado pelos preços do

¹⁷² LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 169-70.

¹⁷³ *Idem*, págs. 171-2.

¹⁷⁴ *Ibidem*, págs. 171-2.

mercado: observar os preços pode levar a fazer investimento, ou a interpretar os ganhos da concorrência. Por isso, seria impossível a fixação de preços justos, já que cada medida externa tomada levaria a eliminar a observação de segunda ordem; assim, como o sistema econômico também não se poderia orientar exclusivamente por dados político-econômicos, pois isso sabotaria esse tipo de observação. Dado que o sistema econômico opera no nível da observação de segunda ordem, torna-se compreensível que os preços sejam contingentes.

No que diz com a arte, o artista insere uma distinção na obra e somente pode ser observado o artista na medida em que introduz essa distinção: “a ideia de que a arte seja uma imitação foi abandonada, no século XIX, para dar lugar à ideia de que a distinção das formas da obra artística coordena as observações”.¹⁷⁵

Conclui, dizendo que o modo de funcionamento dos sistemas é a observação de segunda ordem, no mundo da modernidade, contingente, carente de explicações:¹⁷⁶

O modo de funcionamento dos sistemas é a observação de segunda ordem e, portanto, a consciência necessária de uma base constitutiva de contingência, que ultrapassa a todos os sistemas sociais. O artificial, o mutável, o carente de constantes explicações, parece ser o que pode ser oferecido pelo modo de ser da modernidade.

Essa carga de contingência significa, ao mesmo tempo, um aumento enorme de irritabilidade na sociedade, e pressupõe uma velocidade de reação para reparar o que continuamente se decompõe: sempre espereite o inesperado. No nível de observação de segunda ordem, esse procedimento de reação ao inesperado já não é questionado, mas faz parte constitutiva do modo de proceder da sociedade moderna. Na política, por exemplo, há acontecimentos imprevisíveis, que obrigam a responder imediatamente com ações concretas que não pertençam à observação de segunda ordem, mas se apresentam como um correlato dessa forma de ser: conseguir desviar movimentos sociais, mudar leis, abandonar convicções políticas para optar por posições que estão mais na ordem do dia. Ou, no caso da ciência, as novas publicações dos cientistas que julgam ultrapassadas suas opiniões anteriores.

O papel do observador de segunda ordem, portanto, é o de ter outras possibilidades frente à observação dos outros sistemas que existem no ambiente. No campo específico do direito, essas outras possibilidades que a observação de segunda ordem permite são possibilidades decisórias. Ou seja, observando o sistema, o observador de segunda ordem tem condições de enxergar para além dos pontos cegos dos demais observadores e produzir, no campo específico do direito, uma decisão que, na visão dos

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pág. 173.

¹⁷⁶ *Idem*, págs. 173-4.

demais observadores ficaria obscura pelo ponto cego natural de cada órgão decisor (ou, dito de maneira diversa, de cada observador).

CAPÍTULO 4 - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO OBSERVADOR DE SEGUNDA ORDEM, RESPONSÁVEL PELO FECHAMENTO OPERACIONAL DO SISTEMA DO DIREITO

4.1 OS EFEITOS VINCULANTES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro conhecia, até recentemente, duas possibilidades de concessão de efeitos vinculantes às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, quais sejam, a **suspensão da eficácia pelo Senado da República** e a **súmula vinculante**. Além dessas duas possibilidades, expressas no Texto Constitucional, doutrina e jurisprudência estão desenvolvendo uma terceira via, qual seja, a chamada **eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão**. Cada uma dessas modalidades de concessão de efeitos vinculantes será examinada a seguir. Relativamente a essa última modalidade, que é novidade no Brasil, o estudo contemplará os antecedentes históricos, o conceito de efeito vinculante, a aproximação entres os dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade e o problema da dispersão de votos nos acórdãos, o que dificulta a identificação do *holding* (ou *ratio decidendi*) do julgado. A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe mais uma inovação como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a chamada **repercussão geral**. Esse instrumento inovador, regulamentado pela Lei nº 11.418/06, que tem raízes no direito americano (*writ of certiorari*) e alemão (*Verfassungsbeschwerde*), com apoio na legislação infraconstitucional que o regulamenta, transforma, radicalmente, o controle difuso de constitucionalidade, alterando a sua conotação de controle subjetivo para objetivo de normas. Além disso, como se verá, por meio de normas processuais, garante-se a vinculação das demais Cortes do sistema à decisão prolatada no recurso extraordinário que goze de repercussão geral. Finalmente, examina-se o papel do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, à luz da teoria sistêmica, as possibilidades atualmente existentes para a Corte Suprema selecionar as matérias que interessam ao País para julgamento e, nessas questões, ampliar o debate do controle de constitucionalidade com a sociedade (abertura sistêmica), bem como exercer o seu papel irrenunciável de guardião da Constituição (fechamento operativo do sistema). Derradeiramente, traça-se um paralelo entre jurisdição constitucional e democracia e a

importância do controle difuso no aperfeiçoamento dos valores democráticos da jurisdição constitucional.

4.1.1 A suspensão da eficácia pelo Senado (art. 52, inciso X, da CF)

A tradição constitucional brasileira, como já mencionado, contempla, entre as competências privativas do Senado da República a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa suspensão teria o condão, segundo doutrina avalizada,¹⁷⁷ de conferir efeitos *erga omnes* à decisão da Corte Suprema proferida no caso concreto.

Debateu-se na doutrina e jurisprudência sobre as possibilidades do Senado diante da decisão do Supremo, como por exemplo, se seu poder era vinculado ou discricionário, se poderia revogar o ato que suspendeu a execução da lei, ou se poderia limitar a extensão da decisão do STF. Tais questões ficaram resolvidas ainda no regime da Constituição anterior. Assim, embora se trate de atividade discricionária do Senado Federal, uma vez publicado o ato que suspende a execução da lei não poderia a Casa Legislativa revogar o ato. Ainda, no exercício dessa sua função, deveria a Alta Câmara do Congresso Nacional ater-se à extensão do julgado pela Corte Constitucional, não dispondo de competência para examinar o mérito do decidido, seja para interpretá-lo, para ampliá-lo ou para restringi-lo.¹⁷⁸

Já sob a égide da Constituição em vigor, sustenta Mendes¹⁷⁹ que o instituto tem, hoje, índole exclusivamente histórica. Justifica que a amplitude que a Carta Constitucional de 1988 deu às ações diretas, com possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado no controle objetivo de normas, acabou por ocasionar uma verdadeira mutação constitucional (*reforma da constituição sem expressa modificação do texto*). Sustenta o autor que o instituto da suspensão já não atende adequadamente ao objetivo de assegurar a eficácia *erga omnes* às decisões da Corte. Isso se daria nos casos em que o Tribunal, por exemplo, *fixa uma interpretação mais adequada do texto impugnado* sem que seja declarada a sua

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 415.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.

¹⁷⁹ Idem, pág. 263.

inconstitucionalidade. Ainda, quando restringe o significado de uma expressão literal do texto, utilizando a técnica da interpretação *conforme à constituição*. Por fim, quando se declara a *inconstitucionalidade parcial sem redução do texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional, sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Igualmente, nos casos do direito pré-constitucional, já que a teoria adotada no Brasil para as normas editadas antes do advento da Constituição que com ela não se ajustem, é a teoria da revogação (e não da inconstitucionalidade superveniente). Em todas essas situações não haveria espaço para aplicar o histórico instituto.

Outro importante fator que tem ajudado para tornar obsoleto o sistema da suspensão da eficácia pelo Senado, segundo o autor, foi a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal que tem, gradativamente, equiparado os efeitos dos controles concentrado e difuso. Mendes identifica essa particularidade na jurisprudência que se fixou a respeito do art. 97 da Constituição, que trata do princípio da reserva de plenário.¹⁸⁰ O Supremo dispensa, desde 1997, as Cortes inferiores de enfrentar a questão constitucional pelo respectivo Plenário quando o Supremo Tribunal já tiver se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada. Veja-se o que diz o autor:¹⁸¹

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus 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*.

Outras inovações, fruto de alterações na legislação processual, também contribuem para a não-utilização da cláusula de suspensão da execução da lei

¹⁸⁰ O art. 97 da CF diz o seguinte: “Somente pelo da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade..., pág. 266.

inconstitucional pelo Senado. Assim, o art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC,¹⁸² permite ao relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou do STF ou STJ. Aqui também seria espaço próprio para aplicação da suspensão da execução pelo Senado, já que se trata de decisões prolatadas no sistema difuso de constitucionalidade.

Acrescenta, ainda, Mendes, que, recentemente, a jurisprudência do Supremo vem desenvolvendo, relativamente ao controle de constitucionalidade de leis municipais, postura inovadora, ao conferir não apenas ao dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos dela, efeitos que ultrapassam a ação individual. E tem feito isso autorizado pelo art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, aplicando a decisão do Plenário a outras situações idênticas oriundas de municípios diversos.¹⁸³ Em todos esses casos, cada uma das ações dos mais diversos Municípios deveria ser conhecida e julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas os Relatores aplicaram, em todos esses casos, o precedente firmado pelo Plenário em cada uma das matérias objeto dos recursos e julgaram os recursos extraordinários sem levá-los ao Plenário. Conclui o autor:¹⁸⁴ “Tal procedimento, evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”.

A posição defendida por Mendes é firmemente criticada por Streck¹⁸⁵ ao defender a participação do Senado da República no controle difuso de constitucionalidade como seu

¹⁸² O artigo diz o seguinte: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1.-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

¹⁸³ O autor cita vários julgados do STF em que isso ocorreu: RE 228.884, Rel. Ministro Maurício Correa, DJ de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-2003; AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertende, DJ de 8-4-2004; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade..., pág. 270.

¹⁸⁴ *Idem*, pág. 271.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Marcantonio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em <www.leniostreck.com.br>, acesso em 29.04.2009, págs. 7-88.

legitimador democrático. Ainda, diz que a atribuição de efeitos vinculantes às decisões do STF em controle difuso fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois “se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. (...) Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais”. Em outro ponto, o autor menciona:¹⁸⁶

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre o texto constitucional e a realidade social, a exigir uma ‘jurisprudência corretiva’, tal como aquela de que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva.

E conclui:¹⁸⁷

Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, em breve essa “mutação” começará a gerar – como se já não existissem à saciedade – os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto, positivista, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart). Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo, como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Büllow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição.

¹⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Marcantonio Mont’Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em <www.leniostreck.com.br>, acesso em 29.04.2009, pág. 19.

¹⁸⁷ *Idem*, págs. 28-9.

Chama a atenção, no posicionamento de Streck, o argumento de que o inciso X do art. 52 da Constituição Federal seria o legitimador democrático das decisões do Poder Judiciário. Aceita essa concepção, a conclusão inafastável dessa afirmação seria a quase total falta de legitimação democrática das decisões do Poder Judiciário, por quaisquer de seus Órgãos. Isso porque o papel do Senado no controle de constitucionalidade no Brasil, apesar de histórico, nunca foi expressivo.¹⁸⁸ Pelo contrário, apenas em limitadíssimas questões constitucionais o Senado editou ato suspendendo a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

A propósito da inclusão desse instituto da suspensão na Constituição de 1934, Zavascki¹⁸⁹ esclarece quais motivos impulsionaram o Deputado (e, depois, Ministro do Supremo) Prado Kelly a apresentar a proposta:

A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal negava a extensão a outros interessados dos efeitos de suas decisões. O julgado estava, como é de *communis opinio*, adstrito à questão focalizada pela Corte. Só em *habeas corpus* (impetrado o primeiro deles pelo Conselheiro Rui Barbosa, para assegurar a liberdade de reunião em praça pública) se admitiu a extensão da medida *erga omnes*. Então, acudia naturalmente aos estudiosos dos fatos jurídicos a conveniência de instituir-se meio adequado à pronta suspensão dos efeitos, para terceiros, das leis e regulamentos declarados *inconstitucionais* pela Suprema Corte. Foi uma inspiração de ordem prática. Mas a fórmula adotada pelo Constituinte de 1934 obedecia, ainda, a razões de ordem técnica. O regulamento, a lei, podiam provir da União, dos Estados-Membros ou dos Municípios. Se se aguardasse a revogação, para alcance geral, de norma eivada de inconstitucionalidade, escaparia ao Legislador Federal o ensejo, em muitos casos, de corrigir os defeitos estranhos à sua competência, como, por exemplo, os da órbita estadual ou municipal.

¹⁸⁸ Conforme consulta no domínio virtual do Senado, foi editado o seguinte número de Resoluções com base no inciso X do art. 52: 1989: três; 1990: quatro; 1991: quatro; 1993: três; 1995: doze; 1996: seis; 1997: três; 1999: onze; 2005: quarenta e cinco; 2006: sete; 2007: dezesseis; 2008: quatro. Nos anos de 1992, 1994, 1998, 2000, 2001, 2002, 2003, 204 e 2009 (até 10.05.09): nenhuma. Fonte: <<http://www.lexml.gov.br/busca/search?autoridade=Senado%20Federal;tipoDocumento=Resolu%C3%A7%C3%A3o;smode=advanced;f1-date=2009;startDoc=21>> Acesso em 10.05.09.

¹⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **A Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 31.

Portanto, a adoção do instituto guarda relação com razões de ordem prática e técnica, sem representar, necessariamente, participação popular no processo decisório do Poder Judiciário. Talvez porque a legitimação do Poder Judiciário decorra diretamente da Constituição, como ensinado por Alexander Hamilton há mais de 200 anos, no texto nº 78 dos *Federalis Paper's*.¹⁹⁰ Ou, talvez, como parece ser, a medida tenha se imposto como uma necessidade do sistema, que, apesar de copiado do sistema legal americano, carecia dos efeitos vinculantes (*stare decisis*), que naturalmente fazem parte do sistema legal nos Estados Unidos.

Essa competência privativa do Senado fazia sentido no sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro quando o modelo difuso era o único existente ou quando o Procurador-Geral da República detinha o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade. Daí porque essa fórmula podia, de fato, ser eficaz, para pacificar a questão constitucional já julgada pela Corte Suprema, sem que a ela fosse necessário levar os recursos de todos os interessados. No momento em que o Brasil adota o sistema de constitucionalidade abstrato, o próprio Tribunal Supremo vincula a todos com a sua decisão, independentemente da participação da Alta Casa Legislativa.

É certo que a evolução da jurisprudência do Supremo, hoje, pelo que se conhece a respeito das novas técnicas de controle de constitucionalidade,¹⁹¹ apresenta um leque de situações dentro do controle difuso que, ao que parece, a fórmula não mais se ajusta. Ainda, não se pode desconhecer a realidade jurisprudencial brasileira que caminha para a contínua aproximação dos dois tipos de controle de constitucionalidade, o que praticamente esvazia as possibilidades da vetusta “fórmula do Senado”.

Finalmente, a instituição da Súmula Vinculante, instrumento idealizado para o sistema difuso de constitucionalidade, igualmente, contribui decididamente para o esvaziamento da fórmula histórica de suspensão da execução pelo Senado. Em vez de comunicar o Senado para a incerta suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, o Supremo pode, ele próprio, após decidir reiteradamente determinada questão constitucional, editar enunciado de súmula vinculante.

¹⁹⁰ O texto foi transcrito no item 1.2.

¹⁹¹ Como já mencionado, o Supremo adota hoje técnicas que privilegiam a ação do legislador, deixando de anular a lei, por inconstitucional, quando o texto puder ser mantido expurgando as interpretações inconstitucionais que eventualmente ele contenha.

A obsolescência do instituto se relaciona, portanto, com a sua pouca utilização no passado e com a dispensabilidade de sua utilização no presente e isso não se relaciona, de forma alguma, com a legitimação democrática do Poder Judiciário.

4.1.2 A Súmula Vinculante

A chamada Súmula Vinculante se insere dentro do controle difuso de constitucionalidade e, dentro dele é que deve ser entendida. Como já enfatizado anteriormente, quando o Supremo Tribunal Federal (a corte mais importante do País) julga a questão constitucional que foi recebida via recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da CF), está reanalisando a matéria que percorreu todas as instâncias possíveis do Poder Judiciário e que, nesse percurso, agregou o conhecimento jurídico de uma multiplicidade de operadores do direito (advogados, juízes, promotores, desembargadores, procuradores de justiça). E o absolutamente improvável que aconteça é que o objeto dessa questão constitucional seja único, num país de dimensões continentais como o Brasil e com grande facilidade de acesso à jurisdição (o número de advogados, juízes e promotores no Brasil é grande, mesmo que o número, proporcionalmente, talvez não seja o adequado ao tamanho da população ou da quantidade de litígios judicializados¹⁹² no Brasil). Assim, as causas chegam, via controle difuso, às centenas ou aos milhares à Corte Suprema, de sorte que é fácil constatar que, quando a Corte Constitucional se debruça sobre uma questão constitucional que foi objeto de centenas ou milhares de recursos extraordinários, essa questão está absolutamente madura no seio da sociedade, pronta para ser definitivamente decidida.

A Súmula Vinculante, assim, objetiva racionalizar os julgamentos do Poder Judiciário relativamente a questões repetitivas, concedendo-se efeitos que superam o caso individual. A alternativa a essa súmula para a concessão de efeitos vinculantes aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no sistema difuso de controle da constitucionalidade, como já afirmado, é a suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal (CF, art. 52, inciso X). Todavia, esse poder, historicamente, não foi exercido pelo Senado,

¹⁹² Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, tramitavam, no Brasil, em 2013, 92,2 milhões de ações judiciais (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625:numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>). Pesquisa realizada em 24.11.2014.

senão em questões pontuais. Além do mais, como já analisado, atualmente, por uma série de conjunturas, entre as quais a própria possibilidade de se editar enunciados vinculantes de súmula, o papel do Senado da República no processo de controle de constitucionalidade se tornou obsoleto. A solução da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a de atribuir ao próprio Poder Judiciário a faculdade de oferecer tais efeitos vinculantes à jurisdição constitucional prestada no controle difuso de constitucionalidade.

Do ponto de vista dogmático, o temor mais sério da comunidade jurídica contrária às chamadas súmulas vinculantes parece ser o do congelamento da jurisprudência. De fato, as normas jurídicas em geral, e o mesmo acontece com as Constituições, são criadas num determinado momento histórico e trazem a marca de seu tempo. É papel da jurisprudência fazer a releitura dessas normas nos períodos históricos seguintes e adequá-las à realidade. O enunciado vinculante, de observância obrigatória, de certa forma desafia e obstaculiza o papel reformador da jurisprudência. A superação dessa dificuldade, que pode ser conseguida com o fenômeno da mutação constitucional,¹⁹³ na realidade constitucional brasileira pode ser alcançado com a revisão do enunciado da súmula (CF. 103-B, § 2º, da CF). A propósito, o próprio texto da Emenda Constitucional denota o receio do legislador constituinte com o instituto que estava criando. Talvez por excesso de zelo, talvez pelas críticas que sempre acompanharam o debate sobre essa matéria, o fato é que há previsão constitucional para a revisão da súmula, com amplo leque de legitimados (os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade). O rito para a edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante foi disciplinado pela Lei nº 11.417/2006.

O curioso nesse debate sobre súmula vinculante é a contradição em que incorrem seus contestadores. Critica-se a competência do Tribunal Constitucional para editar uma súmula que contempla exatamente o que se decidiu reiteradamente, em centenas de julgados. Todavia, não se observa nenhuma oposição para que o Senado Federal, um poder, portanto, não-judicial, suspenda com efeitos *erga omnes* os efeitos da lei declarada inconstitucional no mesmo controle difuso. E, perceba-se, para o Senado exercer esse seu papel, bastaria que fosse comunicado de um único julgado. Igualmente, aceita-se pacificamente que, no controle abstrato de constitucionalidade, o Relator da Ação Direta de

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, págs. 21 a 25.

Inconstitucionalidade, sozinho, decida suspender a eficácia da lei que considera inconstitucional, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Todavia, parte substancial da doutrina é refratária a idéia de que, após reiterados julgados examinando a mesma questão constitucional, o Intérprete Máximo da Constituição (o Plenário do Supremo Tribunal Federal) edite um enunciado que verbalize seu reiterado entendimento sobre a questão constitucional.

A realidade, todavia, parece ser mais forte do que a fantasia: as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle difuso encontram ampla aceitação na comunidade jurídica em geral, já que, firmado o precedente pela Alta Corte, sua aplicação nas decisões judiciais subseqüentes é praticamente total.

4.1.3 A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (EC nº 45/04)

4.1.3.1 Antecedentes Históricos

A chamada repercussão geral ingressou no direito positivo brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu o parágrafo terceiro ao art. 102 da CF, que trata das competências do Supremo Tribunal Federal. Diz o dispositivo:

Art. 102 (...)

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

Araujo e Barros,¹⁹⁴ em interessante artigo, lembram que a Emenda nº 7/77 autorizou o STF a disciplinar no seu Regimento Interno a possibilidade de examinar causas que contivessem relevante questão constitucional, a chamada arguição de relevância (art. 327, § 1º, do RISTF). Na verdade, tratava-se de uma nova hipótese de admissão de causa no STF, mesmo que os demais pressupostos não estivessem atendidos. A perspectiva,

¹⁹⁴ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários**. Disp. em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf> Acesso em 06.05.2009.

portanto, era de inclusão, de possibilitar o exame do apelo extremo. A introdução da repercussão geral, agora, na visão desses autores, representa inovação porque, agora, por mais relevante que seja a matéria constitucional versada no extraordinário, ela somente será admitida se a Corte enxergar nela uma transcendência dos interesses interpessoais e alcance de interesse geral. Como a negativa de repercussão geral atinge todos os recursos com matéria idêntica (art. 543-B, § 2º e 3º, do CPC¹⁹⁵), ficaria demonstrada, mais uma vez, a eficácia transcendente do controle difuso de constitucionalidade. Concluem dizendo:

O que fez a Emenda, então, foi apenas delimitar quem teria o poder de discutir a inconstitucionalidade de uma norma no sistema difuso, restringindo a participação do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo controle difuso.

Não se trata, pois, de permitir que uma decisão inconstitucional permaneça em vigor no ordenamento jurídico pela impossibilidade de manipulação do apelo extremo, mas se trata, certamente, de delimitar quem, no direito brasileiro, pode exercer o controle difuso de constitucionalidade.

(...) Como consectário lógico, se está o Supremo a julgar um caso que poderá ter repercussão geral, a decisão no Recurso Extraordinário, tradicionalmente com efeitos apenas *inter partes*, passa a receber, por parte do Excelso Pretório, uma atenção especial em relação a seus efeitos, eis que, a exemplo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, estendem-se os efeitos da decisão sobre a repercussão geral a outros casos, futuros inclusive.

Tudo isso faz demonstrar uma patente aproximação entre o modelo difuso e concentrado de constitucionalidade, além de todos os sincretismos apontados, se dá mediante um estreitamento da via difusa, na medida em que valoriza-se o Supremo Tribunal Federal não como Órgão de cúpula, mas sim como Corte Constitucional, destinada a ser provocada em casos de interesse geral, seja por meio da ampliação das possibilidades de atuação no controle concentrado, efetivada pela atual Constituição, seja por meio da atuação do Supremo restrita, no controle difuso, a questões não-individuais, de repercussão geral.

Outro dispositivo que parece ter servido de inspiração para o legislador constituinte foi o art. 896-A da CLT, incluído pela MP nº 2.261/01, que introduziu no ordenamento trabalhista o requisito da transcendência como condição de admissibilidade do recurso de revista (cujo exame está a cargo do Tribunal Superior do Trabalho). O dispositivo tem o seguinte teor:

¹⁹⁵ O artigo diz o seguinte: “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. § 2. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3. 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”.

Art. 896 A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará, previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

Por questões históricas que não convém aqui mencionar, a arguição de relevância acabou não sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e, a transcendência do recurso de revista, salvo melhor juízo, ainda pende de regulamentação por parte do Tribunal Superior do Trabalho.

4.1.3.2 A repercussão geral e a objetivação do Recurso Extraordinário

A Lei nº 11.418/06 regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, incluindo o seguinte texto no CPC:

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.

Pela redação do dispositivo se observa uma vagueza conceitual proposital. O legislador não quis, deliberadamente, especificar em quais casos ocorre a repercussão geral. Apenas apontou quatro balizas para que o próprio Supremo Tribunal Federal possa trabalhar no reconhecimento da existência ou não da repercussão geral em determinado recurso extraordinário. A questão constitucional versada no extraordinário deve ser relevante não apenas para o autor da ação (recorrente ou recorrido do extraordinário), mas o interesse deve transcender o seu estreito interesse subjetivo e ser relevante para a comunidade em geral (ou para o País), do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

Sobre essa vagueza conceitual do instituto, Viana, em trabalho específico sobre o tema,¹⁹⁶ assevera:

¹⁹⁶ Viana, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 42.

Neste ponto, voltando à questão da suposta vagueza para a sociologia do direito de Niklas Luhmann (...), percebe-se que a interpretação da expressão ‘repercussão geral’ deve ser posta, por fim, dentro de um contexto de comunicação social. Tal contexto deve ser, segundo Luhmann, assim compreendido:

‘Pode ser suposto que a interpretação se encontra somente dentro do texto, ou, então, que do texto se extrai o que de modo argumentativo serve para a comunicação. Se o próprio texto pudesse garantir que todos seus leitores entendessem a mesma coisa em todas as situações, não se faria necessária nenhuma interpretação. Não se interpreta para a autoiluminação, senão para utilizar o interpretado num contexto de comunicação que contribui para o reconhecimento da autoridade – não importando o quão seletivamente se comuniquem os resultados, as razões, os argumentos e sempre a certeza de poder acrescer argumentos adicionais. Contudo, supõe-se que os que participam na comunicação têm diante dos olhos o mesmo texto. A forma escrita não traz garantia absoluta dos limites da ousadia interpretativa, porém garante a unidade do contexto social de um episódio comunicativo. A forma escrita constitui-se em meio social para a aquisição de novas formas, ou seja, boas razões para a interpretação de um texto’.

A abertura cognitiva que o instituto promove é realmente impressionante, já que, como se sabe, o recurso extraordinário nasce, originariamente, no juiz de primeiro grau de jurisdição e, até chegar ao Supremo Tribunal Federal, atravessa todas as possíveis instâncias do Poder Judiciário, agregando, em cada instância decisória, novos elementos cognitivos, sejam eles fornecidos pelas partes, sejam por força das decisões tomadas no curso do processamento do feito. No extraordinário é possível ao STF observar, concretamente, a existência de interesse que extrapole o interesse subjetivo do autor da demanda, transformado aquela ação que nasceu no controle subjetivo de normas (o controle difuso), num instrumento objetivo de controle da constitucionalidade das leis. É a chamada objetivação do controle difuso.

Além disso, a própria regulamentação do instituto da repercussão geral permite novas possibilidades de abertura cognitiva. Assim dispõe o art. 543-A do CPC:

Art. 543-A (...)

§ 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.

Evidentemente que a expressão “terceiros” a que alude o parágrafo acima não diz com as figuras interventivas previstas no CPC, já que seria aviltante, no processo

interpretativo do instituto da repercussão geral, que deve produzir decisões objetivas (a lei fala em ultrapassar o interesse subjetivo do autor), permitir o ingresso de pessoas eventualmente interessadas no julgamento da causa (novos interesses subjetivos). Quando o texto legal fala em terceiros, essa figura jurídica deve ser voltada à feição objetiva do instituto. Assim, numa questão em que a repercussão geral seja aceita em face do interesse econômico, naturalmente devem ser ouvidos representantes (entidades, organizações) desse subsistema social; quando a questão for social, ouçam-se organizações vinculadas ao interesse social, o mesmo acontecendo nos planos políticos ou jurídicos. Um exemplo talvez seja esclarecedor: recentemente o STF julgou a ADPF nº 54/DF,¹⁹⁷ que tratou do tema dos fetos anencéfalos, ficando autorizada a interrupção da gravidez nesses casos, se a gestante estiver de acordo. Para decidir essa questão o STF ouviu geneticistas, Igrejas, enfim organizações que compõem os subsistemas sociais e jurídicos e produziu uma decisão de caráter vinculante. Nada obstaria que essa questão fosse examinada em um recurso extraordinário com evidente repercussão geral. Aliás, as pessoas que se encontravam nessa situação de gestações de fetos anencéfalos, comumente recorriam ao Poder Judiciário, mas a morosidade das decisões, inevitavelmente, implicava no nascimento da criança, de modo prematuro e sem vida. Portanto, quando o texto legal fala em terceiros, essa expressão deve ser entendida como organizações sociais, ou seja, a figura do chamado “*amicus curiae*”, introduzido no sistema legal brasileiro pela Lei nº 9.868/99, que trata do controle de constitucionalidade.¹⁹⁸

Outra possibilidade de abertura cognitiva possível na repercussão geral é a realização de audiências públicas, designação de peritos, requisição de informações adicionais, a exemplo do que existe na mencionada Lei nº 9.868/99, que permitiu um arejamento da jurisdição constitucional, no âmbito do controle concentrado de normas. De fato, o § 1º do art. 9º permite que o Relator busque mais elementos para construir sua decisão, que, como se sabe, será vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário. Não existe razão para que esse procedimento não possa ser adotado, também, no âmbito da

¹⁹⁷ A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

¹⁹⁸ O texto legal diz o seguinte: “Art. 7º Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

repercussão geral, já que, a exemplo das ações diretas do controle concentrado, o instituto da repercussão acaba produzindo a objetivação do recurso extraordinário. Essa é também a posição de Viana.¹⁹⁹

Aliás, para esse autor, a repercussão geral deve ser vista como um programa condicional (decisório) do sistema do direito. Nas suas palavras:²⁰⁰

Programa que atuará na produção de decisões voltadas a uma construção jurídica (autorreferencial) das mudanças dos estados, nas dimensões objetiva e temporal do sistema da sociedade. Neste propósito a existência ou não de repercussão geral será observada pelo Supremo Tribunal Federal em cada recurso extraordinário (...) guiando-se pelo código binário do *relevante constitucional X irrelevante constitucional*; e como tal será comunicada como decisão do sistema jurídico aos demais sistemas funcionais da sociedade.

A repercussão geral se enquadra, sem dúvida, numa *observação de segunda ordem* de que falam Luhmann ou Teubner, já que, ao examinar o extraordinário para qualificá-lo *como relevante constitucional X irrelevante constitucional* estará fazendo uma *observação das observações* feitas pelos subsistemas sociais que ficarão atingidos pela decisão no plano político, jurídico, econômico ou social.

E essa observação de segunda ordem é apta a dar o *fechamento operativo* do sistema, já que a decisão tomada pela Corte Suprema deve ter o papel de tornar definitiva a decisão acerca da questão constitucional. Ou seja, a partir do pronunciamento definitivo da Corte, o Poder Judiciário produziu a decisão última que afetará os subsistemas sociais atrelados à decisão, de caráter vinculante.

A respeito da vinculação a todos da decisão tomada na repercussão geral, a questão ficou resolvida no plano processual, já que inseridos no CPC mecanismos de adaptação de todas as decisões que tramitam no sistema jurídico à decisão prolatada na repercussão geral.²⁰¹

¹⁹⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 199.

²⁰⁰ *Idem*, pág. 43.

²⁰¹ 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. (...) § 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

Convém salientar que o instituto da repercussão geral guarda sintonia com procedimentos de mesma envergadura existentes nas principais Cortes Constitucionais. Como visto anteriormente,²⁰² no sistema americano, o *writ of certiorari* é o grande balizador das atividades da Suprema Corte. Da mesma forma, a *Verfassungsbeschwerde* e o *Juizio de Amparo* são instrumentos que qualificam a prestação jurisdicional das Cortes da Alemanha²⁰³ e Espanha.²⁰⁴ Essas Cortes, decididamente, não têm a pretensão nem a vocação para decidirem (ou rediciarem) tudo. Analisam o que consideram relevante para o País e, nessas poucas decisões, impõem a força vinculante própria da autoridade que representam. Embora haja diferenças entre a repercussão geral e os mencionados instrumentos dessas importantes Cortes,²⁰⁵ fato é que a repercussão geral instrumentaliza o Supremo Tribunal Federal para ser protagonista da qualidade do que escolhe julgar e não do número de processos julgados. Efetivamente, parece não haver mérito para uma Corte Constitucional na pretensão de redecidir tudo o que as instâncias ordinárias já decidiram, atuando simplesmente como novo (apesar de último) órgão decisório. Aliás, observando a maneira pela qual as principais Cortes Constitucionais do ocidente trabalham (especificamente a Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha) não há dúvida de que o trabalho de uma Corte Constitucional é extremamente diverso do trabalho das demais Cortes do sistema legal. A Corte Constitucional tem o poder-dever de escolher o que julgar (trata-se, portanto de poder discricionário); todavia, aquilo que julgar faz, sistematicamente, o fechamento operativo do sistema do direito. Não se admite, após a decisão da Corte, possibilidade de decisão discrepante, a menos que demonstrado, casuisticamente, que o precedente não pode ser aplicado na circunstância examinada, seja porque superado, seja porque desajustado (a nova questão, por exemplo, envolve elementos diversos daqueles considerados no precedente).

Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

²⁰² Ver subitem 1.3.1.4 deste trabalho.

²⁰³ Ver subitem 1.3.2.3

²⁰⁴ Ver subitem 1.3.3

²⁰⁵ Para uma visão panorâmica e, ao mesmo tempo, sintética do *writ of certiorari*, a *Verfassungsbeschwerde*, o *Juizio de Amparo* e o *certiorari* argentino, suas semelhanças e diferenças com a repercussão geral brasileira, veja-se: VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 68 a 91.

As Cortes Americana, Alemã e Espanhola parecem fornecer subsídios importantes para a criação de uma cultura judicial não apenas de respeito aos precedentes de forma vinculante e obrigatória, mas de uma atuação da Corte Constitucional que, ao se auto-controlar, escolhendo as questões que julga, fortalece a importância daquilo que decide. Abrir mão de decidir (o que implica abrir mão de poder), além de demonstrar um comportamento institucional de auto-contenção, representa confiança na atuação nas demais Cortes do sistema. De fato, se tudo depende do aval do Supremo Tribunal Federal, parece que o julgamento efetuado pelas demais Cortes é visto com desconfiança pela principal Corte da nação. Ao escolher as questões de alta importância que vai julgar, o Supremo Tribunal Federal pode se transformar não apenas num órgão que valoriza suas próprias competências, mas que valoriza e confia no trabalho realizado por todas as demais Cortes do sistema. Aliás, como o próprio constituinte consagrou o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CF), cumpre a ele velar e ser guardião de suas próprias competências. Isso implica ter capacidade de assimilar não apenas numericamente os processos que julga, mas de saber escolher o que realmente interessa da observação final do Supremo. Ao colocá-lo como guardião, a Carta Constitucional confiou a ele, o Supremo, o poder-dever de decidir no que deve intervir para a sua defesa. Dito de outra maneira: o Supremo tem o dever de ser o guardião da Carta e, para isso, deve atuar de forma a ser possível exercer essa irrenunciável competência. Portanto, julgar muito não significa, para uma Corte Constitucional, julgar bem. É nesse sentido que as experiências da Corte Americana e Alemã podem contribuir para uma cultura de julgar bem e ser protagonista nos assuntos que decide. Protagonismo que não se mede em números de processos julgados, mas na importância das questões que decide.

4.2 OS INSTRUMENTOS DE ABERTURA COGNITIVA E O FECHAMENTO OPERACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.2.1 Aberturas cognitivas do sistema constitucional no Supremo Tribunal Federal

Na Teoria dos Sistemas Sociais chama a atenção o paradoxo fundamental que os sistemas trazem consigo: eles se auto-reproduzem, são autopoieticos, ou seja, são sistemas fechados. Todavia, operativamente, são abertos; possuem uma abertura cognitiva, por onde

o sistema reformula as irritações produzidas pelo meio. Essas irritações provocam um desequilíbrio no sistema, o que resulta no processamento daquela informação dentro do sistema.

A abertura do sistema judicial, no primeiro grau de jurisdição, é total, já que o juiz, na condução do processo (arts. 125 a 133 do CPC) pode colher depoimentos, fazer vistoria, determinar a realização de perícias; os advogados podem trazer pareceres, juntar documentos, enfim, instruir o processo com elementos que permitam a produção de uma decisão justa. Ultrapassado o primeiro grau de jurisdição, o sistema processual é bastante cauteloso com a produção de informações novas no processo. É compreensível essa visão processual, porquanto admitida a realização de audiências, perícias, juntada de documentos na fase recursal, estariam sendo subtraídas essas informações do julgador de primeiro grau, que produziu sua decisão quando entendeu, observando o rito do processo, que a questão estava estabilizada, pronta para se decidida. Portanto, o sistema processual é sempre refratário em aceitar a reabertura probatória, seja no primeiro, e, principalmente no chamado segundo grau de jurisdição.

O fato é que tanto o juiz de primeiro grau quanto a Corte de Apelação trabalham na solução de casos concretos. A decisão tomada pelo juiz ou pelo Tribunal de Apelação resolve a demanda subjetiva, cujos interessados estão catalogados na capa do processo. E essa forma de resolver o processo, separando a fase instrutória da decisória parece, no âmbito dessas Cortes, oportunizar a produção de uma decisão confiável.

Todavia, o sistema recursal conhece outras possibilidades recursais que não se prestam a resolver situações concretas e pontuais como aquelas resolvidas pelas Cortes de Apelação e pelos juízes de primeiro grau de jurisdição. A natureza da prestação jurisdicional produzida pelas Cortes Supremas não se presta para a solução da demanda individual, do caso a caso. A Corte Suprema tem a função de decidir as questões que tenham relevância para o País, reservando às demais Cortes do sistema legal o papel de produzir decisões subjetivas, individuais. Portanto, quando a Corte Suprema tem em suas mãos o exame de uma ação ou recurso, de alguma maneira aquela demanda deve extrapolar o interesse (por mais legítimo que seja) do autor da ação. É por isso que sua decisão deve ter efeitos que vinculem o sistema jurídico integralmente, pois o mesmo sistema judicial que trabalha com a noção de que as decisões são recorríveis, tem a expectativa de que, em

algum momento, a discussão cesse pela força da decisão prolatada pela maior autoridade do sistema judicial. Ou seja, o que o jurisdicionado espera é que a Corte, decidindo, transforme suas expectativas em normas (em face do caráter vinculante que a decisão deve ter). A decisão se transforma, assim, numa expectativa normativa: quem pautar seu comportamento pelo que ficou decidido sabe que terá o aval da Corte.

Assim sendo, se é verdadeiro que a decisão tomada pela Suprema Corte deve ter efeitos vinculantes às demais Cortes do sistema legal, então, a relevância de sua decisão exige que alguns dos parâmetros do sistema processual possam ser superados, já que, diferentemente das Cortes de Apelação e dos juízos de primeiro grau, a decisão da Corte Suprema não será produzida norma para o caso individual, mas para uma multiplicidade de situações. Nessas circunstâncias, a abertura cognitiva que, nas Cortes de Apelação não é permitida, pode e deve ser possibilitada à Corte Suprema, em face da importância que a decisão terá no sistema do direito.

Foram com esse propósito, de permitir a abertura cognitiva das decisões do Supremo Tribunal Federal que, desde o advento da Lei nº 9.868/99 (que trata do controle concentrado de constitucionalidade), passaram a ser permitidas, pelo direito positivo brasileiro, algumas medidas que possibilitam a ampliação democrática dos debates nos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Dessa feita, o Relator tem poderes que permitem a oxigenação da causa, podendo ouvir órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º), requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emissão de parecer, realizar audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º) e mesmo solicitar informações aos Tribunais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito da sua respectiva jurisdição (§ 2º do art. 9º).

Também a Lei nº 11.418/06, que, no âmbito da repercussão geral, tendo em vista sua eficácia vinculante (em face das normas processuais que a disciplinam) e a profunda alteração que deu ao recurso extraordinário (desvinculando-o dos interesses subjetivos do autor da ação), permitiu a manifestação de terceiros (§ 6º do art. 543-A do CPC), que devem ser entendidos como *amicus curiae*, como já mencionado anteriormente.

Vale lembrar, nessa parte que trata da abertura do sistema, a lição de Häberle, sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Diz ele, criticando a doutrina tradicional:²⁰⁶

Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.

E, mais adiante, o autor cita algumas maneiras pelas quais se poderia “abrir” os processos de controle, ampliando a participação da sociedade:²⁰⁷

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos).

²⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor: 2002, págs. 11-2.

²⁰⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor: 2002, págs. 46-8.

Um feliz exemplo dessa abertura cognitiva do processo de controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte foi no julgamento da Lei nº 11.105/05 (a Lei da Biosegurança), quando, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, realizou-se a primeira audiência pública para tratar do tema constitucional (pesquisas biogénéticas com as chamadas células-tronco embrionárias). Foram ouvidos geneticistas, religiosos, foram apresentadas pesquisas desenvolvidas em universidades, hospitais, institutos científicos. Enfim, oportunizou-se ao órgão judicial amplo conhecimento sobre o tema que estava em julgamento.

Viana sustenta²⁰⁸ que a admissão dos *amici curiae* estabelece uma ‘ponte comunicativa’ do direito com os outros sistemas sociais:

A admissão do *amicus curiae* estabelecerá a ‘ponte comunicativa’ do sistema do direito com os outros sistemas sociais da sociedade. ‘Ponte comunicativa’ que, a nosso ver, permitirá uma abrangente observação pelo Supremo Tribunal Federal dos possíveis riscos que podem ser gerados para a sociedade pelas decisões produzidas no campo do recurso extraordinário objetivado.

Desse modo, o subsistema do direito, por meio do *amicus curiae* na repercussão geral, ampliará sua capacidade cognitiva, gerando uma ampliada capacidade de auto-observação e de suas decisões que repercutem em todo o ambiente, pela própria natureza da função condicional do direito.

E, mais adiante, arremata:²⁰⁹

Desse modo, o *amicus curiae* na repercussão geral, ao ser entendido como admissão da manifestação – em suas duas fases procedimentais distintas – de organizações sociais representativas (porta-vozes sistêmicos) dos sistemas parciais sociais (da religião, da ciência, da economia, da política, entre outros), representa ampliação salutar da abertura cognitiva (“*kognitive Öffnung*”) do sistema parcial do direito, por meio da ampliação do espectro social de comunicação do Supremo Tribunal Federal, como organização constituída formalmente como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Nos termos da Teoria dos Sistemas Sociais, o sistema do direito, com a manifestação do *amicus curiae*, aumentará sua capacidade de observador de segunda ordem, ao observar as possibilidades de suas decisões no campo da repercussão geral por meio da observação das irritações sistêmicas produzidas por e em seus observadores presentes no ambiente intrassocial

²⁰⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 192.

²⁰⁹ *Idem*, pág. 198.

A necessidade do Tribunal Supremo aumentar sua capacidade cognitiva é diretamente proporcional aos efeitos que sua decisão causa no tecido social. Os instrumentos que o legislador, nos últimos tempos, colocou à disposição do Supremo Tribunal Federal permitem uma verdadeira transformação do seu papel. De fato, o Supremo Tribunal tem, paulatinamente, deixado de se creditar como uma instância revisora, para se transformar numa Corte Constitucional. Cortes revisoras redecidem o que as Cortes a elas vinculadas decidiram e exerce o papel corretivo de eventuais equívocos interpretativos. A Corte Suprema se utiliza do material de trabalho das demais Cortes para exercer seu papel de fechamento do sistema do direito, fazendo o acoplamento estrutural do mundo do direito com o mundo da política. De fato, se é verdade que a Constituição é o documento normativo que faz o acoplamento do subsistema do direito com o subsistema da política, então, o seu maior intérprete, quando decide, fundamentalmente, opera realizando o acoplamento desses subsistemas sociais. Tendo em conta o que foi dito, parece irrepreensível a assertiva de que, para o melhor exercício desse poder decisório, as aberturas cognitivas são fundamentais.

Häberle tem razão quando sustenta que a interpretação constitucional “não é um evento exclusivamente estatal”, já que tanto o cidadão que formula um recurso à Corte Suprema, como um partido político que ingresse com uma ação também são intérpretes da Constituição.²¹⁰ Reconhecer a existência de outros intérpretes do Texto Supremo é o primeiro passo na construção de uma decisão que afetará de modo definitivo os subsistemas sociais. Nesse sentido, o acerto do legislador em dotar o Supremo Tribunal de instrumentos que permitam a abertura cognitiva que o sistema processual constitucional brasileiro.

4.2.2 O Supremo Tribunal Federal como observador de segunda ordem (fechamento operacional do sistema jurídico)

A abertura cognitiva representa, como já dito anteriormente, parte do paradoxo fundamental do sistema autopoietico, já que, pela Teoria dos Sistemas, os sistemas são operativamente fechados. Esse fechamento operacional é fundamental, já que o fechamento operacional significa que nem o ambiente nem o sistema podem agir na esfera de operações

²¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta** ..., pág. 23.

um do outro, senão o sistema não poderia produzir a sua própria identidade e seu próprio conhecimento.

No sistema legal brasileiro todos os magistrados são juízes constitucionais e podem reconhecer a invalidade da norma jurídica. Todavia, o Supremo Tribunal Federal é, reconhecidamente, a Corte Constitucional Brasileira, já que, além de ser nomeado pela própria Constituição como seu guardião (art. 102, caput, da CF), e dotá-lo de competências específicas para essa função (ADIN, ADC, ADICOM, ADPF), é o destinatário final dos recursos constitucionais (art. 102, inciso III, CF) que tramitam em todo o Poder Judiciário. Não há dúvidas, portanto, de que ao Supremo Tribunal Federal está consagrada a tarefa de fazer o fechamento operativo do sistema constitucional, já que a atividade decisória que desenvolve representa o coroamento de toda a atividade judicial.

O fechamento operacional do sistema jurídico, função que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de realizar, já que se trata, no âmbito judicial, da última instância decisória (no âmbito dos extraordinários), ou como única instância decisória (no âmbito das ações do controle concentrado), qualifica-o como *observador de segunda ordem* do sistema autopoietico do direito. De fato, com a missão de decidir por último, consegue enxergar para além dos eventuais ‘pontos cegos’ das demais instâncias decisórias, dos sujeitos da relação jurídica processual, dos *amici curiae*. Viana, citando Luhmann, menciona que o observador tem o papel de evitar a disfuncionalidade do sistema, porquanto ao ser irritado pelos outros sistemas tem de processar a informação e operá-la dentro do sistema. Não se poderia admitir que o sistema jurídico, por exemplo, irritado pelo sistema econômico, mantivesse a informação como econômica. Deve colhê-la do subsistema (social, econômico, político) e transformá-la em fato jurídico. Confira-se:²¹¹

Para evitar a ocorrência de tal disfuncionalidade no sistema jurídico, merece menção que Luhmann, em artigo intitulado ‘*Ich sehe was, was Du nicht siehst*’ (eu vejo o que você não pode ver), ao tratar da teoria do conhecimento, em direta crítica a Jürgen Habermas e à Escola de Frankfurt, aponta o fato da existência de um *blinder Fleck* (ponto cego) na observação feita por determinado observador, o qual somente o *observador do observador* pode verificar. (...) Dentro dessa formulação teórica, deve assim o Supremo Tribunal Federal – para fazer a *disclosure* das assimetrias informativas – realizar a observação de seus observadores (*amici curiae*), na qual constará o *blinder Fleck* (ponto cego) daqueles, ou seja, o que eles ‘não podem ver’.

²¹¹ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 195-6.

Naturalmente, realizando essa observação de segunda ordem, próprio das altas funções que exerce, a decisão produzida pelo Supremo Tribunal Federal deve representar o *fechamento do sistema jurídico*, o que pressupõe a integral vinculação do sistema jurídico ao conteúdo da decisão. Dito de outra maneira, uma vez decidida a questão constitucional pela Corte que tem a função de fazer o fechamento do sistema jurídico, as demais instâncias decisórias devem acatar, naturalmente, a decisão.

Interessantes são as conclusões de Mitidiero, quando sustenta a necessidade de reconhecer a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal:²¹²

A afirmação do Estado Constitucional – especialmente na face em que se consubstancia como Estado de Direito – está umbilicalmente ligado à *domesticação do poder*. Nos Oitocentos, a limitação do poder estatal encontrou sua direção principalmente na função executiva, afirmando-se o Direito como um limite à atuação do governo. A *legalidade* foi a expressão eleita pelo Estado de Direito como símbolo da sua primeira revolução. Nos Novecentos, o *controle de constitucionalidade* teve como endereço precípua o legislador, sendo o seu advento fundado na necessidade de imporem-se limites à *função legislativa*. O *controle de constitucionalidade* e a *proteção dos direitos fundamentais* simbolizam inequivocamente a segunda revolução do Estado de Direito. No início do nosso século a preocupação se volta para o Poder Judiciário. E isso porque o Direito não passa de uma *expectativa ilusória* se não encontrar interpretação isonômica e segura pelos juízes. Essa é a razão pela qual o Estado Constitucional hoje lança sua normatividade sobre o Poder Judiciário e erige os *precedentes* e as *Cortes Supremas* por eles responsáveis como guardiãs não só da Constituição, mas da *integridade da ordem jurídica como um todo*.

Uma teoria jurídica que pressupõe que a norma é a interpretação da norma, que todos devem ser tratados de forma isonômica perante o Direito e que é preciso promover a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das normas como condição para que possa existir liberdade de autodeterminação não pode sustentar a inexistência de precedentes vinculantes. Isso porque, sendo o Direito potencialmente indeterminado e paulatinamente precisado pela atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa a *recusa de vinculação à própria ordem jurídica*. Portanto, do ponto de vista *institucional*, que é justamente aquele que deve ser levado em consideração pelo *sistema encarregado de tutelar judicialmente os direitos*, o *Direito encontra sua expressão na interpretação que é dada à Constituição e à legislação pelas Cortes Supremas a partir de casos concretos*.

Isso quer dizer que a *recusa à aplicação de precedente judicial* constitui *recusa de vinculação ao Direito*. É preciso que isso seja dito claramente. Em uma perspectiva lógico-argumentativa – e, no fundo, em toda e qualquer perspectiva teórica que reconheça a diferença entre texto e norma – **é imprescindível a vigência da regra do stare decisis como condição sine qua non do Estado Constitucional**. (...) E essa relação peculiar é muito clara: se o Direito não é apenas revelado pela

²¹² MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 102-3

decisão judicial, se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo Poder Judiciário, mas é de algum modo afirmado (“*established*”) pelas decisões judiciais, então a ***fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o Direito, predicados sem os quais nenhuma ordem jurídica pode ser reconhecida como legítima.***

Claro está, portanto, que, a partir do momento em que a Corte decide definitivamente a questão constitucional, produz o *fechamento operacional do sistema jurídico*. É o que justifica o acatamento da decisão por todas as demais Cortes integrantes do sistema, já que a manifestação da Corte Suprema estabelece o próprio conteúdo da norma constitucional.

A conclusão de Viana, igualmente, é digna de nota:²¹³

Dentro desse contexto teórico, a repercussão geral se apresenta como instrumento procedimental que, pela observação de segunda ordem, colocará o Supremo Tribunal Federal diante da necessidade de avaliar as perspectivas coevolutivas do sistema do direito com os demais sistemas parciais da sociedade, resultantes da combinação eficiente de seus programas condicionais com os programas finalísticos daqueles outros subsistemas. Ou seja, deverá verificar, cognitivamente (num processo de aprendizagem das operações e fatos sociais) as possibilidades sistêmicas de suas decisões, no recurso extraordinário objetivado, dirigidas aos subsistemas presentes em seu ambiente intrassocial.

O controle difuso de constitucionalidade, no modelo da repercussão geral, dotará o Supremo Tribunal Federal, em suas operações decisórias realizadas no interior do sistema parcial do direito, de uma capacidade cognitiva que ampliará a repercussão, em termos de eficácia, da relevância do tema constitucional para a sociedade.

Produzir-se-ão, desta forma, emissões comunicativas – decisões – que poderão ser incorporadas, autorreferencialmente, pelos subsistemas sociais por elas irritados (estimulados), produzindo neles sentido (*Sinn*) e ampla possibilidade de ressonância (cognição).

Finalmente, perceba-se, por tudo o quanto foi dito, que, firmado o precedente pela Corte Suprema, o papel que sobra para as Cortes inferiores é decisivo para a jurisdição constitucional: aplicar o precedente a todas as questões idênticas e demonstrar, precisamente, no caso concreto, quando não se aplica, ou mesmo quando é o caso de sua superação.

²¹³ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 172-3.

4.3 A VINCULAÇÃO PELA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO (“*RATIO DECIDENDI*” OU “*HOLDING*”)

A vinculação dos litigantes aos efeitos das decisões judiciais sempre se deu, no sistema processual brasileiro, pelo dispositivo das sentenças, já que os motivos que levaram o julgador ao resultado (ou seja, a fundamentação), ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva, não produzem coisa julgada (art. 469 do CPC). Essa realidade, contudo, tem sofrido alteração, pelo menos no que se refere às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O que se apregoa, atualmente, é que a decisão do Supremo deixa de atingir apenas o ato declarado inconstitucional, mas fica proibida (a) a reprodução do conteúdo substancial desse ato, (b) a manutenção de outros atos com conteúdo semelhante e (c) a adoção de via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do STF.²¹⁴ A exata compreensão do que está sendo debatido, atualmente, na principal Corte do País, passa pelo exame dos antecedentes históricos da eficácia vinculante das decisões sobre (in)constitucionalidade tomadas pelo STF.

4.3.1 Antecedentes históricos

Em minucioso estudo sobre os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional, Leal²¹⁵ faz exame dos antecedentes históricos do efeito vinculante no Direito Constitucional Brasileiro. Inicia com a Constituição de 1891 (art. 59, § 2º), que determinava à Justiça Federal a consulta à jurisprudência dos tribunais locais, nos casos em que tivesse de aplicar leis dos Estados e, igualmente, impunha aos Estados a consulta à jurisprudência dos tribunais federais, quando tivessem de aplicar as leis da União. Prevaleceu, no entanto, o entendimento de que a consulta era obrigatória para fins de esclarecimento sobre a legislação, local ou federal, mas que isso não vincularia um ou outro tribunal. Depois, o Decreto nº 23.055/1933 impôs às Justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre a obrigação de interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do STF. Mais recentemente, na década de 70, o Regimento Interno do STF instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal,

²¹⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 150.

²¹⁵ *Idem*, págs. 130-7.

estruturadas em verbetes, mas cuja imposição sempre foi meramente persuasiva. No entanto, segundo o autor, tiveram elas, desde o início, efeitos de natureza processual: o Relator poderia arquivar o processo que contrariasse a jurisprudência sumulada pela Corte. Depois, veio o art. 38 da Lei nº 8.038/90, que permitiu ao Relator negar seguimento a recurso que as contrariasse, nas questões predominantemente de direito. Ainda, o art. 557 do CPC (na redação de 1998) autorizou a negativa de seguimento a recurso que estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, com possibilidade de provimento monocrático do recurso pelo relator na hipótese da contrariedade ser manifesta de súmula ou jurisprudência dominante do STF.

No controle abstrato de constitucionalidade, conta Leal, a Emenda nº 7/77 conferiu ao Supremo o poder de impor sua interpretação dos textos normativos. Foi, contudo, no Regimento Interno do STF, e nas interpretações nele fixadas, que ficou estabelecido que a interpretação dada pela Corte Suprema nesse tipo de ações seria vinculante. Conclui o autor²¹⁶ que “dentre os antecedentes históricos destacados neste item, é a *força vinculante* das decisões proferidas em sede de representação interventiva o instituto que mais se aproxima do efeito vinculante”. Com a Emenda nº 3/93, que instituiu a Ação Direta de Constitucionalidade, houve expressa base constitucional a respeito da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A Lei nº 9.868/99, que regulamentou essa emenda, estendeu o efeito vinculante ali mencionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que era reconhecido pela jurisprudência do Supremo. Logo após, foi publicada a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, que tem caráter subsidiário aos demais existentes, dotado de eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do poder público. Finalmente, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que consagrou em âmbito constitucional os efeitos vinculantes à Ação Direta de Inconstitucionalidade, os quais passaram a ser produzidos aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. A inovação foi a instituição do chamado efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal que consubstanciarem

²¹⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 138.

entendimentos reiterados da Corte em matéria constitucional. Esclarece Leal²¹⁷ que “pela primeira vez, desde sua incorporação à ordem jurídica brasileira, o efeito vinculante é conferido sem que também se atribua expressamente eficácia contra todos”. O autor salienta, também, que o art. 103-A romperia, em parte, com a concepção de raiz européia que inspira o instituto, porque estende efeitos vinculantes a decisões adotadas fora do controle abstrato de constitucionalidade.

4.3.2 Efeito Vinculante e Eficácia Contra Todos (“*erga omnes*”)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi quem reconheceu às decisões de constitucionalidade proclamadas no controle abstrato a qualidade de coisa julgada material oponível contra todos (eficácia *erga omnes*). Desenvolve, Leal, a partir daí, inteligente raciocínio partindo da diferenciação dos conceitos de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, chegando à conclusão de que apenas a eficácia contra todos estaria protegida da imutabilidade da coisa julgada, já que, no nosso sistema, por expressa disposição legal, os motivos da decisão não são imutáveis (art. 469 do CPC). Parte o autor da constatação de que os próprios textos normativos que consagram o efeito vinculante o dissociam da eficácia contra todos, porquanto empregam sempre a conjunção aditiva “e” quando tratam dos institutos (os textos normativos falam eficácia contra todos e efeito vinculante). Sendo conceitos distintos, a imutabilidade do *decisum* decorrente da coisa julgada protege apenas o que foi decidido contra todos (a imutabilidade da coisa julgada fica agregada, tão-somente à eficácia *erga omnes* do dispositivo), mas não impede a renovação ou reiteração material do ato por outro instrumento de mesma estatura. Para ele, o que garante a impossibilidade da renovação material do ato, são justamente os efeitos vinculantes, os quais se encontram na fundamentação das decisões, mais precisamente, na *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Confirmam-se suas palavras:²¹⁸

Descabe, assim, interpretar que o efeito vinculante implica a imposição contra todos da sentença final constante da parte dispositiva da decisão proferida. A vinculação da parte dispositiva, por ser efeito extraído da qualidade

²¹⁷ *Idem*, pág. p. 144.

²¹⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional** págs. 149-51.

de coisa julgada não pode, logicamente, corresponder ao conteúdo do efeito vinculante. (...)

Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade. (...)

Sabe-se que a parte dispositiva cuida apenas e tão-somente de expressar o resultado decisório da ação definindo, no caso de conhecimento da ação de constitucionalidade, se o ato questionado – e não apenas ele – é constitucional ou inconstitucional. Eventual identidade de atos, quanto a suposto vício de inconstitucionalidade apontado, somente pode se detectada a partir da *ratio decidendi* que fundamenta a decisão. Significa dizer que **o efeito de impor a eliminação de atos normativos de igual conteúdo e a vedação de reiteração material do ato inconstitucional somente pode ser aferido mediante o cotejo desses outros atos com os fundamentos determinantes da decisão, e não com a sua parte dispositiva.**

A possibilidade do legislador editar norma de teor idêntico ao daquela declarada inconstitucional pelo Supremo é objeto das reflexões, também, de Gilmar Ferreira Mendes. Salaria esse autor²¹⁹ que a doutrina alemã tem firme orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* – tal como a coisa julgada – abrange a parte dispositiva da decisão. Assim, a nova lei não estaria abrangida pela força de lei do julgado. Diz, todavia, que eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes são coisas diversas. Confirmam-se suas palavras (constantes do Projeto de Emenda Constitucional nº 130/92, que se transformou na Emenda nº 3/93):²²⁰

Além de conferir eficácia “*erga omnes*” às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o

²¹⁹MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 594

²²⁰*Idem*, pág. 596

tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.

A coisa julgada, no sistema brasileiro, portanto, não abrange os motivos do julgado. Assim, ao proteger contra todos o que ficou decidido no dispositivo do julgado, não se logra impedir a perniciosa reiteração material do ato declarado inconstitucional. É que efeito vinculante e eficácia contra todos são conceitos diversos: enquanto essa última está ligada ao dispositivo do julgado, os efeitos vinculantes se ligam aos motivos determinantes da decisão (a *ratio decidendi*) subjacente ao julgado.

4.3.3 A aproximação entre os sistemas difuso e abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil

A partir do momento em que ficou estabelecido que a decisão incidental de inconstitucionalidade tem efeitos apenas no caso examinado, preocuparam-se doutrina e jurisprudência em garantir isonomia e segurança jurídica aos julgados, além de criar mecanismos que evitassem a desnecessária repetição de julgamentos nos tribunais da mesma questão já decidida. Zavascki²²¹ esclarece que as medidas mais significativas foram (a) a criação do instituto da suspensão pelo Senado da execução das leis reconhecidas como inconstitucionais pelo STF, (b) tornar vinculativa, para os tribunais, as decisões do STF em matéria constitucional, dispensando o princípio da reserva de plenário quando já houver manifestação do Plenário do STF sobre a questão constitucional e (c) salientar a força de precedente das decisões do STF, ensejando julgamento simplificado dos recursos e acolhimento da rescisória. Identifica Zavascki essa vocação expansiva das decisões do STF em matéria constitucional como eficácia reflexa ou eficácia anexa. Reflexa porque permitem a transmissão dos efeitos para além do caso julgado, vinculando pessoas outras que não as participantes da relação processual que originou a decisão. Anexa porque seria automática, independentemente de provocação da Corte Constitucional.

²²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **A Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 30.

Marinoni²²² defende que a força normativa da Constituição está diretamente relacionada à observância das decisões da Corte Constitucional. Por isso, defende a aplicação da teoria de que a vinculação se dá pelos motivos determinantes da decisão relativamente a todos os tribunais e autoridades. Sustenta que os efeitos vinculantes deveriam se estender, igualmente, às súmulas de interpretação da lei federal, ou seja, aquelas publicadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o texto:

O problema das ações repetitivas está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões dos tribunais superiores. Diante da previsão contida no art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela EC n. 45/2004, não mais se questiona sobre o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Isto, todavia, não esgota a questão, já que as decisões tomadas em recurso extraordinário igualmente têm efeito vinculante.

Não é necessário recorrer a argumentos de direito comparado – como o instituto do *stare decisis* americano ou o controle da constitucionalidade próprio ao Tribunal Constitucional alemão – para demonstrar tal conclusão. É que a não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição.

A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Justamente por conta disso, aplica-se ao Recurso Extraordinário a teoria de que o efeito vinculante da decisão se estende aos seus fundamentos determinantes e não apenas à sua parte dispositiva – essa última abarcada pela coisa julgada material. Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Por outro lado, a eficácia vinculante também deveria ser estendida às súmulas que definem a interpretação da lei federal, isto é, às súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que não haja previsão legal para tanto, os argumentos que justificam a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal também teriam inteira aplicação aqui, autorizando – ao menos *de lege ferenda* – a outorga de força vinculante às súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

Streck²²³ vê com preocupação essa aproximação que se apregoa entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil. Sustenta que não há autorização constitucional para a extensão dos efeitos vinculantes do controle concentrado para o controle difuso, e que tal vinculação tampouco faria parte da doutrina pátria sobre o controle.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar**. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf> Acesso em 06.05.2009.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **A Nova Perspectiva do Supremo**....., p. 16 e 17.

Araujo e Barros,²²⁴ em interessante artigo, falam sobre a aproximação entre os modelos de fiscalização de constitucionalidade no Brasil. A aproximação do controle concentrado para o difuso seria encontrada nos seguintes pontos: (a) a pertinência temática exigida para legitimidade para a propositura da ADIN, ADC e ADPF, porquanto um processo objetivo prescindiria do exame de interesse específico na causa, já que se discute a aplicação da lei em tese; esse característico se ajustaria apenas ao modelo difuso, onde se examinam interesses subjetivos; (b) a figura do *amicus curiae*, igualmente, que permite apresentação de memoriais especializados, geralmente em assuntos inéditos, inusitados, difíceis, na medida de seus interesses no julgamento da causa; (c) a previsão de realização de perícia, prevista no § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99, possibilita à Corte o exame de questões de fato que podem interferir no julgamento, mitigando o processo objetivo de controle; e (d) na afirmação, por parte do STF, que a eficácia vinculante das decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade não se limita ao dispositivo da decisão, mas englobam também, os motivos que a determinaram. Já a aproximação do controle difuso para o concreto seria encontrável (e) nos julgados em que o STF vem concedendo efeito transcendente em recurso extraordinário (como, por exemplo, o RE 197.917, que definiu os critérios da proporcionalidade da fixação do número de vereadores por município); também (f) na instituição do novo requisito para admissibilidade dos extraordinários, qual seja, necessidade de comprovar que a questão constitucional em exame tenha repercussão geral.

Relativamente à concessão de efeitos transcendentais ao mencionado recurso extraordinário, sustentam os autores:²²⁵

(...) O que ocorreu, então, foi que o próprio STF entendeu, em sede de ADIN, que teria ocorrido a transcendência dos motivos determinantes no julgamento do RE 197.917. Por tal razão, vinculou a decisão do processo

²²⁴ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários.** Disp. em

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf> Acesso em 06.05.2009.

²²⁵ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários.** Disponível em

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em 06.05.2009.

objetivo aos motivos que determinaram a decisão no controle difuso de constitucionalidade, em razão da existência do mesmo tema (fundamento jurídico) em ambos os casos.

Curial, portanto, esclarecer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal concede efeitos transcendentais à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso (via Recurso Extraordinário), naturalmente está-se diante de uma aproximação do modelo difuso ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, eis que os fundamentos daquela decisão, aparentemente utilizados apenas na fronteira do processo *inter partes*, passam a transcender o próprio processo, aplicando-se a outros casos, desenhando uma espécie de efeito geral (efeito típico de decisões oriundas de um controle concentrado). Ou, em outro enfoque, passa-se a admitir algo parecido com o chamado *stare decisis* do direito norte-americano, onde os precedentes, havidos em processos subjetivos, passam a ser de observância obrigatória para além das fronteiras do processo primitivo, aplicando-se de maneira geral.

Mello,²²⁶ que elaborou minucioso e judicioso estudo sobre os precedentes no *common law* americano, esclarece que as discussões que ocorrem nos EUA são assemelhadas ou fornecem elementos que podem colaborar no atual debate acerca da eficácia transcendente da fundamentação e do exame da congruência entre as súmulas e os julgados que a originaram. No controle concentrado de constitucionalidade, cita ela a Reclamação nº 1.987-DF, considerado o *leading case* a respeito da transcendência dos motivos determinantes da decisão.

Preocupa-se a autora em demonstrar que o estudo dos conceitos desenvolvidos pelos *common law* relativamente ao dispositivo, à fundamentação e ao comando genérico emergente da decisão, aplicável a casos futuros, pode colaborar na melhor compreensão desse fenômeno da eficácia transcendente dos motivos determinantes. Toma como exemplo essa Reclamação 1987-0-DF: o fundamento dessa ação que visa à preservação competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões está na ADIN 1662/SP. Segundo a autora, a norma geral que emana da ADIN poderia ser verbalizada da seguinte forma: “A Instrução Normativa n. 11/1997, TST é inconstitucional e, portanto, inválida”. Assim, embora com eficácia *erga omnes* e com efeitos vinculantes, já que tomada no controle abstrato de constitucionalidade, caso não admitida a teoria dos motivos determinantes, o próprio TST/SP poderia publicar, na semana seguinte outra Instrução Normativa com idêntico teor para se subtrair à autoridade do julgado na ADIN. Já da fundamentação do julgado ficou claro que a Constituição Federal somente autorizaria o seqüestro para

²²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 145 e seguintes.

pagamento de precatórios trabalhistas em caso de preterição da ordem de precedência. Assim, o comando geral, mais amplo que o dispositivo e mais sintético que a fundamentação ficaria assim: “O art. 100, CF somente autoriza o seqüestro de verbas públicas para pagamento de precatório trabalhista em caso de violação do direito de precedência, não admitindo a extensão desta medida a novas hipóteses ali não previstas”. Esse seria, portanto, o *holding* (ou *ratio decidendi*) do *stare decisis*. Conclui, assim, Mello:²²⁷

Nota-se, portanto, que o que se vem defendendo, sob o rótulo de ‘eficácia transcendente dos motivos determinantes’, é em verdade, a extração de um ‘holding’, equivalente à exegese constitucional fixada pela Corte, a partir dos fundamentos da decisão produzida em sede concentrada, e a conferência ao mesmo de eficácia normativa. Por isso, a nomenclatura não é muito feliz. Ela gera uma impressão de que se pretende conferir tais efeitos de forma ampla, a toda fundamentação, o que não procede.

Relata a autora, ainda, que, no controle difuso de constitucionalidade, na mesma Reclamação 1.987-0/DF, o Ministro Gilmar Mendes elencou vários julgados em que houve aplicação da exegese firmada nos seus precedentes e não apenas ao seu dispositivo, admitindo que os Relatores julguem monocraticamente os extraordinários, quando houver decisão do Pleno do Tribunal no sentido da inconstitucionalidade de norma semelhante, ainda que emanada de ente federativo diverso. Igualmente, no âmbito das súmulas simples, o STF tem afirmado, segundo Mello, a impositividade de suas interpretações, mesmo que os paradigmas sejam pertinentes a atos e normas diferentes, de diversas unidades da federação. Exemplifica com os verbetes²²⁸ de nºs 670, 681 e 683 do STF, nos quais se extraiu o entendimento jurídico que é comum aos julgados que deram origem aos enunciados.

A autora traça, por fim, uma perspectiva teleológica e sistemática da eficácia transcendente dos motivos determinantes:²²⁹

²²⁷ *Idem*, págs. 156-7.

²²⁸ Os verbetes têm o seguinte teor: 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”; 681: “É inconstitucional a vinculação de reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”; 683: “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

²²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes...**, pág. 162-3.

(...) no que respeita a seus aspectos finalísticos, a adoção de precedentes normativos se justifica na medida em que se busca promover alguns valores que lhe são correlatos, a saber: a *segurança* e a *previsibilidade* jurídica; a *uniformidade* do direito e a *isonomia* entre os cidadãos; a credibilidade das cortes; a *redução de litígios*; e a *preservação da força normativa da Constituição*, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pelo STF. (...) em um primeiro exame, **sob o ponto de vista dos valores que justificam a adoção de *binding precedents*, a força normativa dos julgados não se deveria ater ao dispositivo da decisão.**

Idêntica conclusão é alcançada sob uma perspectiva sistemática. Isso porque, como demonstrado, a eficácia transcendente da fundamentação vem sendo adotada em sede de controle difuso da constitucionalidade, e na edição de súmulas simples; e tudo leva a crer que será igualmente utilizada na produção de súmulas vinculantes. Este fato demonstra certa homogeneidade na conferência de eficácia normativa (ou impositiva intermediária, conforme o caso) à exegese fixada pela Corte Constitucional, em analogia com o holding do *common law*. Assim, seria incongruente utilizar-se o instrumento em tais hipóteses e rejeitá-lo no controle concentrado, a menos que alguma especificidade deste pudesse justificar um tratamento diferenciado.

(...) **a rejeição da eficácia transcendente frustra o estabelecimento de um sistema eficaz de precedentes vinculantes em sede de controle concentrado.**

Mitidiero também sustenta que é necessária a vinculação às razões constantes das decisões da Corte Suprema.²³⁰

A fidelidade ao precedente consiste no respeito às *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de uma determinada *questão* de um caso. Constitui, portanto, respeito à *ratio decidendi*, que constitui a *universalização das razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso. Tal é a *dimensão objetiva* do precedente. O que não se oferece como *indispensável* para sustentação da solução da questão não pode ser considerado como integrante da *ratio decidendi* e compõe a categoria do *obiter dictum* – literalmente, dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*), cujo conteúdo não constitui precedente. Isso quer dizer que o respeito ao precedente pressupõe em *primeiro lugar* o seu *reconhecimento* pelo juiz encarregado de aplicá-lo e em *segundo lugar* a *individualização dos pressupostos fático-jurídicos* que tornam os casos idênticos ou similares e que justificam a aplicação do precedente. O raciocínio judicial aí é eminentemente analógico. O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão e universalização* de razões e *comparação* entre casos – um papel *nada automático e certamente decisivo* para promoção da tutela do direito.

Mendes parte do pressuposto que o efeito vinculante da decisão da Corte Constitucional está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional e à

²³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 103-4.

função de guardião por ela desempenhada. Na sua visão, tal efeito decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte. Recorre Mendes²³¹ à literatura alemã para explicar o efetivo significado do instituto:

A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda nº 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no §31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes* mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto. (...)

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do *efeito vinculante*, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes*, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados *obiter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o *Tribunal Constitucional alemão* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. (...)

Enquanto o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão. (...)

Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a “norma decisória concreta”. A norma decisória concreta seria aquela “idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”. (...)

A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do *Tribunal Constitucional alemão* consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas. (...)

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

²³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 598-603.

Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o *caráter transcendente* do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

O texto transcrito também faz parte da fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 1.987-0/DF, na qual o Supremo debateu esse tema e, afinal, reconheceu que a eficácia vinculante da ADI 1.662-SP (Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, por maioria) alcançava, também os motivos determinantes do julgado. A decisão teve a seguinte ementa:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.
2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.
3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.
4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.**
5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente (DJ 21.05.2004).

No corpo do voto, o Ministro Gilmar Mendes elucida que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* a hipóteses semelhantes já é prática conhecida pelo Supremo Tribunal Federal com controle de constitucionalidade das leis municipais. Do levantamento feito pelo Ministro consta o seguinte:

Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente o 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 precedente 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.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP, DJ 16.06.99, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade da lei do Município de Belo Horizonte, que institui alíquota progressiva no IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade da lei do Município de São Paulo (RE 221.795, DJ 16.11.00).

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais (RE 364.160, DJ 07.02.03).

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252, DJ 15.04.03, onde se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048, DJ 08.04.03, no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo (RE 384.521, DJ 30.05.03).

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pela Corte Constitucional.

Não obstante os precedentes citados do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a discussão relativa à eficácia transcendente dos efeitos determinantes

da decisão foi reaberta no Supremo no julgamento da Reclamação nº 4.219 em face da ADIN nº 2.602/MG.²³²

Contudo, o que se percebe é que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva tornaria vazio o instituto da eficácia transcendente, já que nada acrescentaria aos institutos da eficácia *erga omnes* e da coisa julgada.

4.3.4 A dispersão de votos e a congruência entre as súmulas e os julgados em que se fundam

A doutrina se ocupa de dois outros temas diretamente relacionados ao relevo que passa a ter a fundamentação dos julgados quando sua observância passa a ser obrigatória: (a) o problema da dispersão de votos entre os Ministros da Corte Constitucional e (b) a congruência entre as súmulas e os julgados em que elas se fundam.

Adotada a idéia de que os motivos determinantes da decisão vinculam as demais Cortes do sistema traz consigo o pressuposto de que fiquem claras no julgado as razões pelas quais a Corte decidiu a questão constitucional. É que o precedente, além de fixar a interpretação para os casos semelhantes ou idênticos, ajuda na resolução de casos inéditos, porque tem uma vocação natural à expansão. A dispersão de votos, segundo Mello é um limite a essa vocação expansiva do precedente:²³³

Muitas vezes a corte vinculante consegue atingir uma maioria no que respeita ao resultado, à solução a ser conferida a determinado litígio, mas os magistrados divergem quanto às razões de justiça que embasaram tal solução. Quando isso acontece e não é possível extrair um princípio comum a partir das opiniões da maioria, sua normatividade fica muito prejudicada. Será difícil definir o *holding* sem identificar os fins coletivamente aceitos para adotá-lo e, mesmo que assim não fosse, sua força gravitacional seria muito frágil. A produção de decisões conciliatórias, com fundamentações negociadas entre os magistrados, a fim de evitar tal dispersão, também pode dificultar a compreensão de seus fundamentos, embora leve a uma situação mais definida que a primeira.

A esse propósito, Leal afirma²³⁴ que “os fundamentos determinantes limitam-se às razões que são relevantes para a decisão proferida, isto é, aos motivos sem os quais o

²³² O julgamento da Reclamação ainda não está terminado, conforme pesquisa realizada no site do STF – www.stf.jus.br em 15 de junho de 2014.

²³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes...**, págs. 200-1.

²³⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante**, págs. 169-70.

decisum constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência”. As demais afirmações que não guardam essas características são conhecidas como *obter dictum*. Assim, no Brasil, onde “a divergência é verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão (...) torna mais tortuosa a tarefa de identificar os fundamentos determinantes da decisão”. O seguinte caso mencionado pelo autor ajuda a compreender exatamente a dificuldade apontada pela doutrina. Trata-se da ADIN 51-9/RJ (DJU 17-9-1993) que questionava Resolução expedida pelo Conselho Universitário da UFRJ que disciplinava a eleição para os cargos de Reitor e de Vice-Reitor da entidade:²³⁵

Nos termos do voto do relator, a Resolução incorria em inconstitucionalidade, pois (a) a autonomia universitária consagrada no art. 207 da Constituição não inclui competência normativa, (b) restando violadas as atribuições reservadas ao Presidente da República, para prover e extinguir os cargos públicos (art. 84, XXV, da Constituição), e ao Congresso Nacional, para dispor sobre cargos, empregos e funções públicas (art. 48, X, da Constituição) e sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da Constituição). Outros ministros seguiram o voto do relator, assinalando que “a autonomia universitária é apenas administrativa, não abrangendo a política, que abrange o poder de legislar”. Por seu turno, o Ministro Sepúlveda Pertence, embora também tenha julgado procedente a ação direta, esboça compreensão diversa sobre autonomia constitucional das entidades universitárias, limitando-se a declarar inconstitucional o ato normativo impugnado em face do inciso VI do art. 206, que reserva à lei o poder de conformar a *gestão democrática do ensino público*. Não restam dúvidas de que, nesse caso, em que pese o julgamento, no mérito, tenha sido considerado, por unanimidade, afigura-se difícil apreender se realmente a autonomia universitária inclui o poder de expedir normas e qual a sua extensão, pois a sua interpretação sofreu dilatada variação nos votos expendidos. (...) Verifica-se, portanto, que o processo decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal não contribui com a identificação da *ratio decidendi* para fins de imposição de sua vinculabilidade.

Insiste Mello²³⁶ que “as idéias de *holding* (regra necessária à decisão do caso), *obter dictum* (considerações marginais desnecessárias à solução do caso), *rationale* (lógica da decisão) e *material facts* (fatos relevantes), bem como as discussões sobre o grau de generalidade da norma emergente dos julgados, constituem ferramentas essenciais para um exame crítico a respeito do exercício do poder de sumular pelo Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, para seu controle”.²³⁷

²³⁵ *Idem*, págs. 170-1.

²³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**..., pág. 166.

²³⁷ A autora, nessa perspectiva de analisar a congruência entre súmulas e julgados que lhes dão suporte, examinou os três primeiros verbetes de súmula vinculante, chegando à conclusão de que os verbetes de n.ºs. 1 e 2 guardam congruência com as decisões que lhes serviram de base. Todavia, isso não ocorreria com o

A crítica que se faz aos enunciados de súmulas é que, correspondendo elas a uma síntese de uma tese jurídica vencedora em diversos julgados de determinado Tribunal, deveriam guardar efetiva relação aos precedentes em que se fundam. Principalmente quando se trata de súmula vinculante, que tem efeitos normativos, a congruência entre súmulas e os julgados que lhe dão suporte é a medida exata do limite que tem o Poder Judiciário para sua edição. É que, se o texto sumulado não guardar correspondência com os julgados tidos como seus precedentes, a pretexto de interpretar, o Poder Judiciário estará exercendo, indevidamente, poder legislativo, exorbitando de suas funções constitucionais de julgar. A correspondência entre julgado e súmula, portanto, é o limite da atuação do Poder Judiciário no exercício pleno da sua competência. Dito de outra forma: a correspondência entre julgado e súmula é o limite da atuação do Poder Judiciário sem a ocorrência de abuso de poder.

4.4 O CONTROLE DIFUSO COMO INSTRUMENTO DA ABERTURA DEMOCRÁTICA DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional é uma garantia para a democracia. Todavia, como adverte Barroso,²³⁸ a expressão Estado Constitucional Democrático mistura duas idéias que se acoplam, mas não se confundem: constitucionalismo, significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais (é, afinal, o que diz o vetusto artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já mencionados no capítulo 1.1); democracia significa vontade popular, governo do povo, respeito às decisões da maioria. Essa dualidade entre respeito a direitos fundamentais e respeito a decisões da maioria, por vezes, pode representar situações de tensão. Não há confundir vontade da maioria com ditadura da maioria. O fato de um Estado se auto-proclamar democrático não significa, antes

verbete nº 3: dos quatro precedentes indicados como paradigmas, apenas um deles versaria sobre a hipótese objeto da súmula; os demais, embora houvesse referências nas decisões sobre a necessidade de se observar o contraditório e a ampla defesa, em caso de cancelamento de pensão já registrada, constituiriam mero *obiter dictum*, já que não eram premissas necessárias à conclusão.

²³⁸ Barroso, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 339.

pressupõe, o respeito ao direito das minorias. Canotilho faz os seguintes apontamentos a respeito da democracia:²³⁹

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O *direito da maioria* é sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.

A maioria não pode dispor de toda a ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário). (...) Por último, deve referir-se os limites internos do princípio maioritário: se ele tem a seu favor a possibilidade de as suas decisões se tornarem vinculativas por serem sufragadas por um maior número de cidadãos, isso não significa que a solução maioritária seja materialmente mais justa nem a única verdadeira. O princípio maioritário não exclui, antes respeita o ‘pensar de outra maneira’, o ‘pensamento alternativo’. Noutros termos: o princípio maioritário assenta politicamente num ‘relativismo pragmático’ e não num ‘fundamentalismo de maiorias’. Para utilizarmos as palavras de um ex-presidente do Tribunal Constitucional Alemão: o pressuposto básico da praticabilidade do princípio maioritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade.

Há um limite, portanto, para as pretensões das maiorias. Esse limite se chama Constituição. Ela, a Constituição, consolida, num primeiro momento, os valores da democracia, o sufrágio universal, o poder do voto, a alternância no poder; mas também regula a forma de exercício do poder pela maioria, e protege os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade majoritária, já que nem tudo pode ser decidido pelo voto. A maioria pode querer alterar as regras do jogo democrático, mas mesmo a democracia, num Estado constitucional, tem seus limites, já que, como afirmado no texto transcrito, o princípio maioritário não avaliza o fundamentalismo de maiorias ocasionais. É no Texto Constitucional, portanto, que esses valores fundantes do Estado encontram seu suporte principal e também os seus limites.

É, precisamente, nesse ponto que reside a importância da jurisdição constitucional, já que a Constituição, o documento que é fruto da vontade da maioria, mas dá suporte à defesa das minorias, é texto escrito e normativo, que se submete à interpretação, e é a matéria prima de que se serve o sistema do direito para produzir suas

²³⁹ Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 7ª reimpressão, Edições Almedina, Coimbra: 2003, págs. 329-30.

decisões. E desde o caso *Marbury vs. Madison* o Poder Judiciário, como se sabe (a parte histórica foi examinada no capítulo 1.2 desse trabalho), é ator inafastável na defesa da Constituição. Todavia, o fato das Cortes Constitucionais serem inafastáveis (e, talvez mesmo insubstituíveis) da justiça constitucional, isso não as credita como únicos órgãos responsáveis, pela interpretação constitucional. A interpretação da Constituição, pela importância que esse documento tem, não é monopólio da Corte Constitucional. A esse propósito, Mendes enfatiza²⁴⁰ que uma das virtudes da teoria de Häberle (ele fala da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição) reside na “negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura”. E complementa: “O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição”.

Noutra passagem, Mendes retrata a preocupação da doutrina com o chamado risco democrático que a Corte Constitucional potencialmente representa, na medida em que tem o poder de anular o que o processo democrático parlamentar produziu. Confirmam suas palavras:²⁴¹

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua ‘ambivalência democrática’. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou ‘risco democrático’ (*demokratisches Risiko*).

É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente se há de fazer, quando possível, mediante emenda.

Essas singularidades demonstram que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática em eventual risco para a democracia.

²⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 300

²⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 304-5.

Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País.

A possível aporia relativa à ameaça ao desenvolvimento do processo democrático pela atuação de um órgão concebido exatamente para protegê-lo não se há de resolver, certamente, com a eventual eliminação da jurisdição constitucional.

Parece claro, portanto, que as mudanças ocorridas tanto no controle difuso quanto no concentrado de constitucionalidade, relativamente às *aberturas cognitivas*, que oportunizam as organizações participarem do processo de fiscalização de constitucionalidade vão ao encontro de uma importante abertura democrática no processo decisório. Aberturas que, juntamente com o princípio da inércia da jurisdição (a exemplo do que se disse sobre o Tribunal Constitucional Alemão – item 2.2.1) minimizam o “*risco democrático*” denunciado no trecho citado. E quando se fala em minimizar o chamado risco democrático é porque se acredita, decididamente no papel que a jurisdição constitucional representa, já que simplesmente eliminá-la representaria um retrocesso histórico. De fato, não cabe mais hoje qualquer pretensão de retorno à indesejada soberania do Parlamento ou do Rei. Parece que a opção que centraliza a supremacia na Constituição, ainda que com o risco de erros pelo seu maior intérprete, é decididamente melhor do que eliminar a jurisdição constitucional. O risco de um Parlamento soberano, que dispusesse do Texto Constitucional como lhe aprouvesse, definitivamente, não é bem-vindo. Bem entendida, a doutrina da soberania do Parlamento apresenta um risco inerente: tentar impor limite a um poder cuja natureza, porque soberano, é ilimitável. Como se sabe, a jurisdição constitucional na Europa substituiu, com vantagens incontáveis, essa doutrina da soberania do Parlamento, que lá esteve presente até o final da 2ª Guerra Mundial (conforme tratado no item 3.4.2 desse texto).

As mudanças profundas ocorridas no controle difuso de constitucionalidade, especialmente as decorrentes da repercussão geral, tratada anteriormente, parecem convergir para a abertura democrática da jurisdição constitucional. É que, a partir do momento em que a decisão tomada no processo com repercussão geral conhecida passa a ter efeitos para além do próprio processo (em face das normas processuais que determinam a observação da decisão pelas cortes inferiores), é certo que ocorre, nesses casos o

fechamento operacional do sistema jurídico. E esse fechamento ocorre após o julgamento de uma demanda representativa da controvérsia constitucional que nasceu no juiz de primeiro grau e partiu do exame do caso concreto e tramitou por todas as instâncias possíveis do Poder Judiciário. O pronunciamento da Corte, nesse caso, acaba tendo maiores chances de êxito, uma vez que o Supremo Tribunal fará o papel de *observador do observador*, para utilizar a linguagem de Luhmann, *enxergando onde os outros não vêem*.

Veja-se que, no controle concentrado, diferentemente do que ocorre no controle difuso, a questão constitucional é levada, imediatamente, ao conhecimento da Corte Constitucional para que a decida com efeitos vinculantes. Inexiste, no controle concentrado, aquilo que facilmente se verifica no difuso: a multiplicidade de opiniões a respeito do texto normativo impugnado. A pretexto de pacificar as controvérsias a respeito da aplicação da lei impugnada de inconstitucional, o sistema permite à Corte Suprema, que, de maneira açodada, decida desde logo sobre sua constitucionalidade. Não há chances sequer, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, do texto impugnado passar pelo decisivo teste de aplicabilidade nas relações jurídicas em geral.

Por outro lado, caso não seja acolhida a repercussão geral, por falta de fundamento econômico, jurídico, político ou social que interesse ao País, nem por isso a jurisdição constitucional terá sido esquecida. É que, no nosso sistema constitucional, que deriva do sistema legal americano, todo órgão judicial tem o poder-dever de examinar a causa em face da Constituição. Ou seja: a interpretação constitucional ofertada pelos juízes e cortes inferiores tornar-se-á definitiva para aquelas partes do processo em que as decisões forem tomadas. Essa é a grande riqueza do controle difuso: todo juiz é interprete de todas as normas jurídicas, e a Constituição, como norma jurídica maior, também está na esfera de interpretação obrigatória do juiz. Muitas questões constitucionais não chegarão ao exame do STF, por não apresentarem elementos jurídicos, econômicos, sociais ou políticos relevantes, mas a jurisdição constitucional terá sido prestada pelo juiz de primeiro grau ou pela Corte de Apelação.

Sobre a importância do papel do juiz na jurisdição constitucional, sinala Barroso:²⁴²

²⁴² BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro ...**, pág. 342.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior há de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i. e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

De tudo o quanto foi dito, parece claro que as escolhas legítimas feitas pelo legislador devem ser observadas pelo juiz, pelas Cortes, pela Corte Suprema. A baliza que sinaliza o que é legítimo ou não é a Constituição. Não havendo correspondência entre o texto legislado e o Texto Supremo, cabe ao juiz corrigir essa distorção, no legítimo exercício de um poder que recebeu diretamente da Constituição. A Constituição, fonte desse poder, é maior que o legislador que a regulamenta e, eventualmente, a altera. A Constituição, também, é maior que os juízes, que diariamente a interpretam. E tem ela uma íntima e inafastável vinculação com o povo, que é a fonte de todo o poder (inclusive do poder de criá-la, transformá-la ou mudá-la).

Por derradeiro, utilizando a linguagem de Teubner, dentro do “*hipercíclicamente organizado sistema jurídico*”, firmado o precedente pela Corte Suprema, o papel que sobra para as Cortes inferiores é decisivo para a jurisdição constitucional: aplicar o precedente a todas as questões idênticas e demonstrar, precisamente, no caso concreto, quando não se aplica, ou mesmo quando é o caso de sua superação (nem sempre as decisões do passado se amoldam às necessidades do presente). A jurisdição das Cortes inferiores, observando o precedente nos casos em que ele deve ser aplicado e rejeitando naqueles em que não se

ajusta, acaba vivificando o precedente da Corte Constitucional agregando força normativa não ao precedente, mas à própria Constituição.

CONCLUSÕES

O grande legado jurídico-político do século XVIII foi o Constitucionalismo: pensamento de inspiração liberal que subordinava a própria existência do Estado a um documento escrito (Constituição) que limitasse os poderes por meio de sua separação, e institucionalizasse os direitos fundamentais. A limitação do poder, seja pela separação dos poderes, seja pela declaração de direitos, ou, ainda, pela garantia da imutabilidade do texto legal (ou constitucional) foi elemento fundamental do nascente constitucionalismo. A concepção de texto escrito carregava consigo não apenas a idéia de clareza e precisão, mas estava presa à idéia de superioridade normativa relativamente às demais normas, com procedimento especial para sua alteração. Tem-se aí, portanto, a gênese do que vem a ser hoje o controle de constitucionalidade das leis.

A primeira vez que um Tribunal se reconheceu competente para, em nome da Constituição, anular um ato do Poder Legislativo foi nos Estados Unidos da América em 1803, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*. O estudo desse *leading case* e do contexto histórico em que ele foi decidido é importante porque demonstra que o poder de julgar envolve o poder de fazer escolhas difíceis, como as realizadas por Marshall na solução desse caso. A habilidade do *Justice Marshall* foi fundamental para o fortalecimento da Suprema Corte Americana, porque fez prevalecer a concepção de que a Constituição está acima de todos os demais Poderes e que cumpre ao Poder Judiciário interpretá-la. A sua decisão, portanto, reputada como “a contribuição americana à ciência política”, deu materialidade ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu.

O sistema judicial americano tem suas origens no *common law* inglês, uma cultura que valoriza a observância dos precedentes, o chamado “*stare decisis*”. Na cultura do

direito inglês, essas decisões é que formavam o corpo de normas de direito substancial, motivo pelo qual os juízes se encontram obrigados a respeitar as normas (precedentes) estabelecidas pelas cortes superiores. O precedente é extraído da fundamentação da decisão (*holding* ou *ratio decidendi*). É na aplicação da norma que emerge dos precedentes aos novos casos que o sistema ganha vida: através de um sistema de associação e distinção entre suas peculiaridades as cortes subordinadas acabam incrementando força ao precedente e ampliando o grau de sua determinação, favorecendo sua expansão ou contração. A força do precedente e suas possibilidades de expansão estão diretamente ligadas ao grau de consistência na motivação dos julgados, bem como à não-dispersão dos votos no julgamento da causa, que possibilita a extração de um princípio comum entre os julgadores.

O sistema do *common law* conhece técnicas de superação de precedentes, que são o *overruling* (revogação total do precedente), *overriding* (restringe o âmbito de aplicação da regra em favor de outra regra posterior) e *transformation* (confere significado tão diverso que significa abandoná-lo). Há técnicas intermediárias que objetivam acomodar a decisão a circunstâncias que poderiam aconselhar a manutenção do entendimento: o *prospective overruling* (superação do precedente com efeitos futuros) e *signaling* (aplicação da doutrina vigente, mas sinalizando que há intenção de abandoná-lo). A aplicação dessas técnicas visa a corrigir as situações em que a aplicação dos precedentes é inexecutável porque a regra é obscura, ou a doutrina não se adapta aos novos tempos ou a novos princípios jurídicos ou se reconhece que houve erro na exegese originariamente fixada. Há, contudo, dois critérios que parecem orientar a superação dos precedentes: o *stare decisis* tem maior estabilidade nas matérias que influenciam no dia-a-dia das pessoas, como as questões atinentes a contratos, tributos ou crimes. Em matéria constitucional, todavia, é mais flexível sua alteração porque, interferindo na coerência de todo o sistema, busca-se a exegese mais adequada do Texto Constitucional. Mesmo assim, nos casos limites, a alteração do precedente só ocorre se demonstradas razões extraordinariamente fortes para tal.

Na Alemanha, por questões históricas, a jurisdição constitucional apenas ganhou relevo após o fim da 2ª Guerra Mundial, com a criação do Tribunal Constitucional da Alemanha. O controle exercido é no modelo de Corte Constitucional, não havendo possibilidade da fiscalização de constitucionalidade ser feita pelo juiz de primeiro grau. O

caráter vinculante das decisões da Corte é inerente ao tipo de controle efetuado. Há um meio de acesso à Corte, chamado de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), de utilização subsidiária, cuja finalidade é possibilitar ao cidadão levar ao conhecimento da Corte lesão a direito fundamental que não tenha sido resolvida pela jurisdição ordinária. É o instrumento que tem destacado a atividade da Corte, transformando-a em “Tribunal Cidadão”.

Tanto a Suprema Corte Americana quanto o Tribunal Constitucional da Alemanha dispõem de mecanismos de contenção de suas próprias competências e de respeito às suas decisões, o que permite a intensificação dos debates das matérias que decidem, bem como a excepcional importância que exercem na vida do seu povo (fonte de todo se poder) e, de resto, como exemplo para o mundo todo. Na Suprema Corte Americana, o *writ of certiorari* é o grande filtro das questões a serem examinadas pela Suprema Corte; na Alemanha, esse papel é desempenhado pelo recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Ambos instrumentos impedem que as Cortes fiquem reféns de suas próprias competências porque permitem o exercício discricionário na seleção e escolha das questões que serão por elas conhecidas e decididas. Apenas algumas questões, mas de grande relevo, é que são examinadas e decididas por essas Cortes e, nesses casos, mostra-se toda a força da Corte no respeito por todo o sistema legal ao que foi por ela decidido. Também na Espanha, a Corte Constitucional tem um filtro semelhante. Na América do Sul, a Corte Suprema da Nação Argentina conta com mecanismo idêntico, que objetiva possibilitar à Corte o exercício de suas fundamentais competências. Esses instrumentos todos, porque permitem às Cortes a seleção das matérias de alta relevância, acabam outorgando aos recursos o caráter de objetivação, desvinculando-os daquela concepção de direito individual, subjetivo. Ou fica demonstrado que há um interesse na questão constitucional que transcende o interesse do recorrente, ou não será o recurso conhecido.

O Brasil não conheceu um verdadeiro controle de constitucionalidade das leis no Período Imperial. Somente com a República é que tais valores foram incorporados no nosso Ordenamento Jurídico. Há um ponto de contato histórico que aproxima a solução americana da solução brasileira para a preservação dos valores republicanos: ambos os Países, em séculos diversos, viram no Judiciário a alternativa para manter vivas as idéias da *Res Publica* em determinado período histórico. A afirmação de tais valores, no Brasil,

talvez tenha começado com a corajosa decisão do Juiz Federal Henrique Vaz Pinto Coelho, em 1895, que, anulando atos administrativos do Presidente Floriano Peixoto, deu materialidade à nascente jurisdição constitucional no Brasil.

O Brasil teve, inicialmente, por influência americana, o controle difuso de constitucionalidade das leis. O modelo foi estabelecido na Lei nº 221/1894. Apenas em 1934 se introduz a gênese do controle abstrato, mas com aplicação limitada para a preservação dos chamados princípios constitucionais sensíveis (aqueles que ensejam a intervenção Federal nos Estados) e estabeleceu a regra da reserva de Plenário para os Tribunais declararem inconstitucionais as leis. Apesar do retrocesso da Carta Constitucional de 1937 (que introduziu uma revisão das decisões de inconstitucionalidade pelo Poder Executivo, tirou do Procurador-Geral da República a atribuição de defesa dos princípios sensíveis e excluiu a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado), as Constituições de 1946 e 1967/1969 restauraram o modelo que assegurava a reserva de Plenário para os Tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei, a possibilidade de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo. A Emenda 16/65 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais e consagrou a possibilidade dos Tribunais de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Municipal em confronto com a Constituição do Estado. A Emenda 7/77 introduziu a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição de 1988 manteve os sistemas de controle das Constituições anteriores e criou, ainda, duas ações diretas no controle abstrato de normas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Inovou ao instituir um defensor do ato impugnado no controle objetivo de normas (o Advogado-Geral da União), mas a principal novidade foi a ampliação do rol de legitimados à propositura das ações diretas para fiscalização da inconstitucionalidade em tese. Essa inovação transformou as ações diretas no principal meio de impugnação da inconstitucionalidade das leis no Brasil, mérito que, nas Cartas anteriores, era do controle difuso. Com a Emenda nº 3/1993 foi introduzida a Ação Declaratória de Constitucionalidade e com a Emenda nº 45/2004 houve alteração no controle difuso: foi criada a Súmula Vinculante e se estabeleceu um novo requisito para o conhecimento do Recurso Extraordinário, a saber, a existência de repercussão geral.

O controle difuso de constitucionalidade, no Brasil, exercido por todos os Juízes e Tribunais do País, sempre produziu efeito apenas ao caso em que é apreciado. É o meio mais democrático de prestação da jurisdição constitucional. Dele participam advogados, pareceristas, promotores, juízes, o que permite uma ampla participação da sociedade no seu exercício. A questão constitucional é debatida nas mais diversas esferas do Poder Judiciário por uma multiplicidade de operadores do direito que, mais vinculados aos fatos que originam as demandas judiciais, conseguem examinar concretamente a extensão dos benefícios ou malefícios que o ato impugnado causa na vida das pessoas. Além disso, as dimensões continentais de nosso País, e a imensa população que ele abriga, facilitam a multiplicidade de demandas que têm em comum a mesma questão constitucional. Assim, nesse sistema de fiscalização da constitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir, a questão constitucional já está madura na sociedade, permitindo ao intérprete máximo da Constituição dar a palavra conclusiva sobre o texto impugnado.

O controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, produz efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, contornos que foram paulatinamente sendo traçados pela jurisprudência do Supremo sob o império da Emenda nº 16/65 e Constituições 1967/1969. O sistema sofreu inovações que permitiram abertura para a participação da sociedade, seja pela possibilidade de nomeação de peritos, seja pela participação do chamado *amicus curiae*, ou mesmo pela realização de audiências públicas, embora isso aconteça em número reduzido de ações. O sistema afeta seriamente a vida dos cidadãos, já que se permite que o Relator do processo conceda cautelar suspendendo a eficácia do texto legal impugnado, em decisão monocrática. Não existe, como se vê, a multiplicidade de opiniões jurídicas a respeito do texto legislativo; ainda, quando o Relator decide monocraticamente, dificilmente pode avaliar os benefícios e malefícios que o ato impugnado pode causar, seja porque não decide em face de um caso concreto, seja porque o processo em que decide não conhece partes (ou seja, não se conhece os argumentos das partes). Todavia, é o principal meio de controle da constitucionalidade das leis no Brasil, desde a Constituição de 1988.

A atividade legislativa, como poder independente, pertence a uma tradição histórica de impedir o exercício cumulativo de altas funções do Estado, típico do Estado Absolutista. A criação dos Parlamentos foi o primeiro passo na divisão dos poderes, que, no

século XVIII, redundou na retirada da esfera de poder do Rei, também, o Poder Judiciário. Razões históricas impediram que, na Europa, o Poder Judiciário tivesse a mesma sorte que teve na América, já que, na Europa, na expressão talhada por Montesquieu que o juiz seria “a boca da lei” estava implícita sua total subordinação ao Parlamento, esse sim, soberano.

No Brasil, existem Cortes de Apelação e Cortes Especiais e o papel que cada qual desempenha no sistema legal deve ser bem compreendido. É que algumas cortes do sistema processual são vocacionadas à prolação de uma decisão justa, ou seja, a preocupação fundamental dessas cortes (no caso seriam as cortes vinculadas à jurisdição ordinária), estaria no controle da legalidade das decisões prolatadas pelos juízes. Já as Cortes Supremas (no caso, as instâncias extraordinárias) tem o papel de orientar a aplicação do Direito. As Cortes ordinárias, especialmente no primeiro grau de jurisdição trabalham com métodos que permitem a ampla participação dos envolvidos na produção da decisão (bilateralidade da audiência, juntada de documentos, coleta de provas em audiências, perícias, pareceres), já que é natural que, para a tomada da decisão, sejam carreados aos autos elementos de convicção ao julgador. Todavia, encerrada a chamada fase instrutória, a legislação processual é refratária à idéia de novas aberturas cognitivas, já que a estabilização da demanda é necessária para a tomada da decisão. Esse procedimento parece garantir, no primeiro grau de jurisdição e nas Cortes de Apelação a tomada de uma decisão justa que, afinal, vinculará tão-somente aqueles envolvidos e os interesses subjetivos trazidos a julgamento.

Nas Cortes Extraordinárias, aqui examinado o Supremo Tribunal Federal, ao contrário das Cortes de Apelação, que desenvolvem sua atividade no controle da legalidade, a ele está reservado o papel de fazer (ou refazer) unidade do Direito. Por isso se exige que a decisão nela tomada tenha efeitos vinculantes a todos os órgãos jurisdicionais, sendo inapropriado o controle casuístico de decisões, bem como a postura de instância recursal. É nessa medida que, com decisões vinculantes, com possibilidade de escolha das matérias que vai julgar, torna-se imprescindível que, na Corte Suprema, se possibilite uma abertura cognitiva para que o órgão julgador possa, diante da questão de alta relevância (só questões extremamente relevantes é que justificam sua atuação) chamar “terceiros” amigos da Corte para que nela tenham assento a fim de se manifestar.

A Teoria dos Sistemas Sociais traz elementos importantes para a compreensão dessa atividade que cabe às Cortes Supremas. Sendo o Direito um sistema autopoietico, como defende Teubner, que produz suas próprias operações e define o que é direito e o que não é direito, procurar compreender esse fenômeno de como o sistema realiza suas operações é fundamental para poder pensar a sua funcionalidade, seus méritos e defeitos. Os conceitos de abertura cognitiva, fechamento operacional, irritações são de extrema valia para compreender como o Supremo Tribunal Federal pode, como grande observador do sistema jurídico, produzir suas decisões enxergando para além da visão dos demais operadores do sistema.

O sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil conhece, de modo expresso na Constituição, duas possibilidades de atribuição de efeitos vinculantes às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal: a suspensão da eficácia pelo Senado e a Súmula Vinculante. A competência do Senado pertence à tradição constitucional brasileira e confere eficácia *erga omnes* à decisão emanada do Supremo. Trata-se de fórmula que possui hoje apenas valor histórico, especialmente em face da Constituição atual que deu grande amplitude às ações diretas de inconstitucionalidade, transformando-as no principal meio de fiscalização da constitucionalidade no nosso País. Ademais, a fórmula do Senado não se coaduna com as modernas técnicas de controle de constitucionalidade que preservam o texto normativo (interpretação conforme à constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Além disso, as inovações legislativas que permitem ao relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do STF. Finalmente, a própria realidade demonstra que a fórmula do Senado, importante para a História, ficou obsoleta nos tempos presentes: o instituto nunca foi utilizado de modo expressivo pela Alta Câmara do Congresso Nacional.

A Súmula Vinculante foi inovação da Emenda nº 45/2004. Objetiva a racionalizar os julgamentos do Poder Judiciário relativamente a questões repetitivas, concedendo efeitos que superam o mero caso individual. Elas estão inseridas, como já afirmado, no controle difuso de constitucionalidade das leis. Essa constatação é importante porque elas somente podem ser editadas depois de haver reiteradas decisões da Corte a respeito da questão constitucional, o que pressupõe o completo amadurecimento do debate em toda a sociedade, porquanto (a) nos processos que ensejam a edição de seus enunciados

participaram advogados, pareceristas, promotores, juízes, etc.; (b) os argumentos das partes têm por referência os efeitos concretos que o ato impugnado os beneficia ou prejudica, o que permite melhor verificar as conseqüências de sua anulação; (c) permite à Corte Suprema a análise de centenas de casos concretos nos quais a questão constitucional se repete, em face das dimensões continentais e populacionais de nosso País; (d) possibilita ao STF o exercício do poder pacificador da querela constitucional.

A edição de Súmula Vinculante não tem o poder pernicioso que pode ter o exercício das ações diretas de controle da constitucionalidade, ou mesmo do Senado Federal. É que o exame da questão constitucional nas ações diretas não tem essa riqueza de conteúdo do controle difuso, seja porque os legitimados a participar são em número limitados, seja porque não se examinam os efeitos concretos do ato impugnado (já que o processo objetivo não conhece partes), seja, ainda, porque permite a suspensão da eficácia da lei, de inopino, na visão unipessoal do relator do processo. Igualmente, na fórmula da suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional, a eficácia *erga omnes* pode ocorrer da decisão prolatada em um único julgado, ao contrário da súmula vinculante, onde se exige a repetição de julgados para a sua edição.

Finalmente, um argumento da realidade: no controle difuso de constitucionalidade, onde se situa o instituto da súmula vinculante, decidida a questão constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dificilmente as cortes inferiores deixam de aplicar o precedente, o que, de certo modo, torna o instituto da súmula vinculante, na grande parte das questões constitucionais, de duvidosa utilidade para a redução do número de processos.

O instituto da repercussão geral, introduzido recentemente no nosso sistema legal, dotou o Supremo Tribunal Federal da ferramenta indispensável para o exercício da verdadeira jurisdição de Corte Constitucional. Os exemplos da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, da Corte Constitucional da Espanha fornecem subsídios importantes para a criação de uma cultura judicial não apenas de respeito aos precedentes de forma vinculante e obrigatória, mas de uma atuação da Corte Constitucional que, ao se auto-controlar, escolhendo as questões que julga, fortalece a importância daquilo que decide. A transcendência do interesse individual transforma o recurso extraordinário em recurso objetivo, impondo uma importante auto-restrição à

atuação do Supremo Tribunal, que passará a decidir apenas o que for de alta relevância, deixando às demais instâncias o exercício da jurisdição constitucional que interesse apenas às partes do processo, naturalmente vinculadas à decisão.

As alterações produzidas pela Lei nº 9.868/99 (arts. 7º, § 2º e 9º, § 1º) e pela Lei nº 11.418/06 no sistema de controle concentrado de constitucionalidade e na repercussão geral (em relação à qual são cabíveis também as inovações da Lei nº 9.868/99, nos artigos mencionados) representam verdadeiras aberturas cognitivas do sistema constitucional brasileiro, permitindo aquilo que Hesse chama de desenvolvimento de “novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição”. Afinal, o mesmo sistema judicial que trabalha com a noção de que as decisões são recorríveis, tem a expectativa de que, em algum momento, a discussão cesse pela força da decisão prolatada pela maior autoridade do sistema judicial. Ou seja, o que o jurisdicionado espera é que a Corte, decidindo, transforme suas expectativas em normas (em face do caráter vinculante que a decisão deve ter). A decisão se transforma, assim, numa expectativa normativa: quem pautar seu comportamento pelo que ficou decidido sabe que terá o aval da Corte. É o fecho do sistema do direito. Além disso, a necessidade do Tribunal Supremo aumentar sua capacidade cognitiva é diretamente proporcional aos efeitos que sua decisão causa no tecido social. Os mencionados instrumentos que o legislador, nos últimos tempos, colocou à disposição do Supremo Tribunal Federal permitem uma verdadeira transformação do seu papel. De fato, o Supremo Tribunal tem, paulatinamente, deixado de se creditar como uma instância revisora, para se transformar numa Corte Constitucional. Cortes revisoras redecidem o que as Cortes a elas vinculadas decidiram e exerce o papel corretivo de eventuais equívocos interpretativos. A Corte Suprema se utiliza do material de trabalho das demais Cortes para exercer seu papel de fechamento do sistema do direito, fazendo o acoplamento estrutural do mundo do direito com o mundo da política. De fato, se é verdade que a Constituição é o documento normativo que faz o acoplamento do subsistema do direito com o subsistema da política, então, o seu maior intérprete, quando decide, fundamentalmente, opera realizando o acoplamento desses subsistemas sociais. Não há dúvidas de que para o melhor exercício desse poder decisório, as aberturas cognitivas são fundamentais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que primeiramente reconheceu às decisões proclamadas no controle abstrato de constitucionalidade a qualidade de coisa julgada material oponível contra todos (ou seja, com eficácia *erga omnes*). A coisa julgada, no sistema brasileiro, não abrange os motivos do julgado; portanto, ao proteger o que ficou decidido no dispositivo contra todos, não há impedimento da reiteração material do ato declarado inconstitucional. É que efeito vinculante e eficácia contra todos são conceitos diversos: enquanto essa última está ligada ao dispositivo do julgado, os efeitos vinculantes se ligam aos motivos determinantes da decisão (a *ratio decidendi*) subjacente ao julgado.

Verifica-se no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil uma franca aproximação entre os modelos difuso e abstrato. Os pontos de contato do controle concentrado para o difuso são os seguintes: (a) a exigência de pertinência temática para se aceitar a legitimidade para a propositura da ADIN, ADC e ADPF, porquanto um processo objetivo prescindiria do exame de interesse específico na causa, já que se discute a aplicação da lei em tese; esse característico se ajustaria apenas ao modelo difuso, onde se examinam interesses subjetivos; (b) a figura do *amicus curiae*, igualmente, que permite apresentação de memoriais especializados, geralmente em assuntos inéditos, inusitados, difíceis, na medida de seus interesses no julgamento da causa; (c) a previsão de realização de perícia, prevista no § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99, possibilita à Corte o exame de questões de fato que podem interferir no julgamento, mitigando o processo objetivo de controle; e (d) na afirmação, por parte do STF, que a eficácia vinculante das decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade não se limitam ao dispositivo da decisão, mas englobam também, os motivos que a determinaram.

Já a aproximação do controle difuso para o concreto seria encontrável (a) nos julgados em que o STF vem concedendo efeito transcendente em recurso extraordinário, autorizado pelo art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC; (b) a instituição do novo requisito para admissibilidade dos extraordinários, qual seja, necessidade de comprovar que a questão constitucional em exame tenha repercussão geral; (c) o abrandamento da exigência de cumprimento do princípio da reserva de plenário nos Tribunais (art. 97 da CF), quando o Supremo já houver se pronunciado sobre a (in)constitucionalidade da lei questionada; (d) as inovações legislativas que permitem ao relator dar provimento ao recurso monocraticamente se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou

jurisprudência dominante do STF. Essa aproximação entre os sistemas torna obsoleta a histórica fórmula da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado.

A concessão de efeitos transcendentais aos motivos determinantes da decisão é a grande novidade jurisprudencial no Brasil. Rompe-se a cultura de se observar apenas o teor do dispositivo do julgado para se examinar, detalhadamente, os fundamentos que construíram a decisão. O *leading case* que aplicou essa teoria no Brasil, no âmbito das ações diretas, foi a Reclamação nº 1.987-0/DF, em que se reconheceram efeitos vinculantes aos motivos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade na ADI 1.662.

No controle difuso se registram vários precedentes da aplicação dessa doutrina (RE 228.884, Rel. Ministro Maurício Correa, DJ de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-2003; AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8-4-2004; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003).

Por essa doutrina, que tem origem na Alemanha, a decisão do Supremo deixa de atingir apenas o ato declarado inconstitucional, ficando proibida (a) a reprodução do conteúdo substancial desse ato, (b) a manutenção de outros atos com conteúdo semelhante e (c) a adoção de via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do STF.

A limitação do efeito vinculante à parte dispositiva tornaria vazio esse instituto, já que nada acrescentaria aos institutos da eficácia *erga omnes* e da coisa julgada. Não obstante os precedentes citados do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a discussão relativa à eficácia transcendente dos efeitos determinantes da decisão foi reaberta no Supremo no julgamento da Reclamação nº 4.219 em face da ADIN nº 2.602/MG (o julgamento da Reclamação ainda não está terminado).

A doutrina da vinculação pela eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão encontra justificativa sistemática no nosso meio, porquanto, a partir da inclusão do requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários, não há sentido entender que o Supremo, apreciando a questão constitucional no caso concreto, resolve apenas o conflito estabelecido naqueles autos. Parece que a adoção desse instituto pelo Constituinte direciona a interpretação que se deve dar ao controle difuso, ou seja, não mais para a solução do caso concreto, mas para resolver questões constitucionais que efetivamente tenham repercussão na sociedade, a exemplo do que ocorre com o sistema

abstrato de constitucionalidade, no qual as decisões valem para todos. Sustentar que o recurso extraordinário deve continuar sendo um recurso para o reexame da questão constitucional limitada ao caso particular parece esvaziar o sentido do novo instituto criado pelo constituinte derivado, porque não teria sentido a implantação desse requisito, se o extraordinário, mesmo tendo repercussão geral, soluciona somente o conflito entre os envolvidos naqueles autos que suscitaram a questão constitucional.

Os subsídios doutrinários do sistema norte-americano no âmbito do *common law* e na cultura dos precedentes podem colaborar no exato entendimento dessa doutrina da eficácia dos motivos determinantes da decisão. Novidade no Brasil, a extração da regra do julgado (*holding* ou *ratio decidendi*) é atividade do dia-a-dia nas Cortes Americanas. Por isso, o estudo dos conceitos desenvolvidos naquele sistema relativamente ao dispositivo, à fundamentação e ao comando genérico emergente da decisão, aplicável a casos futuros, é fundamental para a formação da cultura de respeito aos precedentes no Brasil.

A compreensão exata desse novo instituto é responsabilidade principal do próprio Supremo Tribunal Federal, já que é ele quem vai dosar a aplicação dessa doutrina no País. É o STF que tem as ferramentas para garantir a autoridade de seus julgados (a Reclamação); portanto, dele é a responsabilidade de fazer valer suas decisões. Nesse particular, em face do relevo que a fundamentação dos julgados passará a ter, é do Supremo a tarefa de elucidar no julgado as razões pelas quais a Corte decidiu a questão constitucional dessa ou daquela maneira, já que a regra extraída do julgado (*holding*), além de fixar a interpretação obrigatória para os casos semelhantes ou idênticos, ajuda na resolução de casos inéditos, pela natural vocação que o precedente tem à expansão. Será o Supremo que, fundamentando objetivamente os julgados, evitando a dispersão de votos, fundamentos, razões de justiça, vai contribuir para que o precedente seja facilmente compreendido e assimilado pelas Cortes vinculadas.

Por outro lado, as Cortes vinculadas passarão a exercer um novo papel, qual seja, de interpretar o precedente (ou seja, a regra vinculante extraída da fundamentação) e, utilizando-se dos mecanismos de assimilação e diferenciação, possibilitar que o precedente se expanda ou se contraia até seus limites, dando vida à jurisprudência da Suprema Corte, porquanto são elas (as cortes vinculadas) as primeiras a interpretar o precedente, ao apreciarem um novo caso alegadamente análogo.

A jurisdição constitucional é uma garantia para a democracia. Viver numa democracia pressupõe respeitar a decisão das maiorias. No entanto, não há confundir vontade da maioria com ditadura da maioria. O fato de um Estado se auto-proclamar democrático não significa, antes pressupõe, o respeito ao direito das minorias. É esse paradoxo que justifica a jurisdição constitucional, pois a Constituição, o documento que é fruto da vontade da maioria é justamente o que dá suporte à defesa das minorias. Parece claro, portanto, que as mudanças ocorridas tanto no controle difuso quanto no concentrado de constitucionalidade, relativamente às *aberturas cognitivas*, que oportunizam as organizações participarem do processo de fiscalização de constitucionalidade vão ao encontro de uma importante abertura democrática no processo decisório. Aberturas que, juntamente com o princípio da inércia da jurisdição minimizam o chamado “*risco democrático*”.

Por outro lado, a partir do momento em que a decisão tomada no processo com repercussão geral conhecida passa a ter efeitos para além do próprio processo (em face das normas processuais que determinam a observação da decisão pelas cortes inferiores), é certo que ocorre, nesses casos o *fechamento operacional do sistema jurídico*. E esse fechamento ocorre após o julgamento de uma demanda representativa da controvérsia constitucional que nasceu no juiz de primeiro grau e partiu do exame do caso concreto e tramitou por todas as instâncias possíveis do Poder Judiciário. O pronunciamento da Corte, nesse caso, acaba tendo maiores chances de êxito, uma vez que o Supremo Tribunal fará o papel de *observador do observador*, para utilizar a linguagem de Luhmann, *enxergando onde os outros não vêem*. Finalmente, muitas questões constitucionais não chegarão ao exame do STF, por não apresentarem elementos jurídicos, econômicos, sociais ou políticos relevantes, mas a jurisdição constitucional terá sido prestada pelo juiz de primeiro grau ou pela Corte de Apelação.

Aliás, como o próprio constituinte consagrou o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CF), cumpre a ele velar e ser guardião de suas próprias competências. Isso implica ter capacidade de assimilar não apenas numericamente os processos que julga, mas de saber escolher o que realmente interessa para sua observação final. Ao colocar o Supremo Tribunal Federal como guardião, a Carta Constitucional confiou a ele o poder-dever de decidir no que deve intervir para a sua

defesa. Dito de outra maneira: o Supremo tem o dever de ser o guardião da Carta e, para isso, deve atuar de forma a ser possível exercer essa irrenunciável competência. Portanto, julgar muito não significa, para uma Corte Constitucional, julgar bem. É nesse sentido que as experiências da Corte Americana e Alemã podem contribuir para uma cultura de julgar bem e ser protagonista nos assuntos que decide. Protagonismo que não se mede em números de processos julgados, mas na importância das questões que decide.

Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade estão em constante e paulatina marcha de aproximação. Ambos incorporam valores caros ao constitucionalismo, como a proteção dos direitos fundamentais. As justificativas para atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes são comuns tanto na família da *common law* como do *civil law*. Elas representam determinados valores de segurança jurídica, isonomia, eficiência e legitimidade que são comuns a todos os países e sistemas. A cultura de observância de precedentes contribui para a realização desses valores, na medida em que consolida o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional e não como órgão de revisão dos julgados das demais instâncias judiciais. Finalmente, essa cultura contribui para a intensificação da força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários.** Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Acesso em 06.05.2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Direito Federal. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**, Brasília, nº 82, 2005.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987-0/DF. Governador do Distrito Federal e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 01 de março de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em 10.01.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.219. Jair Osório de Menezes e Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2371512>. Acesso em 23.07.2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Revista Sequência** (Florianópolis/UFSC), vol. 62, 2011, págs. 322 a 359.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 7ª reimpressão, Edições Almedina, Coimbra: 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor: 2002.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed., Campinas: Russel, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro. **Anais do Seminário “O Supremo Tribunal Federal na História Republicana”**. Brasília: Dupligráfica Editora Ltda., 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar**. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf>. Acesso em 06.05.2009.

MARMELSTEIN, George. **Quando Tudo Começou: o surgimento da jurisdição constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro>>. Acesso em 06.05.2009.

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

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organizado por Jürgen Schwabe. Montevideo (Uruguai), 2005, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Marcantonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em <www.leniostreck.com.br>, acesso em 29.04.2009.

TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1989.

_____. **Direito, Sistema e Policontexturalidade**. Piracicaba: Editora Unimpe, 2005.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a  tica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A Eficácia das Sentenç as na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OBRAS CONSULTADAS

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação. Explicação das Normas da ABNT**. 14 ed. Porto Alegre: s.n., 2006.

MCILWAIN, Charles. **Costituzionalismo antico e moderno**. trad. Italiana, Bologna: Il Mulino, sem data.