

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Constitucional**

**AUGUSTO NASCIMENTO CARIGÉ**

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA**  
**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Brasília - DF**

**2010**

**AUGUSTO NASCIMENTO CARIGÉ**

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Christine Oliveira Peter.

**Brasília - DF**

**2010**



**AUGUSTO NASCIMENTO CARIGÉ**

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do título de Especialista  
em Direito Constitucional, no curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense  
de Direito Público - IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção

---

Banca Examinadora

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

Nossa pretensão é trazer à reflexão os impactos que algumas transformações que estão em vias de serem implementadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade difuso poderão causar no instituto da súmula vinculante e no artigo 52, X da Constituição, tornando-os sem eficácia. Fato que representará, em última instância, em violação do princípio da segurança jurídica e da força normativa da Constituição. Em busca desse mister, faremos um estudo de cada instituto subjacente a esta questão, sempre norteado pela necessidade de uma defesa intransigente da Constituição, entendida esta não como algo estático e fechado, mas dinâmico e aberto, que deve concretizada pela sociedade e pelo Poder Público, sobrelevando-se, entretanto, no que tange à concretização, o relevante papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Lei Fundamental.

**Palavras-chave:** mutação constitucional; controle de constitucionalidade difuso; Supremo Tribunal Federal; súmula vinculante; artigo 52, X da Constituição; segurança jurídica.

## RÉSUMÉ

On prétend faire la réflexion sur les impacts que les changements qui sont en train d'être imposés par la Cour Suprême Fédérale dans le cadre du contrôle diffus de constitutionnalité pourront causer au institut de la énoncé lien et à l'article 52, X, de la Constitution, en les laissant sans efficacité. Ce fait aboutira, en dernier ressort, à la violation du principe de la sécurité juridique et de la puissance normative de la Constitution. Dans ce but, on travaillera chaque institut lié à cette question, en étant orienté par la nécessité de la défense intransigeante de la Constitution, qui n'est pas statique et fermée, mais dynamique et ouverte, devant être concrétisée par la société et le Pouvoir Public. Il faut mette en évidence, cependant, par rapport à la concrétisation, le rôle joué par le Pouvoir Judiciaire, notamment par la Cour Suprême Fédérale, gardienne de la Loi Fondamentale.

**Les mots-clés:** mutation constitutionnelle; contrôle diffus de constitutionnalité; Cour Suprême Fédérale; énoncé lien; article 52, X, de la Constitution; sécurité juridique.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	11
1.1 Classificação, pressuposto filosófico de existência e conceito .....	11
2 AS TRANSFORMAÇÕES <i>OPE JUDICIS</i> E <i>OPE LEGIS</i> NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL: O FENÔMENO DA OBJETIVAÇÃO DESSA FORMA DE CONTROLE .....	14
2.1 Questão de ordem: de como o juiz “boca da lei” se tornou um juiz “boca da justiça” .....	15
2.2 As transformações propriamente ditas.....	24
3 SÚMULA VINCULANTE, ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO E AS TRANSFORMAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO ....	30
3.1 Súmula vinculante.....	30
3.1.1 Notas introdutórias.....	30
3.1.2 Razões determinantes para criação de uma súmula vinculante.....	31
3.1.3 Objeto da súmula vinculante.....	41
3.2 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso e a reclamação constitucional nº 4335: fim da súmula vinculante e do artigo 52, x na Constituição? .....	47
3.3 Últimas considerações .....	55
CONCLUSÃO .....	59
REFERÊNCIAS.....	63

## INTRODUÇÃO

O que se pretende com o presente trabalho pode suficientemente descrito em uma frase: *a defesa intransigente da Constituição*. Já se buscou fazer, em outro trabalho<sup>1</sup>, a defesa da Constituição contra alguns agentes políticos e até juristas que, em nome da famigerada governabilidade, pretendiam, e até hoje pretendem, retirar, através de mini constituintes, o caráter prolixo da Constituição, pródigo na consagração de direitos fundamentais, para torná-la enxuta, facilmente maleável; podendo, assim, regulá-la no plano infraconstitucional de acordo com suas oportunidades e conveniências políticas. Desta vez, a defesa é feita, paradoxalmente, contra o órgão cuja função precípua é justamente a de ser o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Como é cediço, a Constituição constitui os poderes e o povo, titular da soberania, constitui a Constituição. Nesta relação de constituintes e constituídos, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal é órgão constituído e, como tal, deve respeito ao seu criador, ou seja, à Constituição, e, em última instância, à vontade do povo. Isto, *data venia*, não tem ocorrido em determinados julgamentos, uma vez que se tem buscado fazer reparos no texto constitucional cuja legitimidade foi atribuída a outros órgãos, obnubilando e tornando sem eficácia institutos constitucionais, como a súmula vinculante e o artigo 52, X da Constituição.

Qualquer modificação em uma Constituição comum já merece uma atenção especial, devendo-se alertar para que isto ocorra em consonância com o devido processo legislativo constitucional. Com relação à Constituição brasileira, essa preocupação deve ser levada aos extremos, porquanto não se trata de um texto comum, mas da principal Lei Fundamental da história constitucional patrícia e, quiçá, a mais avançada do mundo.

---

<sup>1</sup> Fazemos referência ao artigo intitulado "A Cidadania como instrumento hábil ao fortalecimento das Instituições democráticas e à efetividade das normas constitucionais", agraciado com o 3º lugar no concurso de artigos – prêmio professor José Afonso da Silva, realizado do 5º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional.

Deveras, a Constituição Federal de 1998 (dita cidadã, compromissária, democrática, dentre outras expressões equivalentes) foi a maior conquista do povo brasileiro no século XX. Alguns, certamente, a desprezariam, sobretudo sob o argumento, sedutor mas sem muita substância, de que nada adianta ter uma Constituição "bonita" quanto à consagração de direitos constitucionais fundamentais se a realidade é totalmente diferente, uma mera folha de papel nos termos da lição, largamente difundida, de Ferdinand Lassale (1998). Olvidam, estes últimos, sua tenra idade (vinte anos para implantação do valor democracia é muito pouco!) e, pior, fecham os olhos para as transformações paradigmáticas que, ainda assim, ela já propiciou, as quais já se fazem amplamente sensíveis no seio da comunidade jurídica.

A Constituição Federal do 1988 é, por excelência, democrática. Assim, não é apenas a Constituição dos fatores reais de poder, a despeito de sê-la também deles. Mas, sobretudo, é a Constituição da minoria ou dos grupos vulneráveis, das classes econômica, cultural e, mormente, juridicamente mais desfavorecidas. É, portanto, a Constituição do negro, do índio, do consumidor, do economicamente miserável, do idoso, da criança e do adolescente e, ainda, sem pretensão de ser taxativa, abre as portas para a proteção de novos grupos que buscam nela amparo e respeito para a difusão de novos valores e novas formas de realização plena da dignidade dos seus membros - meta final de toda a ordem jurídica.

Os efeitos desta Constituição democrática são claros no plano infraconstitucional. Basta que se recorde a intensificação da produção legislativa que se seguiu de lá até os presentes dias, circunstância que está diretamente ligada, indubitavelmente, ao advento da Carta Magna atual, que impõe uma atuação positiva do Poder Público, neste incluindo os Órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, não foi por outro motivo que se viu, logo após a promulgação da Constituição, uma produção legislativa avassaladora, valendo-se, à guisa de exemplo, citar o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e a tão famosa Lei Maria da Penha. A Constituição de 1988 mudou a lógica do pensamento jurídico tradicional. Ora, se cada grupo de

indivíduos tem suas idiossincrasias, não se pode conceber, como se concebia sob o pálio da igualdade perante a lei, que todos eles devem ter o mesmo tratamento, cuja disciplina costumava constar de Códigos que pretendiam regular todos os acontecimentos da vida, ignorando essas particularidades.

A Constituição de 1988, ao trazer para o epicentro da ordem jurídica o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe o dever de o Estado promover a densificação desse princípio-valor, levando em conta o fato de que o conceito de dignidade humana, embora seja possível delinear um núcleo mínimo, é assaz volátil, dependendo das particularidades do sujeito de direitos. Nesse sentido, como se viu, tem caminhado o Poder Legislativo ao incorporar às novas regras criadas a filosofia encampada pelos princípios constitucionais, o que, sem dúvida, representa um avanço.

A quase que exaustiva, mas não taxativa, consagração dos direitos fundamentais previstos na Constituição, unida à intensa produção legislativa que se seguiu e à competência atribuída ao órgão de cúpula do Poder Judiciário de ser o guardião da Constituição, fez aumentar, sobremaneira, as demandas judiciais.

Esses indivíduos, que outrora iam ao Poder Judiciário fazer valer os dispositivos codificados que entendiam violados, agora vão até ele para questionar esses mesmos dispositivos quando repute em desconformidade com seus direitos constitucionais, e não são poucas as leis nesta condição, ou até mesmo para que o magistrado crie a norma para o caso, ante a ausência de qualquer enunciado legislativo ou a existência de legislação deficitária.

Isso fez com que o Poder Judiciário assumisse, em relação aos outros órgãos independentes (Legislativo e Executivo), um lugar de proeminência na ordem jurídica, o qual, ante a abertura semântica da Constituição e a autorização expressa desta para que ele fosse seu guardião, passou a assumir um papel importante na criação do direito.

Não se pode deixar de escrever essas linhas propedêuticas, uma vez que o tema que se está propondo trabalhar se insere neste contexto de mudanças de paradigmas proporcionadas pela própria Constituição da República Federativa do



Brasil de 1988 que, apesar de propiciar um Poder Judiciário emancipado, não prescinde do primado da Lei, como limite a qualquer um dos Poderes, notadamente no campo da interpretação constitucional.

Em cumprimento desse mister, não se pode deixar de destinar um capítulo específico para tratar do tema relativo à mutação constitucional, o que será feito no primeiro capítulo. A propósito, será trazida uma abordagem da acerca dos pilares filosóficos, conceito e espécies de mutações constitucionais. O objetivo no ponto não é discorrer sobre uma teoria da mutação constitucional, mas sim trazer elementos que nos permita enfrentar a problemática principal com o domínio seguro dos conceitos que são subjacentes.

No segundo capítulo se cuidará das transformações pelas quais vem passando o controle de constitucionalidade difuso no Brasil. É neste capítulo que se dedicará um estudo visando a identificar, sobre o prisma jurídico, social e filosófico, como o juiz, que até meados do século passado era concebido para ser a “boca da lei”, passa a se emancipar e exercer uma função criativa e proativa no direito, resultando na criação de um novo juiz, que se resolveu cunhar aqui de “boca da justiça”, em contraposição ao juiz “boca da lei” de Montesquieu. Ainda neste capítulo, cuidar-se-á de demonstrar algumas das transformações que o Supremo Tribunal Federal, e até a legislação infraconstitucional, vem operando no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. A pretensão, com isso, não é a de fornecer uma pesquisa aprofundada sobre o assunto (pois também não é o objeto principal do trabalho), mas apenas demonstrar como o fenômeno da expansão subjetiva dos efeitos no controle de constitucionalidade difuso se insere como uma das transformações empreendidas pelo Pretório Excelso dentro do que se tem chamado de objetivação do controle de constitucionalidade difuso. Esta transformação, sim, será objeto de maior detença quando se for tratar da súmula vinculante e de como ficarão este instituto e o artigo 52, X da Constituição caso essa metamorfose jurisprudencial se assente definitivamente.

Pode-se afirmar que é no terceiro capítulo que se encontra o coração do presente trabalho, uma vez que, além de se trazer um detalhamento necessário e suficiente acerca da súmula vinculante, trabalhar-se-á com todos os conceitos de



forma inter-relacionada, apondo um juízo de valor acerca da utilidade e legitimidade das aludidas transformações no controle difuso, notadamente no que diz respeito à situação da súmula vinculante e do instituto da manifestação senatorial no controle de constitucionalidade difuso (artigo 52, X da Constituição), em caso de afirmação das novas diretrizes jurisprudenciais encampas por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ainda aqui se fará uma defesa no que diz respeito à importância do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, como o do Brasil, chamando a atenção, entretanto, para a necessidade de este órgão, notadamente em relação à sua cúpula, exercer suas atividades com um senso de autocrítica e autoresponsabilidade mais apuradas do que o Poder Legislativo e Executivo, já que, querendo ou não, seja qual for a matéria, tudo, tudo, inclusive quando se impugne a legalidade e legitimidade de seus próprios atos, desaguará em suas portas.<sup>2</sup>

Por fim, será desenvolvida uma síntese conclusiva, pontuando-se sucintamente os assuntos abordados no corpo do presente trabalho.

---

<sup>2</sup> Salvo, evidentemente, os crimes de responsabilidade de seus Ministros, cujo processo e julgamento compete ao Senado Federal (artigo 52, II da CF-88).

# 1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

## 1.1 Classificação, pressuposto filosófico de existência e conceito

A Constituição pode receber reformas tanto operadas pelo legislador, como decorrentes da interpretação do seu texto, especialmente os órgão jurisdicionais, que estão imbuídos em um compromisso constitucional de obtenção da máxima eficácia da Carta Magna. À primeira espécie de modificação da Constituição, dá-se o nome de mutação constitucional formal. Já a reforma operada pelo Poder Judiciário, denomina-se mutação constitucional informal. Todavia, há quem não realize essa classificação, preferindo identificar a mutação constitucional apenas como o último fenômeno apontado. É o caso de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 249) para quem:

A chamada mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva, ao contrário dos procedimentos de emenda e revisão, cuida-se de processo não formal de mudanças das Constituições rígidas, por via da tradição, costumes, interpretação judicial e doutrinária.

A reforma da Constituição se traduz mesmo como condição de possibilidade da sua existência. Segundo o pensador Heráclito, “nada é permanente, exceto a mudança”. E com a Constituição, que não foi feita com a pretensão de imutabilidade, não pode ser diferente. Ao revés, está inscrito em seu bojo a forma pela qual seu texto poderá e deverá ser alterado. A razão é singela. O Direito regula a vida e esta é dinâmica e complexa, surgindo novas relações jurídicas, interesses e necessidades de forma diuturna e perene, as quais necessitam de resposta jurídica sempre atuais e em conformidade com o mesmo momento histórico. A propósito, André Ramos Tavares (2006, p. 50/51) leciona:

A existência dessa competência de reforma constitucional é mesmo imperiosa, na medida em que não se pode conceber a sobrevivência por largo espaço de tempo de uma Constituição que não admitisse, em hipótese alguma, modificações de qualquer de suas regras. Imaginar o contrário, ou seja, a impossibilidade de mudanças constitucionais, seria mesmo, digamos, como que propor a destruição da Carta Magna, porque incentivadora ela própria de sua derrubada num espaço de tempo mais curto, a ocorrer no momento em que suas regras viessem a destoar por completo da realidade social em que se inserem, o que poderia ocorrer até

imediatamente após sua promulgação.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 4):

A Constituição, assim posta, é peça essencial e principal do Estado de Direito, é a suprema de todas as leis. Em consequência disso, a Constituição deve ser dificilmente modificável, e o ideal seria que a Constituição, uma vez estabelecida, nunca precisasse ser alterada. Entretanto, como já apontava a declaração Jacobina dos Direitos do Homem de 1773, há um outro lado nessa questão. E o outro lado é, como afirmava esse documento, que nenhuma geração tem o direito de sujeitar a si própria as gerações futuras, e que, portanto, o povo sempre tem o direito de mudar suas instituições, o povo tem sempre o direito de mudar sua constituição. Na verdade, as duas teses, que extremadas se contrapõem, levam a uma opção pelo equilíbrio. Uma Constituição deve ser estável para que ela seja realmente a suprema lei, mas uma constituição deve ser adaptável a novas condições, a novos momentos e a novas exigências. Uma Constituição não pode, para se tornar lei suprema, ser ao mesmo tempo uma lei, permitam-se a expressão, uma lei esclerosada.

Assim, Direito e realidade caminham lado a lado, um depende do outro. No caso da Constituição, tal fato se torna ainda mais importante, uma vez que rege as facetas mais elementares e importantes da vida não apenas dentro do nosso território nacional, como ainda na forma pela qual o Estado brasileiro se relacionará com outros povos ou pessoas de direito internacional. Uadi Lamego Bulos (1997, p. 59) também identifica as:

Mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos.

Identificadas as hipótese de mutação constitucional (formal e informal) e fincados seus pressupostos filosóficos, cumpre partir para o conceito de mutação constitucional, valendo desde já afirmar que estaremos sempre a se referir, com essa expressão, à mutação que se denominou informal. Isso porque é dessa forma que a doutrina majoritária, tanto no Brasil como no estrangeiro, aborda o tema.

Não existe muita celeuma até então sobre o conceito de mutação constitucional. A propósito, Cunha Jr. (2008, p. 249) a conceitua da seguinte forma:

Na verdade, a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, as lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um

fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera e revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem adequadamente as demandas do texto e dos fatos

No mesmo sentido, J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1153) afirma que na mutação constitucional ocorre uma "revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. **Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto**" (grifou-se).

Por fim, e também seguindo a mesma linha, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 12) as mutações constitucionais são "processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado".

Portanto, para fins de norteammento do trabalho a mutação constitucional há de ser entendida como o procedimento informal de mudança do sentido constitucional decorrente da mudança do substrato social que, unido com o texto da Constituição, forma a norma constitucional.

## DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: O FENÔMENO DA OBJETIVAÇÃO DESSA FORMA DE CONTROLE

As transformações por que vem passando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, só podem ser concebidas a partir de um modelo de pensamento de jurisdição como atividade voltada para a densificação de valores e princípios constitucionais, os quais longe de estarem plenamente delimitados na Constituição, representam um comando com alto grau de generalidade e abstração, de modo a exigir do intérprete-aplicador uma tarefa mais engenhosa, em que a devida prestação jurisdicional não se contenta apenas com uma mera operação lógica, consistente em buscar adequar os fatos aos preceptivos normativos anteriormente elaborados pelo Poder Legislativo.

Nesta perspectiva, do novo juiz não se quer qualquer resposta, mas a resposta que mais atenda aos anseios sociais (da comunidade jurídica) e que esteja adequada com um conceito de justiça bastante lapidado.

Antes de se pontuar as transformações ultimamente ocorridas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, discorrer-se-á acerca de como se deu a transição do pensamento jurídico tradicional (em que o juiz era a mera boca da lei) para o pensamento jurídico que domina as academias atualmente – em que a atividade jurisdicional é concebida de forma emancipada e o juiz, de mero “bouche de la loi”, passa a ser um juiz “boca da justiça”. Sem essa transição, certamente não se teria um ambiente propício às transformações operadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade difuso, sejam elas consideradas legítimas ou não.

Passe-se, então, a esta tarefa.

### **2.1 Questão de ordem: de como o juiz “boca da lei” se tornou um**

## juiz “boca da justiça”

A atividade jurisdicional no atual estágio da dogmática jurídica tem especial relevo, de modo que, em cotejo com a concepção de jurisdição que reinava dominante até meados do século passado, com resquícios muito fortes ainda na atualidade, pode-se dizer que o juiz de hoje é um juiz emancipado.

Esse movimento de emancipação consiste na mudança de paradigma relacionada aos objetivos que devem ser perseguidos pelo magistrado no exercício da atividade jurisdicional. Assim, se a prestação jurisdicional estava devidamente fornecida com uma decisão judicial que se limitasse a fazer incidir na espécie os elementos lingüísticos de um determinado preceptivo normativo; hoje a tarefa do magistrado é, deveras, mais árdua, porque já não lhe é mais dado decidir o caso através de uma simples tarefa silogística; necessitando, pois, construir a partir dos elementos normativos (regras, princípios e valores) e fáticos a norma mais adequada para o caso concreto. Vale dizer, não basta a decisão ser legal, tem de ser justa.

É, pois, justamente essa mudança radical de paradigma que se narrará neste tópico.

Como é cediço, a forma de organização e competência do poder político-administrativo no Brasil teve muito de seus princípios extraídos do constitucionalismo francês<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Não se pode olvidar, é verdade, que as origens do direito brasileiro remontam às ordenações portuguesas, a despeito de que a concepção de Estado de Direito reinante em Portugal foi também uma consequência dos fundamentos políticos-filosóficos que inspiraram a implantação do Estado Constitucional na França. Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander (2008, p. 42) narram a história do surgimento do direito brasileiro, constituído através de leis: “Após a descoberta, Portugal mantém ociosa, até 1530, a então denominada *Terra de Santa Cruz*, quando, endividado pelos gastos das empreitadas ao Oriente, resolve enviar uma expedição para ocupar as terras descobertas. A expedição tinha um duplo objetivo: encontrar metais e pedras preciosas, imprescindíveis para o ajuste das contas do país, e ocupar e povoar em definitivo a terra, a fim de prevenir futuras investidas de outras nações.

Organizou-se uma nova esquadra, com cinco navios e cerca de quatrocentos homens, desta feita sob o comando de Martin Afonso de Souza, o qual tinha a incumbência de fazer o reconhecimento da costa brasileira e indicar quais os melhores lugares para ter início o povoamento.



Na França, o constitucionalismo (movimento delineado como uma técnica específica de limitação do exercício do poder político) é caracterizado pelo formalismo e dogmatismo, que são projetados desde logo para a sua primeira Constituição de 1791, resultando, assim, em uma Constituição escrita, preocupada em delinear com precisão a estrutura político-administrativa que se formava naquele país após a derrota do regime absolutista operada pela burguesia durante a Revolução Francesa de 1789.

Nasce nesse período o Estado Moderno, também chamado de Estado de Direito, em que a irresponsabilidade do monarca, própria do regime absolutista imediatamente precedente, cede espaço para um novo modelo de titularidade e exercício do poder, no qual todos os indivíduos, sem exceção<sup>4</sup>, estão sob os auspícios da lei.

Nesse modelo, fortemente influenciado pelas idéias liberais-iluministas de John Locke, Montesquieu e Rousseau<sup>5</sup>, não se permitia ao juiz uma postura criacionista do direito, dado que a função judicante se limitava a declarar um direito precedentemente criado pelo legislador. Nota-se, nesta fase, uma prevalência da atividade legislativa sobre a atividade jurisdicional, em que todo direito se esgotava na lei, “ficando eliminados o precedente e a criação judicial do direito, pois o

---

Pode-se dizer, sem temor de engano, que a chegada da expedição de Martin Afonso de Souza, em 1530 (início do período colonial, que vai até a independência, em 1822), marca o início do Direito no Brasil, desde já, aliás, profundamente influenciado pelo sistema romano-germânico”.

<sup>4</sup> A vedação à exceção é consequência do princípio da igualdade formal, próprio desse período e segundo o qual todos são iguais perante a lei. Contrapõe-se à igualdade formal a igualdade material, também chamada de igualdade na lei, a qual admite discriminações, desde que o elemento de discriminação seja compatível com a Constituição.

<sup>5</sup> John Locke, partindo de uma defesa radical dos direitos naturais (BITTAR, 2004, p.235), considerava o Poder Legislativo o poder supremo e, para a execução das leis, concebeu um poder permanente, que seria realizado pelo Executivo. “Embora em sua construção teórica não haja expressa menção ao Poder Judiciário, LOCKE considera essencial a existência de um *juiz conhecido e imparcial*” (SIFUENTES, 2005, p. 18-19). Montesquieu, por sua vez, ficou conhecido por sua obra prima “O Espírito das Leis”, em que sistematiza a doutrina da separação dos poderes. Segundo Montesquieu (*apud* SIFUENTES, 2005, p. 22): “Pelo primeiro (Legislativo), o príncipe ou o magistrado faz as leis para um certo tempo ou para sempre e corrige ou *ab-rogat* as que estão feitas. Pelo segundo (Executivo), faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro (Judiciário), pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado”. Por fim, em Rousseau se encontra o célebre conceito de “vontade geral”, que, transposta para os dispositivos legais, significará a vontade do próprio Deus.

costume vale apenas quando de acordo com o ordenamento legal” (SIFUENTES, 2005, p. 37).

Esse pensamento se cristalizou no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual: “Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. Esse dispositivo consubstancia o princípio da legalidade estrita<sup>6</sup>.

A preocupação de não atribuir ao juiz uma função de relevância é levada ao extremo, de modo que a França criou um modelo próprio de controle de constitucionalidade, suprimindo essa atividade do juiz, como já ocorria no constitucionalismo americano, e atribuindo única e exclusivamente ao Conselho Constitucional, órgão de fiscalização preventiva, distinto do poder judiciário e vinculado ao próprio poder legislativo. Jorge Miranda (2005, p. 102) relata como o receio do povo francês em relação a uma atividade potencializada do juiz se manifestou nas constituições francesas, situação que permanece até os dias atuais.

Os tribunais judiciais não obtiveram até agora competência para apreciar a constitucionalidade das leis. Derivou isso do seguinte:

1º) Da idéia de lei (ordinária), ou do seu primado, como expressão da vontade geral formada através de assembléias soberanas;

2º) Do entendimento dado à teoria da separação dos poderes, não admitindo que órgãos estranhos à função legislativa, os tribunais, venham apreciar a validade das leis;

3º) Da reacção contra a prática dos parlamentos (judiciais) do *Ancien Regime*, o que levou até à proibição, por lei, da apreciação jurisdicional da constitucionalidade.

A Constituição de 1958 criou, porém, um órgão de fiscalização preventiva – o Conselho Constitucional – que, embora de origem e composição políticas, funciona em moldes jurisdicionados e cuja importância, sobretudo desde de 1974, tem vindo a crescer; e os tribunais comuns não podem deixar de ter um conta a sua jurisprudência.

III- Muito mais antiga e consolidada é a fiscalização jurisdicional da legalidade administrativa como elemento básico de garantia dos direitos dos cidadãos.

Mas ela tão pouco se efectiva através dos tribunais judiciais. Efectiva-se – ainda por causa de razões históricas, ligadas ao entendimento da separação dos poderes – através de recurso para outros órgão, os tribunais

<sup>6</sup> Atualmente, trabalha-se com duas concepções de legalidade; uma estrita e outra ampla. Aquela é exigida em alguns ramos do direito, como no direito penal e no direito tributário. Porém, ainda assim, não se assemelha à legalidade estrita nascida com a Revolução Francesa, de modo que a legalidade estrita com a qual se trabalha atualmente não obstaculiza a atuação criacionista do intérprete.



administrativos (o primeiro dos quais é o Conselho de Estado, com uma influência e um papel criador não sem paralelo *mutatia mutandis* ao do Supremo Tribunal dos Estados Unidos).

Como se extrai dessa lição, o Conselho de Estado francês, órgão destinado a resolver as querelas envolvendo a Administração e os administrados é também órgão distinto do poder judiciário, demonstrando mais uma vez a preocupação em enxugar as funções jurisdicionais.

Ainda nesta linha de restrição do campo de atuação do magistrado, a Lei francesa de organização Judicial, de 16-24 de agosto de 1790, atribuiu ao Legislativo poder de fixar a interpretação das leis, impondo aos tribunais a obrigação de se dirigir aos membros deste órgão sempre que necessário (SIFUENTES, 2005, p. 80). Note-se que o que a Lei francesa de organização Judicial propunha era que a interpretação das leis editadas pelo Poder Legislativo só poderia ser realizada pelo próprio Poder Legislativo, institucionalizando, assim, a chamada interpretação autêntica<sup>7</sup>.

Como se disse, tendo em vista que a matriz constitucional brasileira vem muito do constitucionalismo francês, as primeiras cartas políticas brasileiras também refletiram bastante esse pensamento. Destarte, a Constituição brasileira de 1824 já previa expressamente o princípio da legalidade estrita<sup>8</sup>, que se inseria dentro de um contexto que não permitia a formação de uma jurisprudência, assim entendida como “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”, conforme acentua Miguel Reale (apud SORMANI E SANTANDER, 2008, p. 46)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> A interpretação autêntica ocorre quando o mesmo órgão elaborador de uma norma cria outra com o objetivo de tornar mais intelectual o sentido e alcance que buscou estabelecer com a primeira.

<sup>8</sup> Artigo 179 da Constituição de 1981. “Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>9</sup> Segundo SORMANI E SANTANDER (2008, p.45-46) existem três formas de conceber o sentido da expressão *jurisprudência*, a saber: “a) Num sentido comum, ou menos técnico, representa a somatória indiscriminada do **produto judiciário**, isto é, a grande massa de decisões, de mérito ou não, consonantes ou discrepantes, terminativas ou finais, prolatadas por órgãos singulares ou colegiados, em todo o país e em todas as **Justiças**. Numa palavra, é a totalização do resultado final da função jurisdicional do Estado. b) Num sentido mais próprio, técnico-jurídico, trata-se de uma seqüência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria, prolatados num dado Tribunal ou numa certa **Justiça**; nesse senso, pode-se falar, por exemplo, que a ‘jurisprudência atual do STF é contrária à cumulação de proventos com vencimentos’, ou ainda que ‘a jurisprudência do STJ quanto ao objeto da ação civil pública tem se revelado restritiva’, porque a consulta aos respectivos repositórios credenciados (**Revista Trimestral de Jurisprudência; Revista do STJ**), permite a

A despeito de as Constituições brasileiras posteriores à de 1824 consagrarem o princípio da separação dos poderes, o controle da validade das leis pelo Judiciário “não teve o escopo de conferir à jurisprudência um caráter de fonte primordial do Direito e nem de permitir a superação das leis pela livre vontade do julgador” (SORMANI E SANTANDER, 2008, p. 45).

Há notícias, inclusive, de que em 1896 o juiz Alcides de Mendonça Lima fora processado, por ordem do governador do Rio Grande do Sul, pelo crime de prevaricação, uma vez que ele, o juiz, negou aplicação a lei estadual por considerá-la inconstitucional. O mencionado magistrado chegou a ser condenado a nove meses de suspensão do cargo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O eminente Rui Barbosa assumiu o caso e recorreu ao Supremo Tribunal, aduzindo que a condenação implicava em uma nova modalidade de infração penal: o “crime de hermenêutica”. Ao final, o juiz foi absolvido, tendo o Pretório Excelso considerado que o fato deveria ser considerado como um erro de interpretação e não como crime de prevaricação (SORMANI E SANTANDER, 2008, p. 49-50).

Ainda como corolário da postura de receio quanto à abertura da atividade jurisdicional herdada dos franceses, o Brasil conheceu o instituto dos assentos, originário do direito português e que consistia, conforme Marcello Caetano (apud SIFUENTES, 2005, p. 200) em definir:

Em termos genéricos, e com caráter obrigatório para todos os tribunais dependentes daquele que o profere, do sentido que deve ser dado nos julgamentos futuros a uma norma legal de entendimento duvidoso<sup>10</sup>.

---

construção daquelas evidências; c) Por fim, num sentido **potencializado**, a jurisprudência atinge seu ponto ótimo de eficácia, quando, após resolvido o caso concreto, a tese fixada se destaca, projetando efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes. Tal se dá, observadas certas condições, tanto no controle de constitucionalidade pelo STF (CF, artigo 102, § 2º, cf. EC 03/RISTF, artigo 101) como, no plano infraconstitucional, quando a jurisprudência assentada se exterioriza em súmula, passando a projetar relevantes efeitos pan-processuais: dispensa a indicação de outros julgados sobre o mesmo tema (RISTJ, artigo 124); autoriza o relator a negar seguimento a recurso contrário à tese sumulada, ou a dar-lhe provimento, quando interposto de acórdão dissonante de súmula (CPC, artigo 557, redação da Lei 9.756/98); opera como paradigma para julgamento do recurso de revista, na Justiça do Trabalho (CLT, artigo 869, a, redação da Lei 9.756/98); projeta efeitos junto à Administração Pública, como se deu em São Paulo, onde o Prefeito Celso Pitta baixou orientação normativa (1/98 – DOM 15.12.1998), mandando aplicar o enunciado da Súm. 125 do STJ, excluindo da incidência do Imposto de Renda o pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço” (grifo do autor).

<sup>10</sup> Mais adiante, onde defendemos que a súmula vinculante não obstaculiza a atividade jurisdicional, invocamos o instituto dos assentos para dizer que aquela se parece bastante com esta. Isso gera, *a priori*, uma contradição, já que estamos apontando os assentos neste ponto como instrumento que

A competência para proferir os assentos era da Casa de Suplicação (que o fazia em nome do rei), órgão com funções idênticas à *Cout de Cassation* francesa, e tinham força vinculativa e soberana, com o escopo de esclarecer questões de direito em tese. “A interpretação diversa daquela intentada pelo rei sujeitava o juiz que assim agisse à pena de suspensão, até segunda ordem do rei (*Ordenações Filipinas*, Livro V, título 58, §1º)” (SORMANI e SANTANDER, p. 48).

Nesse diapasão, pode-se assegurar que nesta época não existia jurisprudência<sup>11</sup> (entendida esta como um conjunto de decisões judiciais capazes de interferir significativamente na criação do direito) ou, quando muito, esta ainda era muito incipiente, uma vez que o pensamento acerca do direito e da atividade jurisdicional não era propício para as construções pretorianas. Em um ambiente em que o juiz é a boca que pronuncia os termos da lei, de fato, a jurisprudência não tende a se aperfeiçoar. De modo que a história da consolidação da jurisprudência, enquanto instituto que tem papel decisivo não apenas no que tange a declaração de um direito já posto, mas sobretudo na construção de um direito que apenas começa a ser enunciado pelos elementos contidos na lei, é a história da emancipação da atividade jurisdicional, em que o juiz deixa de ser “la bouche de la loi” e passa a ser a “boca da justiça”.

---

impedia uma atuação emancipada dos magistrados e lá dizendo que não obstaculiza a atividade jurisdicional. Fazemos um paralelo mais à frente justamente naquilo em que os dois institutos se tangenciam, que é no estabelecimento de uma interpretação acerca da matéria de direito. A diferença reside, entretanto, no fato de que ao tempo dos assentos, tendo em vista a ascensão da corrente positivista extremada que começava a se delinear, não se concebia para a lei mais de uma interpretação, situação que não se compadece com a atual doutrina hermenêutica que admite com tranquilidade a coexistência de duas ou mais interpretações distintas para um mesmo dispositivo, dès que, obviamente, o substrato fático seja distinto.

<sup>11</sup> Como já dissemos, o conceito de jurisprudência está longe de ser unânime. Veja-se, ainda, a classificação de Limongi França (*apud* MANCUSO, 2007, p. 30-31): “O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada pelo juriconsulto, seja por magistrados (...) O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de ‘*juris + prudentia*’, consistiria no conjunto das manifestações dos juriconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acerto dos hoje chamados *pareceres*, quer chamados de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de *doutrina jurídica*, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelo juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juizes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico”.

A revolução paradigmática, que propicia um avanço da atividade jurisdicional, só pôde ser operacionalizada após o surgimento de novas correntes filosóficas que, diante das deficiências de um pensamento jurídico pautado em uma concepção rígida e formal do direito, começam a criticar o positivismo jurídico, doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o direito positivo, que, numa visão mais extremada, que dominou os países de tradição romano-germânica no século XIX e primeira metade do século XX, é representado pela Lei. Esse positivismo extremado servia de supedâneo filosófico ao tecnicismo jurídico no qual estava imerso o exercício da atividade jurisdicional.

Trazer as matrizes filosóficas, que inspiraram a concepção de ordem jurídica durante a evolução do pensamento jurídico, é de fundamental importância, uma vez que a abertura ou não da atividade interpretativa do juiz está umbilicalmente ligada à noção de ordem jurídica. A propósito, ficou famosa a frase de W. Kâgi, quando este escreveu: "diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens" (apud CANOTILHO, 1998, p. 828). Dito de outro modo, se se conceber a jurisdição constitucional como uma forma de concretização de princípio, valores e regras constitucionais, ter-se-á uma noção moderna de Constituição, qual seja a Constituição aberta, dinâmica. Se, de outro lado, conceber-se a Constituição como apenas um instrumento de mera organização política, ter-se-á uma concepção restrita ou estática de Constituição, que não se compadece com o atual estágio de evolução do pensamento jurídico-constitucional.

Neste campo, não se pode deixar de trazer à colação a divisão extremamente didática fornecida por Canotilho (1998, p. 1121-1124), que representa a bipolarização entre as correntes interpretativistas e não-interpretativistas, formadas ao longo dos anos em torno do problema da interpretação constitucional.

Para os interpretativistas, os juízes "devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos" (CANOTILHO, 1998, p. 1121). Apesar de não se poder confundir o interpretativismo com o literalismo, um juiz interpretativista só tem competência para ir até onde o texto claro da interpretação lhe permite ir. Essa corrente se assenta em uma concepção rígida de democracia, em que, como afirma Canotilho (1988,

p.1122): “o *poder político democrático* é o valor fundamental da constituição, pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional”.

De outra banda, os não-interpretativistas, obtempera Canotilho (1998, p. 1122):

Defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos – princípio da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o projecto da constituição.

Essa abertura só é permitida porque se concebe a Constituição, que é a genitora da ordem jurídica, como um processo dialético, que se realiza e se normatiza paulatinamente e não em um único instante, quando ela se dogmatiza<sup>12</sup>.

A chamada Escola de Direito Livre, que se insere na corrente não-interpretativista, teve um papel de fundamental importância neste processo, por se constituir em um conjunto orgânico e sistematizado de doutrinas que representa “uma reação, às vezes muito violenta, contra a tese da plenitude hermenêutica e a submissão incondicional do juiz aos textos legais” (SIFUENTES, 2005, p. 114).

Como se percebe, trata-se de um movimento de contrariedade radical à postura inóspita do juiz, defendendo mesmo que a atividade jurisprudencial deveria se aproximar cada vez mais da atividade legislativa, de modo que, como afirma Sifuentes (2005, p. 116), “assim como o legislador elabora a norma genérica, que deverá abranger os casos futuros, caberia ao juiz legislar todas as vezes em que não existisse, no seu entender, uma lei apropriada ao julgamento”.

Esta doutrina conheceu três etapas: a primeira (1840-1900), considerada como prelúdio do movimento; a segunda (que se inicia com o século XX e termina em 1906) e a terceira (1906 e vai até 1914), como afirma Sifuentes (2005, p. 115).

---

<sup>12</sup> Por Constituição dogmática, entenda-se aqui na conformidade da lição de Cunha Jr. (2008, p. 115): “A Constituição dogmática, também denominada de sistemática, consiste num documento escrito e sistematizado, elaborado por um órgão constituinte em *determinado* momento da história político-constitucional de um País, a partir de *dogmas* ou idéias fundamentais da ciência política e do direito dominantes na ocasião”.



Pode-se afirmar que as maiores contribuições da Escola do Direito Livre foram: a crítica à inércia do magistrado e a difusão da necessidade de se analisar o caso concreto no momento de concretização da norma, podendo mesmo ser dito ainda que o artigo 5 da Lei de Introdução ao Código Civil – que diz que o juiz, ao aplicar a lei, deve buscar os fins sociais daquela – é fruto desse pensamento.

O grande vício dessa escola é a abertura irrefletida que concede a um órgão que, em um Estado de Direito, como o brasileiro, exerce funções que são limitadas pelo texto constitucional.

Mas foi, sem dúvida, a partir da segunda guerra mundial, que o mundo, fracassado com a experiência abstencionista do Estado liberal, começou a exigir uma nova forma de atuar do Estado – proativo e interventor. Como não poderia deixar de ser, a ingerência estatal nos assuntos que até então diziam respeito apenas à sociedade civil, passam a ocupar a pauta das autoridades. E, com o Poder Judiciário, não foi diferente, passou-se a exigir deste um compromisso não apenas com o princípio da legalidade estrita, mas, sobretudo, com o princípio-valor da justiça, que se constitui mesmo como um parâmetro de controle das leis. Como anota Pablo Lucas Verdú (apud SILVA, 2004, p. 115):

O estado de direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito. O estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transforma-se em estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

É, pois, nesse contexto de mudanças paradigmáticas que surge o juiz emancipado, comprometido com a justiça social e cuja função não é mais singela como outrora (de simples intermediador de uma operação meramente lógica consistente em subsumir a lei ao caso concreto), mas um juiz compromissado em manter hígida a ordem constitucional, devendo sempre confrontar a norma a ser aplicada com os princípios que expressa ou implicitamente integram a ordem jurídico-constitucional.

A esse juiz, que não mais pode alegar o velho axioma romano (*Dura Lex, Sed Lex* – a lei é dura mas é lei) para deixar de fazer justiça no caso concreto, chama-se no presente trabalho de juiz “boca da justiça”, expressão que se ajusta

com mais perfeição à postura que se exige do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito como o do Brasil.

Sem este cenário, em que se visualiza uma atividade jurisdicional aberta, não poder-se-ia falar em transformações no âmbito do controle de constitucionalidade difuso operadas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, como outrora o desenvolvimento da jurisprudência estava mesmo vedado pela lei, falar em transformações de institutos jurídicos positivados representava, em muitos casos, incidências em sanções administrativas, cíveis e até penais, como se viu.

## **2.2 As transformações propriamente ditas**

Em um Estado de Democrático de Direito, como o brasileiro, o coletivo tem preferência sobre o individual, o social sobre o particular e o público sobre o privado. Nesta perspectiva, é natural que se leia os institutos jurídicos, até os classicamente privados, à luz de uma dimensão que transcenda o sujeito isoladamente considerado.

É justamente com o argumento de transcendência que o controle de constitucionalidade difuso tem sofrido várias mudanças, capitaneadas pelo guardião da Constituição, com vistas a adequá-lo às necessidades dos novos tempos.

Aqui, uma observação deve ser feita desde já. Reconhece-se a necessidade de que o controle de constitucionalidade difuso precisa se modernizar para atender a interesses metaindividuais e que, neste processo, o Supremo Tribunal Federal deve assumir uma posição de vanguarda, até porque, ante a inexistência de um sistema normativo que detalhe essa espécie de controle, sua dinâmica deve respeitar muito as orientações do Pretório Maior que deve extrai-la dos poucos, mas não sem importância, dispositivos constitucionais dedicados ao assunto. O que não se legitima é a possibilidade dessas transformações serem operadas a expensas do obscurecimento do texto constitucional.

Esse processo de transformação do controle de constitucionalidade difuso tem ocorrido eminentemente no bojo de recursos extraordinários (em que a questão da constitucionalidade é, com mais freqüência, suscitada incidentalmente), motivo por que levou alguns doutrinadores, a exemplo de Fredie Didier Jr. (2007, p. 99-115), a colecionar, sistematicamente, as principais mudanças que geraram o que chama de “objetivação do recurso extraordinário”.

Passe-se, então, a ordenar, com supedâneo na doutrina e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as principais mudanças que ocasionam a objetivação do controle de constitucionalidade difuso (e não apenas do recurso extraordinário, ressalte-se)<sup>13</sup>.

**a. Dispensa de preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário para dar efetividade a posicionamento do Supremo Tribunal**

Dá notícias Fredie Didier Jr. (2007, p. 107) de que a Ministra Ellen Gracie Northfleet, embora reconhecendo que o recurso extraordinário não preenchia o requisito do prequestionamento, decidiu examinar o mérito do recurso com a finalidade de conferir efetividade ao posicionamento do Supremo Tribunal, “adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n. 275.011, consoante informativo 365 do STF)”. Nesta oportunidade, completado o prenunciado autor (DIDIER JR., 2007, p. 107) que “a ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade”, dispensando, por isso, o prequestionamento.

Com isso, fica mais uma vez assentada a idéia de que o controle de constitucionalidade difuso vem sofrendo mudanças para cada vez mais assumir um caráter geral. Ao abrir mão do requisito do prequestionamento, pretendeu-se afirmar o princípio da força normativa da Constituição, oportunidade que não poderia ser

---

<sup>13</sup> É de se ressaltar que não há que se identificar a objetivação do controle de constitucionalidade difuso com o fenômeno da objetivação do recurso extraordinário. O primeiro é mais amplo e envolve o segundo, uma vez que a via do recurso extraordinário é apenas uma das formas em que a questão da constitucionalidade pode chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal incidentalmente. O Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*, por exemplo, também se prestam a tal desiderato.



perdida pelo simples fato de um particular ter deixado de observar um requisito, desperdiçando uma boa oportunidade para o Pretório Excelso se manifestar sobre a questão constitucional suscitada.

**b. Possibilidade de o Supremo Tribunal julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido**

“No julgamento do RE n. 298.694, rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso do enfrentado pelo tribunal”. (DIDIER JR., 2007, p. 107).

Difundia-se tradicionalmente que o Supremo Tribunal ao conhecer do recurso, por reconhecer que a decisão violou a Constituição, necessariamente deveria dar provimento (questão de mérito) ao recurso. Neste julgamento, porém, a despeito de reconhecer a violação à Constituição, pelo acórdão recorrido, a Corte Suprema brasileira não deu provimento ao recurso por fundamento diverso.

Em lição bastante didática, aduziu o Ministro Carlos Ayres em seu voto:

Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade do *iura novat curia* às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria.

Com isso, adota-se uma postura mais aberta, que deixa de individualizar a apreciação da questão constitucional no recurso extraordinário e amplia-se essa possibilidade para questões que até então não haviam sido aventadas, o que, na espécie, é salutar, uma vez que o guardião da Constituição, quando instado a se manifestar, deve verificar, na medida do possível, todas as possíveis inconstitucionalidade, não se limitando, assim, àquilo que lhe foi submetido à apreciação pelo recorrente. Isto porque a inconstitucionalidade é um vício que deve ser combatido de ofício e independentemente da vontade das partes – não há possibilidade de transacionar isso ou subordinar à vontade particular.

**c. Possibilidade de manifestação, pelo Supremo**

**Tribunal, acerca da constitucionalidade de lei que não seja indispensável à solução do caso.**

Que a Corte Suprema, como, aliás, via de regra qualquer outro tribunal, pode se manifestar de ofício sobre questões constitucionais, não é novidade. A singularidade aqui está na possibilidade de o Supremo Tribunal se manifestar sobre constitucionalidade de lei que não se ponha como uma prejudicial necessária à solução do conflito.

Colhe-se da jurisprudência de que em pelo menos dois julgamentos essa tese tenha sido adotada pelo Supremo Tribunal. São eles: MS nº 20.505, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 30.10.1985, *DJ* de 8.11.1991; RE nº 102.553, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 21.8.1986, *DJ* de 13.2.1987 (*RTJ* 120/725).

O que existe de comum no julgamento de todos esses processos é que o Supremo Tribunal, sob o fundamento de ser o guardião da constituição, e tendo em vista a importância das matérias ali discutidas, não se limita a solucionar uma querela individual e passa a atuar em um campo que, na teoria tradicional, não teria lugar.

**d. Outras hipóteses de manifestação do fenômeno da objetivação do controle de constitucionalidade difuso decorrentes de mudanças legislativas**

Embora o enfoque seja as transformações operadas pelo Supremo Tribunal, não se pode deixar de destacar as mudanças que são oriundas da atividade legislativa, mormente porque muitas são decorrentes de adoção, por parte do legislador, das tendências já encapadas no âmbito deste tribunal.

A Lei 10,259/2001, que cria os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal confere uma tendência transindividual ao recurso extraordinário nas causas que seguem este rito, tendo em vista que: a) havendo recursos extraordinários idênticos, ficarão estes retidos nos autos, aguardando pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (artigo 15 c/c o § 6º do artigo 14); b) eventuais interessados, ainda

que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. Em que pese as críticas que se fazem, sobretudo em relação à letra “a”, no sentido de retirar do jurisdicionado o direito de ter **o seu recurso** apreciado pelo Supremo Tribunal, o fato é que esses dispositivos conferem um novo sentido a um recurso que em princípio era individual, possibilitando que outras pessoas participem do processo político decisório, circunstância que representa o reconhecimento de que o processo não interessa apenas às partes, mas a coletividade como um todo.

Como já se teve oportunidade de falar, o próprio Código de Processo Civil admite, nos §§ do artigo 482, a possibilidade de o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, os legitimados para o controle concentrado e outros órgãos ou entidades se manifestarem sobre a questão da constitucionalidade argüida incidentalmente.

Outro dispositivo legal pertinente é o § 3º do artigo 475 do CPC, segundo o qual o instituto da remessa necessária não tem incidência “quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. É salutar esta medida, já que a remessa necessária muitas vezes fazia com que um processo, cuja decisão final já se sabia, tivesse seu término protelado desnecessariamente, prejudicando o jurisdicionado.

**e. A última transformação em vias de implementação – atribuição de efeitos *erga omnes* a toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional no controle de constitucionalidade difuso**

Como já foi dito, é-se partidário das transformações por que vem passando a dinâmica tradicionalmente delineada no controle de constitucionalidade difuso, tudo com vistas a atender uma nova sociedade, em que a dimensão coletiva e social deve permear todos os institutos e não poderia ser diferente aqui.

Ocorre que atribuir efeito *erga omnes* a toda e qualquer manifestação do Supremo Tribunal sobre questão constitucional na via incidental, como defendem os

Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335-5/ACRE, tornaria sem efeitos, írritos, a Súmula Vinculante, instituto de fundamental importância atualmente, e o artigo 52, X da Constituição Federal, que subordina, como se viu, a expansão subjetiva dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal à manifestação senatorial.

Já se teve oportunidade de dizer que a despeito de a dinâmica do controle de constitucionalidade difuso ser mais decorrência de construções pretorianas, não se pode olvidar que a Constituição dispensa certa atenção a ele em alguns dispositivos que se impõem como limite a essa expansão.

Assim, por se entender aqui que a transformação em epígrafe ofende esses institutos, passe-se, então, à defesa deles, com o que se pretenderá, em verdade, a defesa da própria Constituição<sup>14</sup>.

### 3 SÚMULA VINCULANTE, O ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO E AS TRANSFORMAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

#### 3.1 Súmula vinculante

##### 3.1.1 Notas introdutórias

---

<sup>14</sup> Como se perceberá mais adiante, não somos contra a revogação do instituto da súmula vinculante e do artigo 52, X da Constituição para, com isso, buscar uma forma mais aperfeiçoada de conceder efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal. O que não aceitamos é que isso ocorra por via de interpretação, *ope iudicis*, já que residem aqui alguns dos limites impostos pela Constituição ao desenvolvimento jurisprudencial da dinâmica do controle de constitucionalidade difuso.

O tema atinente à sumula<sup>15</sup> vinculante, ao revés do que à primeira vista parece, não é novo. Relata-nos José Afonso da Silva (2005, p. 564), que já em 1843, José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou projeto conferindo ao Supremo Tribunal de Justiça competência para julgar definitivamente as causas em que se concedesse direito de revista, porquanto via como anomalia a possibilidade de tribunais inferiores julgarem em desconformidade com o tribunal do império.

O instituto entrava em pauta sempre que o assunto era a reforma do Poder Judiciário. Analisando-o após a enxurrada de opiniões e celeumas criadas quando a Emenda Constitucional 45 (que positiva a súmula vinculante) entrou em vigência, comunga-se com Silva (2005, p. 567), quando afirma que “esse bicho-papão acaba não sendo assim tão feio”. Isto porque, uma compreensão mais escorreita de alguns institutos subjacentes, como, p. ex., o objeto da súmula vinculante, demonstra que esta, se editada de acordo com a Constituição, não prejudica a atividade cognitiva do órgão jurisdicional *a quo* (principal argumento daqueles que se põem contra sua edição), apenas impende que quanto à questão constitucional se pronuncie diferentemente daquele que é o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Neste trabalho, intenciona-se trazer à discussão algumas nuances pouco exploradas pela doutrina acerca do instituto da súmula vinculante. Em buscar desse mister, faz-se um estudo acerca dos seus fundamentos, buscando nas origens seu *telos*, que está intimamente ligado à questão da segurança jurídica. Trata-se ainda

---

<sup>15</sup> Vaticina Fredie Didier Jr. (2007, p. 104), seguindo a lição de Barbosa Moreira, que é incorreto dizer “sumulas” (no plural), porque a Súmula é o somatório ou conjunto dos vários enunciados que a compõe. Em verdade, o que frequentemente chamamos de Súmula, nada mais é do que um enunciado (parte) dela (o todo). Nesse sentido Barbosa Moreira, citado Fredir Didier Jr.: “A ‘Súmula’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, ‘a indicação complementar de julgados no mesmo sentido’. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria ‘Súmula’, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘Súmula’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a ‘Súmula’, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n. X da ‘Súmula’ ou ‘Súmula, n. x’. Mas passou-se a falar com freqüência de ‘Súmula n. x.’ sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘súmula’... Pois bem. A Emenda Constitucional n. 45 rende-se ao uso informal, tolerável e conversas de corredor do Fórum, nunca porém num documento oficial, e menos que alhures em texto que se incorpora à Constituição. O novo artigo 103-A desta autoriza o Supremo Tribunal Federal a editar ‘súmula que (...) terá efeito vinculante’, e já se generalizou, até fora dos meios especializados, a referência às futuras ‘súmulas vinculantes’, no plural, para designar as proposições ou teses a que a Corte, reunidos em pressupostos, imprimirá esse efeito”.

do problema relativo ao objeto da súmula vinculante. Por fim, abre-se tópico para versar e apor um juízo de valor acerca dos impactos que o julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335 poderá causar no controle de constitucionalidade difuso e, especialmente, no instituto da súmula vinculante, tornando-o letra morta na Constituição.

### 3.1.2 Razões determinantes para criação de uma súmula vinculante

A Constituição Federal (artigo 103-A) assevera, *in verbis*:

Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a **matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma da lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante **multiplicação de processos sobre questão idêntica**. (grifou-se).

Da redação do texto constitucional, extrai-se que o legislador reformador foi motivado por dois graves problemas, quais sejam: o da segurança jurídica e o da celeridade processual. Assim, incontinenti, rebata-se a tese de que a súmula vinculante é um problema de celeridade processual apenas, como alguns têm pontuado<sup>16</sup>. Essa visão é caolha e não se compadece com as razões históricas que levaram à elaboração de várias propostas de criação da súmula vinculante.

É de se dizer, aliás, que desde que se aventou a possibilidade de criação de um instituto que produzisse os efeitos da súmula vinculante na história constitucional brasileira (na época chamado de assentos), sua motivação única era a manutenção da segurança jurídica. A idéia de se galgar celeridade processual por meio da súmula

<sup>16</sup> De acordo com o que se entende no presente trabalho, o Presidente da OAB/SP, Luiz Flávio Borges (2004), incidiu em erro ao criticar a súmula vinculante, afirmando que esta se ampara na idéia de diminuir o trabalho das altas Cortes, sem aventar a questão da segurança jurídica que, de acordo com o entendimento deste trabalho, é, inclusive, a questão principal.



vinculante é nova e vem apenas, segundo o pensamento deste trabalho, como um *plus* e a reboque da garantia de segurança jurídica, sendo produto da necessidade de se combater a grande quantidade de processos que obstaculizam a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva<sup>17</sup>.

Thomaz Nabuco de Araújo, ao apresentar um projeto em 1843 criando instituto semelhante, diz-nos Silva (2005, p. 564), justificava dizendo que “era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem julgar, em matéria de direito, o contrário do que vinha decidindo o primeiro tribunal do Império”. E não foi por outro motivo que “em 1855, a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em face dos arestos contraditórios dos tribunais inferiores, lembrava a conveniência de uma medida legislativa no sentido de estabelecer uma interpretação com força dos antigos *assentos* da Casa de Suplicação”, lembra ainda Silva (2005, p. 564). De igual modo, justamente por essa razão que ordem jurídica pátria conheceu, em 1876, os *assentos*, epíteto antigo da súmula vinculante e que tinham força de lei, consoante assevera Alexandre de Moraes (2005, p. 505).

De fato, a despeito de a Constituição justificar a criação da súmula vinculante também em virtude da celeridade processual, axiologicamente pode-se dizer que o fundamento mor desta é a questão da segurança jurídica. Sem embargo disso, lapidar a doutrina de Alexandre de Moraes (2005, p. 506), que ainda acrescenta a isonomia como outro fator justificador para a criação do instituto, pois, segundo ele:

Os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis de atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

---

<sup>17</sup> Soa como uma verdade prescindível, mas que é necessário dizer. O problema do Poder Judiciário é estrutural e não legislativo, ou seja, é de falta de pessoal, material, tecnologia etc... Seria muita ingenuidade do legislador reformador pensar que com a súmula vinculante acabaria com esse problema. Pode até ajudar (e até que cremos que sim), mas jamais acabar. Não podemos olvidar que o direito é meio e não fim. Contudo, meio e fim se relacionam, e o fazem à luz do princípio da razoabilidade. Assim, para dizermos se a súmula vinculante se presta a solucionar o problema da celeridade processual, teremos que responder às seguintes indagações, todas decorrente do conteúdo jurídico do princípio da razoabilidade: a súmula vinculante é um meio apto a resolver a questão? Não existe outro meio menos gravoso de se resolver? Os pontos positivos superam os negativos? Parece-nos irrefutável, até pelo que já aduzimos acima, que a resposta, logo na primeira questão, só pode ser negativa, motivo pelo qual não podemos afirmar que a súmula vinculante é um meio, só por si, capaz de solucionar o problema da morosidade processual.

São incontáveis os casos em que, diante de situações semelhantes, colhe-se dos órgãos jurisdicionais decisões diversas. Basta recordar o tormento criado no início da década de noventa, quando muitas pessoas tentavam na via judicial reaver o dinheiro confiscado por intermédio do Plano Collor, sendo que enquanto alguns logravam êxito e liminarmente conseguiam resgatar os valores, outros não. Enquanto alguns órgãos jurisdicionais entendiam serem inconstitucionais os atos normativos criadores da medida, outros pugnavam pela sua constitucionalidade<sup>18</sup>.

Atualmente, vive-se situação semelhante no que tange a progressão de regime nos crimes hediondos. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em sede de controle difuso, pela inconstitucionalidade da vedação à progressão. Contudo, vários juízes e tribunais têm deixado de aplicar o entendimento do Pretório Excelso, sob o fundamento de que como a declaração de inconstitucionalidade foi *incidenter tantum*, a tese não obriga os outros órgãos jurisdicionais. Sobre esse ponto, volta-se com mais detença adiante, quando for se falar dos impactos que o desenrolar dessa questão pode causar no controle de constitucionalidade difuso e, mais especificamente, no que tange à situação do instituto da súmula vinculante e do instituto da manifestação senatorial no controle de constitucionalidade difuso perante a Constituição.

---

<sup>18</sup> Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 302-303) traz dados interessantes sobre esse período: "Entre os meses de março de 1990 em que foi editado o Plano Collor I e abril de 1991, foram propostas na Justiça Federal mais de sessenta mil ações com o objetivo de desbloquear os cruzados. Esta avalanche de ações, no entanto, seria responsável pelo desbloqueio de apenas Cz\$ 62 milhões, o que é uma quantia ínfima se comparada os mais de Cz\$ 7 trilhões liberados pelas chamadas torneiras, sob o controle da equipe econômica, ou os Cz\$ 8,1 trilhões que permaneceram congelados, de acordo com informações prestadas pelo Banco Central ao Supremo Tribunal Federal". Garcia Medina e Wambier (*apud* MANCUSO, p. 108) cita ainda outro exemplo: "Evidentemente, não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, que a sobrevivência de decisões que dêem aos pensionistas e aos aposentados da Previdência Social a diferença de 147% e outras que não reconheçam este direito a pessoas que estão *exata e, precisamente na mesma situação*, não é 'sadio', porque esbarra e arranha inevitavelmente ambos princípios mencionados. A lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente, é comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos. Isto gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico". Por questão de coerência com o pensamento esposado neste, não podemos deixar de manifestar dissenso no ponto em que o autor aduz ser inconciliável ter duas ou mais interpretações de um mesmo dispositivo como válidas. Não entendemos assim, a coexistência de mais de uma interpretação válida é proporcionada pela própria abertura dos elementos lingüísticos do texto. Contudo, o que não admitimos como válida são duas ou mais decisões que consagram teses diametralmente opostas.



Essas situações são anacrônicas e se incompatibilizam com a Constituição, na medida em que se têm decisões tratando de forma diferente, pessoas que se encontram em situações idênticas, violando, assim, o princípio da igualdade em sua dimensão material ou conteudista. Ademais, e sobretudo, descredita as instituições democráticas, notadamente o órgão Judiciário que, pela vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de praticar ato contrário ao praticado anteriormente), deve manter coeso seus posicionamentos, sob pena de implantar, ao arrepio da Constituição Pátria, um governo de homens em detrimento do governo das leis; o primeiro próprio dos Estados Absolutistas, e o segundo dos Estados de Direito.

Por tudo isso, tem o entendimento explicitado neste trabalho de que a segurança jurídica é a nota essencial da súmula vinculante, motivo pelo qual deter-se-á um pouco mais acerca da compreensão do seu conteúdo jurídico atualmente.

### 3.1.2.1 Conteúdo jurídico do principio da segurança jurídica

Segundo Canotilho (1998, p. 1.090), os princípios<sup>19</sup> se revelam como “um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” e têm uma função normogenética e uma função sistêmica. Isto porque os princípios informam, conformam e transformam a ordem jurídica. Justamente por terem essa importância, a compreensão dos enunciados lingüísticos de um texto normativo não pode prescindir do olhar principiológico<sup>20</sup>, já que, por possuir um comando semântico mais aberto, geral e indeterminado que as regras<sup>21</sup>, o conteúdo jurídico dos princípios está em constante mutação e o

---

<sup>19</sup> No que tange a conceituação dos princípios, clássica e esclarecedora é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 902-903): “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Para uma abordagem específica e inovadora acerca dos princípios, por todos, ver: Humberto Ávila (2004).

<sup>20</sup> Embasa essa assertiva a afirmação de Miguel Reale (1994, p. 312): “é à luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar os modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir”.

<sup>21</sup> Sobre a distinção entre princípios e regras, consultar, por todos, Canotilho (1998, p. 1085-1113), que traz os critérios gradualista de Josef Esser e o ontológico de Dworkin e Alexy.

interprete/aplicador deve estar atento para esse fato, evitando incorrer no erro de olhar o novo com os olhos do velho, para não transformar o que é novo em velho, como adverte Lênio Streck (2004a, p.281). É, pois, nessa perspectiva que se tecerá alguns comentários sobre o princípio da segurança jurídica.

Não há previsão expressa do princípio da segurança jurídica na Constituição<sup>22</sup>, mas sua existência é consectário lógico do princípio do Estado de Direito. Sua dimensão mais palpável na Constituição se encontra no princípio da legalidade (artigo 5º, II da CF-88), mas também se consubstancia em outros direitos fundamentais, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o princípio da irretroatividade das leis, conforme se infere da doutrina Silva (2005, p. 429-430). Nesse sentido também, Tavares (2006, p. 562).

Luís Roberto Barroso, apud Pedro Eduardo Antunes de Siqueira (2006, p. 43), pontua outras emanções do princípio da segurança jurídica, a saber: a) a existência de instituições dotadas de poder e garantia e sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do Poder Público; c) a durabilidade das normas jurídicas; d) a previsibilidade dos comportamentos; e) a igualdade na lei e perante a lei, determinando soluções isonômicas para situações idênticas.

Canotilho (1998, p. 259) assevera que as idéias nucleares de segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: 1) *estabilidade*, dado que os atos do Poder Público, uma vez adotados, não podem ser arbitrariamente modificados, “sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”; 2) *previsibilidade*, “que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos das decisões”.

Para Tavares (2006, p. 51), o alcance do princípio da segurança jurídica abrange:

---

<sup>22</sup> Existe previsão expressa do princípio da segurança jurídica no artigo 2º da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), *in verbis*: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência”. (grifou-se).

i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.

Acrescenta ainda este último autor, no que corrobora a tese aqui explicitada, que a súmula vinculante é mais um elemento de segurança e previsibilidade na interpretação e aplicação do Direito.

O nascimento do princípio da segurança jurídica está umbilicalmente ligado ao nascimento dos Estados modernos. Vale lembrar que o Estado de Direito é produto da indignação do povo europeu com o poder irrefreável do Rei absolutista. Necessitava-se criar mecanismo de frenagem do poder político como forma de garantia da liberdade individual. Em uma palavra, o poder político necessitava ser racionalizado. E a expressão máxima dessa “racionalização” é a lei, que, como dito, densifica o princípio da segurança jurídica. Narrando o nascimento do princípio da legalidade, vaticina Paulo Bonavides (1994, p. 112):

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na relação com os titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Isso demonstra que entre o governo dos homens e o governo das leis, o Estado de Direito prefere o segundo ao primeiro, consolidando, como afirma Norberto Bobbio (1999, p. 40), “um valor muito importante: a **segurança do direito**, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”. (grifou-se).

Nesse campo, ganha destaque a figura do barão de Montesquieu, que, ao

doutrinar a separação de poderes<sup>23</sup>, estrutura este princípio como veículo de proteção da liberdade individual através da limitação ao exercício do poder político, pois, segundo afirmava ele, o homem que detém todo poder tende a abusar dele, apud Bonavides (1994, p. 138). E para evitar esse abuso de poder, necessitava-se limitar o poder pelo próprio poder, o que ocorreu com a criação dos três poderes (órgãos), a saber; legislativo, executivo e judiciário.

Importa para nós aqui o conceito de liberdade de Montesquieu, que a define como “como aquela tranqüilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social”, consoante preceitua Bonavides (1994, p. 139). Isto porque estabelece como condição de possibilidade da segurança jurídica, a garantia de “tranqüilidade de espírito” (liberdade), elevando, assim, a importância deste princípio.

O medo do arbítrio estatal elevou o princípio da segurança jurídica à máxima potência, gerando assim, na conformidade da doutrina da separação dos poderes, uma vinculação forte do juiz à lei, ou mais tecnicamente, ao seu texto<sup>24</sup>. Daí porque dizia Montesquieu que os juízes nada mais são do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, conforme se colhe da doutrina de Tavares (2006, p. 995). Anota Bobbio (1999, p. 40) que, segundo Montesquieu, ao juiz não se deve deixar qualquer liberdade para exercer sua fantasia legislativa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes em decorrência da presença de dois legisladores: de um lado o verdadeiro e próprio e do outro o juiz que impingiria sub-repticiamente suas normas, tornando vãs as do legislador.

---

<sup>23</sup> Muito embora se atribua à Montesquieu a doutrina da separação de poderes, isso deve ser visto com ressalvas. Como pontifica Bonavides (1994, p. 136), esse princípio apenas foi sistematizado por Montesquieu, vez que já na antiguidade e na modernidade outros autores já haviam se debruçado sobre o tema, tais como: Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke. Além disso, tendo em vista que o poder é uno, em verdade não existe uma tripartição de poderes, mas sim uma tripartição de funções, de modo que: o órgão legislativo exerce tipicamente a função legislativa; o órgão executivo exerce tipicamente a função administrativa; e o órgão judiciário exerce tipicamente a função jurisdicional. Diz-se tipicamente (ou precipuamente) porque cada um desses órgãos exerce as outras duas funções de forma atípica (ou não precípua).

<sup>24</sup> Não há que se confundir a lei com seu texto. Isso fica cristalino em Canotilho (1998, p. 1139) que, na esteira da lição de F. Müller, preceitua: “o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Muller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange o domínio normativo, isto é, um pedaço de realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla”. Em outras palavras, a relação entre o texto e a lei (entendida aqui como norma) é de conteúdo e continente.

No campo da hermenêutica, essa dimensão mais radical do princípio da segurança jurídica (própria do período iluminista de concepção liberalista, individualista e normativista), implica na adoção de um papel mecanicista do aplicador do direito. Exsurge daí a doutrina do silogismo jurídico, em que a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor o fato; e a conclusão é a identificação da norma aplicável. Expondo a “teoria do silogismo”, Beccaria, apud Bobbio (1999, p. 41), dizia que o juiz não cria nada de novo, “apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior”. Isso implica dizer que a conclusão, segundo a visão liberalista-positivista que defendia com maior rigor a segurança jurídica, não era um ato de vontade do juiz, mas um ato meramente mecânico.

Esses aspectos marcam um direito essencialmente formalista e dogmatista. O dogma consiste na adoção do direito como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência, na esteira na lição de Luiz Roberto Barroso (2006b, p. 277). Corolário do dogma da pureza científica (auto-suficiência) é a concepção de que o intérprete se pauta, durante sua atividade, por critérios de objetividade e neutralidade. A primeira representada por uma razão científica de validade geral, ou seja, não importa quem seja o intérprete, diante de um determinado problema, a solução jurídica será sempre a mesma. A segunda, pela idéia de que o intérprete, ao desempenhar sua função, aparta-se de suas convicções, ideologias, preconceitos etc.

Não obstante tudo isso, não se pode olvidar que do seu nascimento e apogeu, por volta dos séculos XVIII e XIX, para os dias atuais, mais de duzentos anos se passaram e muita coisa mudou, de tal modo que o princípio da segurança jurídica assumiu novos contornos e não pode ser mais visto na dimensão absoluta e rigorosa que tinha outrora. E, como se disse, tem-se que olhar o novo com os olhos do novo, sob pena de se transformar o novo em velho.

Ao Estado de Direito, no início do século XX, é acrescentado um novo elemento, de modo que esse Estado eminentemente abstencionista, passa a atuar positivamente em outros campos que até então não se ocupara. Esse novo elemento é a justiça, que transforma o Estado meramente de Direito em um Estado Social de Direito, preocupado não apenas com a legalidade da conduta do Poder Público em



face do indivíduo, mas, sobretudo, com sua legitimidade. Parafraseando Silva (2005, p. 115), o Estado Social de Direito<sup>25</sup> não abandona o primado da lei, mas, entretanto, não aceita qualquer lei, mas tão-somente a lei justa. Em apertada síntese, pode-se dizer que o Estado Social de Direito é aquele que se preocupa menos com a liberdade e mais com a igualdade e justiça; menos com o privado e mais com o público; menos com o particular e mais com o coletivo.

Ora, se com a passagem do Estado de Direito para o Estado Social de Direito o princípio da liberdade se relativiza em face da ascensão do princípio da igualdade, de igual modo, o princípio da segurança jurídica (protetor da liberdade) racha suas estruturas diante do destaque ganhado pelo princípio/valor da justiça (consubstanciador da igualdade). Manifestação concreta disso é a relativização da coisa julgada inconstitucional em nome da justiça do caso concreto. Cristiano Chaves de Farias (2006, p. 68), traz trecho do voto do Ministro Waldemar Zveiter que, em prol da relativização, argumenta:

Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição de litígios com os olhos da realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade (STJ, Ac. 3ª T., j.3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, *in RSTJ* 40:236).

É verdade que todas essas transformações fazem com que o princípio da segurança jurídica sofra um grande abalo em sua estrutura, mas contudo não se finda. Parece-nos que em tempos de expansão de uma hermenêutica cada vez mais evolucionista e desgarrada do texto, continua tendo um importante papel de limite à atividade interpretativa. Ou seja, uma das grandes tarefas hoje do princípio da segurança jurídica é dizer até onde o intérprete pode ir. Este, diante da colisão entre dois princípios, deve sopesá-los para verificar, *in concreto*, qual deles deve prevalecer. Contudo, a prevalência de um não pode significar jamais o ocaso do outro. Deve-se assegurar um núcleo mínimo, que é intangível e cuja violação implica

---

<sup>25</sup> É interessante notar que o Estado Social de Direito, a despeito das conquistas no campo social, não se apresenta, necessariamente, como democrático também. Basta pensar que a Alemanha nazista possuía inúmeros avanços no campo social, mas, contudo, era segregacionista, circunstância que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. Este sim, além de social, é também democrático.



na total negação do princípio. A propósito, a negação do Estado de Direito resulta na implantação de um Estado de não-Direito, ou seja, no estabelecimento da desordem social, do desequilíbrio das instituições democráticas e na criação de um estado de incerteza e instabilidade.

Trazendo essas noções para o tema que nos ocupa, pode-se afirmar que a súmula vinculante continua sendo instrumento de densificação do princípio da segurança jurídica, mas não daquela segurança potencializada em seu grau máximo, mas relativizada por outros princípios. Essas pré-compreensões nos ajudam a refutar o argumento daqueles que dizem que a súmula vinculante aprisiona as possibilidades do intérprete. Só aprisionaria aqueles que já são prisioneiros das leis e as aplicam de forma indiscriminada, sem levar em conta as particularidades do caso concreto e os objetivos constitucionais. Fredie Didier Jr. (2007, p. 100-101) desenha com maestria o papel a ser exercido pelo juiz, no exercício da atividade judicante, nos seguintes termos:

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Toda decisão judicial deve ser resultado de uma interpretação do texto normativo de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve sar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Assim sendo, o intérprete consciente de sua responsabilidade constitucional sopesa, no caso, os interesses contrapostos à luz dos princípios e valores subjacentes, levando em conta o fato de que nenhum deles é absoluto e merece aplicação irrefletida.

### **3.1.3 Objeto da súmula vinculante**

O objeto da súmula vinculante é tema extremamente interessante e para o qual se deve chamar a atenção, porquanto uma abordagem desavisada poderá levar ao desvirtuamento do instituto e a um arbítrio, em caso de utilização pelo Supremo Tribunal Federal nesta perspectiva, talvez sem precedentes na história constitucional brasileira.

O tópico em epígrafe busca responder à seguinte indagação: sobre o quê pode a súmula vinculante versar?

Da análise da redação do *caput* do artigo 103-A, resta cristalino que a súmula vinculante só pode incidir sobre *questão constitucional*. Isto porque o §1º do artigo 103-A da Constituição Federal aponta como pressuposto para a edição de súmula vinculante a necessidade de a cizânia em torno da *matéria constitucional* acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de *processos sobre questão idêntica*. Assim, levando em conta o prescrito nestes dispositivos constitucionais, chega-se à conclusão de que a matéria constitucional só pode ser referente a questões processuais, de modo que, para sintetizar, pode-se dizer que o objeto da súmula vinculante é a *questão constitucional*. Mas, então, o que seria *questão constitucional*?

A palavra questão aqui, assim se entende no presente trabalho, está empregada no sentido processual. Na dicção de Fredie Didier Jr. (2006. v. 1, p. 251), “questão” é um ponto de fato ou de direito controvertido. A “questão” não é o objeto do processo, ou seja, não constitui seu pedido, mas se põe como um problema que precede o mérito, podendo se estabelecer como uma preliminar ou prejudicial. E, pelo princípio da congruência, não integrará o dispositivo da sentença ou do acórdão, mas apenas seus fundamentos, de modo que, justamente por isso, não é acobertado pelo manto da coisa julgada.

Trazendo essas noções conceituais para a disciplina da súmula vinculante, percebe-se, de logo, que este instituto só faz algum sentido no sistema do controle incidental, no qual a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é verificada como uma questão prejudicial, que tem o condão de, uma vez sendo ultrapassada,

direcionar a decisão meritória para um ou para outro sentido. E, por ser uma questão prejudicial, não fará coisa julgada material.

Neste ponto, o legislador constituinte foi extremamente técnico. Isto porque, ao contrário do que ocorre em Portugal, França, Espanha e Alemanha, o Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários (via pela qual ordinariamente se manifesta sobre as questões constitucionais), não apenas se pronuncia sobre o problema da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo objurgado, como também sobre o mérito da causa<sup>26</sup> <sup>27</sup>, podendo anular ou reformar a decisão do órgão *a quo* com base na questão prejudicial resolvida. Leonardo Martins (2007, p. 16-17), versando sobre a competência do Tribunal Constitucional Federal Alemão no que tange as questões constitucionais, assim se pronunciou:

Na Alemanha, essa competência é exclusiva do Tribunal Constitucional Federal. Nenhum juiz tem o poder de desconsiderar a validade de uma norma., negando-lhe eficácia, por considerá-la inconstitucional. Se o juiz ou tribunal estiver convencido da inconstitucionalidade de norma a ser aplicada deverá suspender o processo em curso e submeter sua convicção ao julgamento do Tribunal Constitucional Federal. Este não decidirá o caso concreto, mas tão somente a questão constitucional, confirmando ou negando a validade da norma examinada em razão de sua compatibilidade ou não com a Constituição. A esta decisão quanto à validade do dispositivo questionado, o juiz ou tribunal apresentante assim como todos os demais órgãos judiciários e dos demais poderes estão vinculados.

No mesmo sentido Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007, p. 4):

O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade *nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão*; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de

<sup>26</sup> É o que se colhe da doutrina de Streck (2004b, p. 501), *in verbis*: "Ao contrário do que ocorre em países como Portugal, França, Espanha e Alemanha, através do recurso extraordinário-constitucional brasileiro resolve-se, no julgamento, não apenas a questão constitucional, mas também a questão de mérito."

<sup>27</sup> Saliente que o fato de a questão constitucional constituir o mérito do recurso extraordinário não desnatura a sua posição de incidente (prejudicialidade) em face do mérito da causa (pretensão autoral). A título de exemplo, cite-se o caso do réu que recorre da decisão que não acolhe seu pedido de ilegitimidade passiva. A despeito de o problema da legitimidade ser, na causa, questão prejudicial, no recurso de agravo se afirmará como mérito. Nesse sentido, Didier Jr. (2006, v. 3, p. 43): "O mérito do recurso não se confunde com o mérito da causa. É possível que uma questão seja de *admissibilidade* da causa e, ao mesmo tempo, seja uma questão de *mérito* do recurso".

mérito para tratar do caso concreto, *devolvido* a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (artigo 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República).

Um exemplo ilustrará melhor o que se está a dizer. Suponha-se que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia deu provimento a recurso de apelação no qual se pedia a reforma da sentença que julgou procedente o pedido de não cobrança de um tributo que tinha como fundamento sua inconstitucionalidade. Caso o Supremo, em sede de recurso extraordinário, pugne pela inconstitucionalidade da lei questionada, certamente julgará indevida a cobrança do tributo e, assim, reformará a decisão do Tribunal inferior.

Nesse diapasão, é mister atentar para esse fato, vez que a *questão constitucional*, por expreso permissivo constitucional, poderá ser objeto de súmula vinculante. Mas o mérito do recurso (a não-incidência do tributo na espécie), jamais poderá constituir objeto de súmula vinculante, sob pena de exercício de competência não prevista na Constituição.

Para se delinear com mais clareza ainda o objeto da súmula vinculante, valemo-nos da distinção entre os arestos e os assentos. Acerca desta distinção, João Mendes Júnior, apud Silva (2005, p. 565), em doutrina assaz preciosa, esclarece:

**Não confundamos os arestos com os Assentos . Os Assentos são atos do Poder Judiciário, não resolvem litígio *hic et nunc*, isto é, são determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorrem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes: os arestos são casos julgados entre certas e determinadas partes litigantes. Os Assentos associam o Poder Judiciário ao Poder Legislativo, ao passo que os arestos mantêm o Poder Judiciário na esfera das suas atribuições: os Assentos são leis, ao passo que os arestos são simples exemplos que podem ser seguidos ou não em casos semelhantes e que não obrigam senão às próprias partes. (grifou-se).**

Após essas conceituações, arremata Silva (2006, p. 565) que “os mesmo conceitos e distinções podem ser feitos hoje em relação aos *julgados* e às *súmulas vinculantes*”. Até porque, como foi dito linhas atrás, a súmula vinculante é um novo epíteto de um instituto que já existiu na história constitucional do Brasil, os assentos.

Corroborando a conclusão que chega José Afonso da Silva a própria justificativa

dada pelos portugueses para retirar, em 28 de março de 1822, o poder da Casa de Suplicação para preferir assentos, no sentido de que estaria usurpando uma função legislativa (SIFUENTES, 2005, p. 191):

Não pode esta (Casa de Suplicação), depois da nova ordem de cousas, tomar Assentos sobre a inteligência de qualquer Lei, sem huma nova Delegação do Poder Legislativo, visto que os Assentos contêm decisões legaes, e constituem parte da nova Legislação, e por isso pertencem à competência privativa e própria do Poder Legislativo, que na vigência das Ordenações residia nos Reis.

Saindo das abstrações conceituais, pincele-se, à guisa de exemplo, o enunciado de número 120 da *súmula* do Supremo Tribunal Federal e o segundo enunciado da *súmula vinculante* deste órgão, para tornar mais palpável o que se está a dizer. Veja-se nesta ordem.

120º enunciado da súmula antiga. Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele.

2º enunciado da súmula vinculante. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Note-se que há uma diferença gigantesca entre os dois enunciados, e que corrobora tudo que se disse até aqui<sup>28</sup>. O primeiro enunciado versa sobre o julgado propriamente, tendo, possivelmente, integrado precedentemente o mérito de vários *cases* apreciados pelo Supremo. Já o enunciado da *súmula vinculante* resultou da apreciação de várias *questões constitucionais*, tendo, em princípio, validade apenas para as partes, mas, após a conversão da resolução desta questão em enunciado de *súmula vinculante*, expandiu subjetivamente seus efeitos, alcançando a todos. Até porque, neste caso, se a *questão constitucional* fosse apreciada como objeto principal, certamente o seria em sede de controle concentrado e, como aqui o efeito *erga omnes* é imediato, o expediente da *súmula vinculante* tornar-se-ia despiciendo.

---

<sup>28</sup> Não podemos olvidar, é verdade, que este primeiro enunciado da *Súmula não vinculante* do STF foi editado quando este órgão tinha competência para julgar recurso extraordinário que versasse sobre violação de lei federal. Não obstante isso, seu conteúdo extremamente específico não pode jamais ser objeto de enunciado de *súmula vinculante*, seja porque os elementos lingüísticos que devem compor esta não podem ser tão específicos, de modo a retirar do juiz seu dever cognitivo; seja ainda porque atualmente os enunciados da *súmula vinculante* só podem recair sobre matéria constitucional, o que não é a hipótese.

Como grande parte dos enunciados antigos do Supremo Tribunal trata apenas sobre o julgado e não sobre *questão constitucional*, não se pode concordar com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2006, p. 50), quando afirmam ser “possível conferir efeito vinculante às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal”, bastando apenas ser confirmada por voto de dois terços dos seus ministros.

Caso o Supremo venha a converter julgado integrante da súmula antiga em enunciado de súmula vinculante, cometerá um grande arbítrio. Para nós, dentro do campo de possibilidades, somente restará ao Supremo Tribunal Federal, no que pertine às *questões constitucionais*, quatro opções, a saber:

- a) Tornar vinculante a tese de que determinada lei ou ato normativo é inconstitucional;
- b) Tornar vinculante a tese de que determinada lei ou ato normativo é constitucional;
- c) Tornar vinculante a tese de que determinada interpretação é inconstitucional, valendo-se, para tanto, da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; ou
- d) Tornar vinculante a tese de que determinada interpretação é constitucional, valendo-se, para tanto, da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Fora daí, o entendimento neste trabalho é que tudo o mais é arbítrio e não encontra amparo no texto e na realidade constitucional.

A delimitação do objeto da súmula vinculante, nos termos que se precisou acima, leva-nos a outra conclusão. Ao contrário do que renomados autores afirmam, tais como Morais (2005, p. 505) e Paulo e Alexandrino (2006, p. 47), a súmula vinculante não é uma importação pura e simples do sistema do *stare decisis* americano. E o motivo dessa afirmação radica-se mais uma vez na distinção entre



aresto/julgados e assentos/súmula vinculante. Em magistral lição, rebatendo a tese de que a súmula vinculante retira do juiz a livre convicção, aduz Tavares (2006, p. 351), *in verbis*:

Como o modelo introduzido no Brasil difere – como não poderia deixar de ser – do clássico *stare decisis*, pois **a súmula não incorpora os casos concretos que formam a “base” para sua edição**, e sendo a vinculação apenas o enunciado desta, os magistrados terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si, bem como das normas aplicáveis a ele. (grifou-se).

Ora, se “a súmula [vinculante] não incorpora os casos concretos que formam a ‘base’ para sua decisão” não se pode identificá-la com o sistema de vinculação ao precedente americano (*stare decisis*), vez que neste, a vinculação, quando ocorre<sup>29</sup>, recai não apenas sobre a *questão constitucional*, abrangendo outrossim a solução concreta dada pela Suprema Corte.

Com efeito, pode-se afirmar que, ao invés da súmula vinculante, grande parte dos antigos enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal é que se aproximam com mais intensidade do *stare decisis* americano.

Isto porque, na esteira da lição de Silva (2005, p. 565), quando elabora enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal atua exercendo uma função atípica, a função legiferante, porquanto do seu labor resulta um enunciado ontologicamente abstrato e geral, não vinculado a nenhum caso particular; ao passo que ao tornar o julgado enunciado de súmula não vinculante (porque não é legítimo tornar vinculante neste caso) o faz no exercício da sua função típica, a jurisdicional. Por isso que, enquanto a súmula vinculante já nasce produzindo efeitos *erga omnes*, os julgados, em princípio, tal como ocorre no sistema americano, servem apenas para solucionar um caso particular, podendo, *mutatis mutandis*, ser utilizado posteriormente em outras situações, caso as circunstâncias peculiares assim recomendem.

---

<sup>29</sup> A doutrina de que no direito americano o precedente vincula, deve ser encarada *modus in rebus*. É o que se colhe da lição de Streck (2004b, p. 511), *in verbis*: “Saliente-se que do Direito norte-americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes para o futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. A utilização do *precedent* vai depender e será limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar”.

Neste ponto, por derradeiro do que se sustentou até aqui, faz-se mister ainda afirmar que a súmula vinculante não obsta que o magistrado aprecie o caso concreto, dizendo se dos fatos exurgem direitos. Apenas no que tange à questão constitucional, terá que adotar a posição do Supremo Tribunal editada em um daqueles quatro termos apontados acima. Essa função atribuída à Corte Suprema é legítima e vem estampada no artigo 102 da Constituição Federal, quando afirma que cabe a este, precipuamente, a guarda da Constituição. Esse entendimento ficou firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal quando do julgamento do HC nº 82.959-SP, no qual o Pretório Excelso afirmou que a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos não implica, por si só, o direito subjetivo à progressão. A verificação dos outros requisitos cabe ao juiz de primeira instância e não ao Supremo, sob pena de se retirar do juiz o poder cognitivo relativo à causa.

### **3.2 O papel do senado federal no controle de constitucionalidade difuso e a reclamação constitucional nº 4335: fim da súmula vinculante e do artigo 52, x na constituição?**

É cediço que no controle difuso de constitucionalidade até então vigente no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade só opera efeitos entre as partes litigantes. Para que ocorra uma expansão subjetiva de alcance geral desses efeitos, a teor do inciso artigo 52, X da Constituição Federal, faz-se necessário que o Senado Federal edite resolução suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse expediente surgiu no constitucionalismo brasileiro por obra da Constituição de 1934 e nele permanece até hoje. Anota Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 145), no que é seguido de perto por Barroso (2006a, p. 111), que nasceu com propósito de corrigir a carência, própria dos países de matriz romano-germânica, de não ser atribuível ao Pretório Excelso o poder de tornar *erga omnes* seus

pronunciamentos acerca da inconstitucionalidade de leis.

Muitos autores têm afirmado que o papel do Senado Federal atualmente perdeu sua razão de ser, sendo poucos os que vêm ainda alguma utilidade na função senatorial<sup>30</sup>. Isto porque, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade, perpetrada por obra da Emenda Constitucional de 16 de 1965, incidente sobre a Constituição de 1946, inaugurou-se o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, suprimindo, assim, a deficiência, até então existente, de as decisões da Corte Suprema brasileira não serem *erga omnes* em sede de controle de constitucionalidade incidental.

Concorda-se com esse pensamento, porém por fundamento diverso<sup>31</sup>. Primeiro. Não se pode admitir que, a despeito de a inconstitucionalidade ser declarada em condições idênticas, inclusive de quorum, no controle difuso tenha um efeito e no controle concentrado tenha outro. Ontologicamente, não há diferença entre se declarar uma inconstitucionalidade por uma ou pela outra via<sup>32</sup>. Segundo. Caso o Supremo Tribunal se valha das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto no controle incidental, essa decisão jamais logrará efeito *erga omnes*, porquanto, como assinala Barroso (2006a, p. 111), “a atuação do Senado somente se dará quando o ato normativo vier a ser declarado *inconstitucional*”, demonstrando, assim, a suplantação do papel do Senado pelas novas técnicas de controle de

---

<sup>30</sup> A despeito de não comungarmos com a tese, o eminente constitucionalista baiano Miguel Calmon Dantas (2006), em excelente artigo, que lhe valeu a primeira colocação no prêmio Alice Gonzalez, cujo título é “Competência do Senado no Controle de Constitucionalidade”, defendeu com maestria a importância do Senado no processo de declaração de inconstitucionalidade na via incidental.

<sup>31</sup> Dizer que ao se criar o controle de constitucionalidade concentrado o papel do Senado Federal perdeu importância é, *permissa venia*, equivocado, uma vez que o controle difuso e o controle concentrado podem coexistir normalmente como, aliás, coexistem. A diferença é que, quando o controle for realizado difusamente, para que a decisão acerca da questão objeto de controle de constitucionalidade possa se tornar *erga omnes* e vinculante terá que passar pelo crivo do Senado Federal. De fato, sustentamos que o papel do Senado Federal no controle difuso está superado, contudo não é este o motivo.

<sup>32</sup> Nem se diga que a diferença consiste em que a inconstitucionalidade declarada incidentalmente deve levar em conta o caso concreto e na inconstitucionalidade declarada em sede de controle abstrato, faz-se apenas um cotejo abstratamente do ato questionado em face da Constituição. Em verdade, mesmo no controle concentrado, o órgão competente deve fazer um juízo de prognose de sua decisão, levando-se em conta o alcance da norma e a realidade que lhe subjaz. Corroboramos esse entendimento Ives Granda da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 170-171), *in verbis*: “até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional”.

constitucionalidade. Terceiro. Na esteira do que história tem demonstrado, subordinar a expansão subjetiva dos efeitos do controle incidental à edição da resolução senatorial, representa um obstáculo muitas vezes insuperável. Streck (2006b, p. 483) traz dados interessantes sobre isso. Afirma que até 1997, careciam de resolução do Senado 69 processos remetidos pelo Supremo Tribunal, sendo que alguns da década de 70, outros da década de 80 e, o mais antigo, aguardava pronunciamento há mais de 25 anos.

Essa defasagem do papel do Senado tem levado alguns doutrinadores, a exemplo de Dirley da Cunha Jr. (2007, p. 87-96), a afirmar que o artigo 52, X da Constituição deve se submeter a uma mutação constitucional informal, de modo a se atribuir à resolução senatorial a função de dar apenas publicidade à manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão constitucional; sendo que esta atividade seria vinculada e não mais discricionária como majoritariamente se tem pregado.

O assunto entrou em pauta, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através da Reclamação Constitucional nº 4335-5/ACRE. O motivo da reclamação foi o ato do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, que negou progressão de regime a vários presos por crimes hediondos, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade à vedação da progressão pela Corte Suprema, ocorrera em sede do controle difuso, como incidente do HC nº 82.959-SP, de sorte que, mercê da manifestação do Senado, não vincula os outros órgãos jurisdicionais.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, em seu voto, advogou a tese de que o papel do Senado, estampado no texto constitucional, sofreu uma mutação constitucional. Sustenta o Ministro que “não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral à decisão do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força vinculante*”. De modo que o papel do Senado hoje é apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo, sendo esta uma função agora obrigatória ou vinculada e não mais discricionária.

Após o voto do Ministro Mendes, o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos, tendo logo em seguida proferido voto na mesma linha do Ministro relator. Assim,

sustenta também ter havido uma mutação constitucional no artigo 52, X da Constituição. Afirmar Grau que a mutação constitucional “é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”. E, mais adiante, arremata: “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.

Dos votos dos Ministros Mendes e Grau, extrai-se duas conclusões. Primeira. A suspensão da execução da lei declarada inconstitucional no controle difuso pelo Supremo Tribunal, caberá exclusivamente a este, sendo que o papel do Senado será apenas o de dar, obrigatoriamente, publicidade a essa decisão. Uma espécie de diário oficial do Corte Maior (STREK, OLIVEIRA e LIMA, 2007, p. 01). Segunda. Isso se deu em virtude de uma mutação constitucional que transformou o próprio texto da Constituição, substituindo-o por outro.

Com a devida vênia, a despeito de se concordar com a tese de que o papel do Senado se encontra ultrapassado, não se abona o escólio dos doutos Ministros.

Como se disse alhures, o princípio da segurança jurídica, que impõe uma maior adstrição do intérprete ao texto, foi mitigado por outros princípios constitucionais, notadamente o princípio/valor da justiça. E, para se realizar a justiça, o intérprete deve ir para além do texto. Contudo, não deixou de existir, continua cumprindo a função de condição de possibilidade do Estado de Direito, agora também mais justo e democrático.

Essa tensão principiológica é muito bem demonstrada pelo próprio Ministro Eros Grau, quando afirma, em seu voto:

Dizendo-o na síntese de PAULO GROSSI, são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da [i] certeza da liberdade individual garantida pela lei no sistema burguês e a da sua [ii] contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o *texto* vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do *texto*.

Dito de outra forma, em toda interpretação há possibilidades e limites. As possibilidades conferem ao intérprete o poder de adotar a posição mais equânime



no caso concreto e é conferida pela própria polissemia do texto, que gera, na lição de Hans Kelsen (2000, p. 390), um quadro de possibilidades interpretativas. Sobre os limites, expressiva a lição de Barroso (2006b, p. 130):

A mesma linguagem que confere abertura ao intérprete há de figurar como limite máximo de sua atividade criadora. As palavras têm sentido mínimo que devem ser respeitados sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados.

Com isso, busca-se a justa medida, ou seja, um método de interpretação constitucional que permita ao intérprete/aplicador realizar os objetivos constitucionais, sem negar vigência à ordem jurídica. Nem o método savignyiano de interpretação, que identifica o texto com a norma, reduzindo a atividade do intérprete à de mero técnico de um direito positivo sem lacunas, consoante se colhe da doutrina de Friedrich Müller (2000, p. 40-46); nem o voluntarismo excessivo trazido pelo método *tópico* de Theodor Viehweg que, a despeito de ser a gênese do método hermenêutico-constitucional mais moderno<sup>33</sup>, peca ao atribuir à ordem jurídica a função de ser apenas um *topói* (ponto de vista), dentre os vários possíveis, conforme se infere da lição de Canotilho (1998, p. 1137-1138).

Parece-nos que os Ministros Mendes e Grau não fizeram uso consentâneo da abertura trazida pela nova hermenêutica. A possibilidade dessa ocorrência já era renunciada por Bonavides (2003, p. 484), em doutrina da mais valiosa estirpe:

Observe-se por outra parte que a moderna interpretação facilita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se divorciam, por essa via evasiva, da rigidez dos cânones constitucionais. Muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desses métodos, uma volta pura e simples a uma interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento numa Constituição que lhe serve apenas de respaldo formal.

O que propõe os citados Ministros não é a modificação da norma jurídica, sendo esta compreendida pelo texto, âmbito normativo e realidade constitucional, mas a mudança do próprio texto. Com isso não se violada apenas as possibilidades, mas, o que é pior, o próprio limite. A mutação constitucional informal para ser

<sup>33</sup> O método que estamos a tratar é o concretista de Fredrich Müller (*in* Métodos de Trabalho do Direito Constitucional) que, assim como Viehweg, propõe uma abertura da atividade interpretativa, porém sem negar a importância do método savignyiano como limite à atividade interpretativa e inserindo uma plethora de princípios próprios de uma interpretação aplicada à Constituição.



legítima (o que não é o caso), deve partir dos elementos lingüísticos do texto (original e não mudado pelo intérprete) para se chegar a um resultado que este permita alcançar. Isto porque, como já estudado, na mutação constitucional ocorre uma revisão informal do compromisso constitucional, mudando-se apenas o sentido, sem mudança do texto.

“Se o executor de Beethoven pode dar-lhe uma interpretação própria, por meio dos valores da sua subjetividade, a música não pode deixar de ser a de Beethoven” (SIFUENTES, 2005, p. 123). E assim deve ser com a interpretação constitucional, ou seja, o intérprete-aplicador pode conferir sentidos ao texto constitucional, mas não pode jamais criar outro texto, partindo desse texto mudado para se chegar à interpretação-aplicação pretendida.

Essa postura que se começa a firmar no Supremo Tribunal Federal tem levado renomados doutrinadores da contemporaneidade a empreender uma luta contra essa posição, cujo objetivo não é outro senão a defesa do Estado Democrático de Direito. Não foi por outro motivo que Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima difundiram artigo, quase que um manifesto, no qual combatem com veemência a postura adotada pelos referidos Ministros, tornando-se mesmo obra de referência no assunto. A propósito da mutação constitucional, formularam estes autores algumas indagações que ficaram pendentes de resposta nos votos dos Ministros Gilmar Mendes Eros Grau (2007, p. 25):

Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado - e ratificado em 1988 - o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo - o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?

É de se notar que a mutação constitucional como transformação do próprio texto constitucional é uma doutrina importada do direito alemão, onde essa

experiência não passou incólume às críticas contundentes, tendo Friedrich Müller (2000, p. 29-30) afirmado:

O teor literal da prescrição concretizada nem sempre é tratado de forma coerente pelo Tribunal Constitucional Federal, mesmo na sua função limitadora [Grenzfunktion]. O tribunal deixa-o em segundo plano diante de uma aplicação com sentido da lei que o transcende, considera-o superável, se isso 'corresponder melhor a uma decisão valorativa da constituição', e decide na Sentença Kehl, de 30 de julho de 1953, contra o teor literal unívoco dos artigos 32 e 52 da Lei Fundamental, ao equiparar também 'sujeitos do Direito das Gentes, similares a Estados' a 'Estados estrangeiros', pela via de uma assim chamada interpretação extensiva e 'aplicação e aperfeiçoamento [Fortbildung] dos princípios da Lei Fundamental conforme seu sentido.

Combate-se a doutrina dos referidos Ministros porque ao Supremo Tribunal não é dado o direito de atuar como verdadeiro legislador positivo, revogando dispositivos constitucionais, no que exorbita, e muito, ao já relevante papel de criar normas jurídicas através da interpretação jurídica.

Ademais, obscurecer e retirar as funções do Senado Federal representa mais de que uma ofensa à independência dos Poderes, significa ainda uma violação ao próprio pacto federativo, tendo em vista que não se pode olvidar que este órgão é composto por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal, os quais teriam suas vozes anuladas pelo Supremo Tribunal Federal, o que representaria, em última instância, uma avocação do poder do povo por este órgão constitucional.

É verdade que a súmula vinculante constitui verdadeira mitigação à separação das funções estatais, atribuindo ao Poder Judiciário função que tipicamente dever ser exercida pelo Poder Legislativo. Contudo, essa possibilidade foi concebida pelos meios constitucionalmente previstos, sendo resultado da manifestação formal do constituinte derivado e de ampla participação do povo e dos Estados-membros, por meio da representação parlamentar – Câmara e Senado, na tomada das decisões. Como se trata de exceção, sua interpretação deve ser considerada restritiva, impedindo, assim, que a Corte Suprema se arvore nas

atribuições dos outros órgãos independentes sem que haja previsão constitucional expressa<sup>34</sup>.

Por outro lado, chega a ser sarcástica a tese de que o Senado ainda terá um papel a cumprir, qual seja: o de dar, forçadamente (como não se sabe), publicidade a uma decisão que já nasce produzindo efeitos *erga omnes* e vinculante, e que, com ela ou sem ela, teria os mesmos efeitos. Tanto assim que ambos os Ministros julgaram a Reclamação procedente, antes mesmo de “forçar” o Senado a se manifestar.

Em outras palavras caso a tese dos referidos Ministros vingue, o que terá ocorrido mesmo é uma revogação *ope judicis* do artigo 52, X da Constituição, bem assim tornado letra morta na Constituição o instituto da súmula vinculante, cuja função até aqui é justamente a de conferir efeito vinculante às decisões proferidas no controle difuso. De modo que esses efeitos serão operados não como quis a Constituição, mas como pretende o Pretório Excelso, que de seu guardião, passa a ser seu senhor.

Isso implicaria, sem embargo de outros, na violação de dois princípios constitucionais. O primeiro deles é o da segurança jurídica, na medida em que retira sua primordial função, a saber: a de ser um limite à atividade interpretativa, impondo uma adstrição do intérprete ao texto, tudo como forma de garantia da liberdade individual e do império do governo das leis (Estado de Direito) sobre o governo dos homens (Estado de não-Direito).

Além disso, o efeito colateral que tornará o instituto da súmula vinculante sem efeito na Constituição<sup>35</sup>, violará o princípio da força normativa da Constituição

---

<sup>34</sup> Nem há que se falar aqui na doutrina dos poderes implícitos, uma vez que estes dizem respeito àquelas atividades típicas de um órgão independente que, a despeito de não estarem expressamente previstas, representam consectário lógico de suas atividades ordinárias.

<sup>35</sup> A propósito, Streck, Oliveira e Barreto (2007, p. 10) sustentam: “Ora, *uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula* (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar *em efeito vinculante*). E súmula não é igual a controle concentrado.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades)”.

(que controla as possibilidades), segundo o qual se deve optar, na resolução de problemas constitucionais, pelos pontos de vistas que realizem a Constituição em seu grau ótimo, e não negar os seus elementos lingüísticos, como se nenhuma importância tivesse, ou como se fosse possível suplantá-los informalmente.

Importante, ainda, a avaliação de Streck, Oliveira e Barreto (2007, p. 7) que vislumbra os efeitos da tese de expansão subjetiva dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade no plano dos direitos e garantias processuais:

Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é *ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (artigo 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará.

Por tudo isso é que, não obstante se aceitar que o papel do Senado no controle difuso não mais se justifica, em nome do princípio da segurança jurídica e da força normativa da Constituição, entende-se que a via correta para operar essa modificação é a mutação constitucional formal. Neste ponto, propõe-se aqui que o artigo 52, X seja revogado. E no lugar do artigo que trata da súmula vinculante, propõe-se que conste dispositivo conferindo às decisões do Supremo Tribunal, relativas única e exclusivamente às *questões constitucionais*, efeito *erga omnes* e vinculante imediatamente, ou seja, sem necessidade de manifestação senatorial, igualando-se, assim, aos efeitos e eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado.

Enquanto essas mudanças não se operam, as únicas formas de expandir subjetivamente os efeitos das decisões do Supremo Tribunal no controle difuso, atinentes às *questões constitucionais*, é através da manifestação senatorial ou mediante a aprovação de súmula vinculante. Qualquer medida que tornem esses expedientes sem efeito na Constituição, soa como ilegítima.

### 3.3 Últimas considerações

Partidário que se é da nova hermenêutica constitucional, teme-se que a má utilização da abertura interpretativa por ela proporcionada possa gerar o mesmo descontentamento que se narrou em linhas acima e que deu ensejo às doutrinas excessivamente positivistas dos séculos XVIII e XIX, culminando, assim, com a redução da atividade do intérprete à de mero autômato de uma norma cerrada no texto. Por isso, valer-se do postulado da razoabilidade é um exercício de prudência que deve orientar o intérprete em toda a sua atividade, evitando, assim, o absurdo ou o bizarro jurídico.

Tem-se, neste particular, que se extrair lições úteis da experiência fracassada de outros países, quando adotaram tendência jurisprudencial semelhante. A propósito, o constitucionalismo americano que, ao revés da matriz constitucional brasileira clássica, é marcado pela forte ingerência do Poder Judiciário na criação do direito, já sofreu grande recessão por conta do voluntarismo exacerbado para o qual caminhava sua jurisprudência. Assim, (GARCIA, 2007, p. 35):

Nesse particular, a “*interpretação fundante*” dispensada à *due process clause*, em sua conhecida vertente substantiva, passou a permitir o julgamento da racionalidade e da oportunidade das leis, terminando por agigantar a intromissão dos tribunais na seara do Legislativo, merecendo especial menção a postura refratária à legislação social e a invalidação das leis contra os *trusts*. Os constantes conflitos com o Legislativo diminuíram a popularidade do Judiciário, levando à discussão de propostas sobre a possível deposição dos juízes pelo sufrágio universal (*recall*), o que chegou a ser implementado nas Constituições do Oregon (1908) e de alguns outros Estados, deflagrando uma grande agitação na sociedade norte-americana. Ainda merece menção o apelo público contra as decisões judiciais promovido pelo Presidente Roosevelt, em 1911, que sugeria fossem elas submetidas a um *recall*. Estabelecendo um paralelo com o direito francês, Lambert voltou a realçar a sua aderência a um positivismo clássico que mantinha totalmente apartados os momentos de criação e de aplicação da norma, o que pode ser facilmente na sua afirmação de que a “*construção americana*” se distinguia da “*interpretação francesa*”.

Admitir um ativismo excessivo do Poder Judiciário, que em determinados casos suplanta o próprio texto da norma “seria o mesmo que admitir a formulação de regra de direito após a prática do ato, o que suprimiria a segurança das relações jurídicas, criando a incerteza das conseqüências futuras dos atos e fatos” que incidem na esfera do direito (SIFUENTES, 2005, p. 117). E arremata ainda Mônica



Sifuentes (2005, p. 117): “A aplicação dessa doutrina causaria, praticamente, os mesmo males da aplicação do princípio da retroatividade das leis”. O sujeito destinatário da norma precisa olhar para um preceptivo normativo e extrair dele a conduta esperada – isso se chama segurança jurídica. A partir do instante em que o juiz passa a modificar o conteúdo do texto após a prática do ato, isso gerará um desconformismo plenamente justificável por parte da comunidade jurídica, que não muito dificilmente buscará novamente a segurança jurídica absoluta, que, diga-se de passagem, não deixou saudades.

Essa preocupação é justificável, sobretudo, pelo fato de que (tem-se que ressaltar) o Poder Judiciário exerce um papel fundamental na defesa dos direitos fundamentais, o que restaria sobremaneira prejudicado caso viesse a sofrer restrições excessivas nos avanços já conquistados, que tanto têm contribuído para o fortalecimento das instituições democráticas. É preciso que se aprenda com a lição americana. Se aqui no Brasil se caminhar para uma atividade jurisdicional cada vez mais desgarrada do texto, lá ocorre um processo inverso. E isto não se deu de forma gratuita, como viu-se. Nesta perspectiva, nada justifica querer-se aqui no Brasil caminhar em direção a um modelo de jurisdição constitucional cuja experiência alienígena mostrou não ser a mais consentânea.

Entre o tudo e nada, o preto e o branco, existem outros matizes, onde se encontram as respostas mais consentâneas. Os extremos a que se está a referir são o modelo clássico de jurisdição americana e o modelo clássico de jurisdição francês no Estado de Direito, em que no primeiro a atividade jurisdicional era potencializada aos extremos e no segundo era limitada na mesma intensidade, chegando-se a negar qualquer possibilidade de criação do direito por parte do juiz. Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, o equilíbrio é fundamental, uma vez que, por excelência, é o Estado que está acostumado a contrabalançar interesses e direitos diretamente conflitantes.

Deste modo, faz-se necessário que as decisões judiciais encontrem o ponto de equilíbrio entre a *autocontenção* e o *ativismo* (GARCIA, 2007, p. 43). Assim, “o exercício moderado desses poderes permitirá seja preservada a crença de cada



cidadão em sua segurança jurídica” (GARCIA, 2007, p. 43).

## CONCLUSÃO

De tudo que se disse, pode-se chegar à seguinte síntese conclusiva.

A Constituição, enquanto norma, resulta da união do seu texto com o contexto na qual está inserida, de modo que os fatores sociais são um componente indispensável para a melhor compreensão constitucional num determinado momento histórico. A duração de uma Constituição está intimamente relacionada com a capacidade de suas normas acompanharem as modificações sociais. E para tanto, a mutação constitucional se apresente como mecanismo eficaz para oxigenar a Constituição, através de um procedimento interpretativo em que o aplicador, partindo dos preceptivos normativos constitucionais, sem alterá-los, chega a conclusões que se amoldam com mais perfeição à nova realidade. É o fenômeno, pois, da mutação constitucional.

Na realização dessa atividade de mudança informal da Constituição, o Supremo Tribunal Federal assume um papel de destaque, já que, nos termos da própria Constituição, incumbe-lhe guardá-la. Ser guardião da Constituição implica em ser o protetor dos interesses constitucionais e o implementador da vontade da Constituição, o que é feito pelo Supremo Tribunal seja quando atua exercendo controle concentrado, ou seja, mormente, no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.

O controle de constitucionalidade difuso no Brasil, classicamente, tem as seguintes características: a) é realizado por todo e qualquer órgão jurisdicional, seja ele singular ou colegiado; b) a questão constitucional é discutida incidentalmente, ou seja, como uma prejudicial de mérito; c) a decisão sobre a constitucionalidade não faz coisa julgada material, mas apenas formal; d) os efeitos da decisão, justamente por isso, interessam apenas às partes e não transcende para alcançar outros indivíduos; e) regra geral, a decisão retroage à data da vigência da lei, podendo haver modulação dos efeitos neste caso.

Ocorre que essa forma clássica de realização do controle de

constitucionalidade difuso tem sofrido sérias mudanças, de modo que a necessidade dos novos tempos fez com que esse controle deixasse de ser um instrumento à disposição do indivíduo, isoladamente considerado, e passasse a ser um mecanismo a serviço da sociedade, que poderá, quando da sua realização, participar intensamente do processo decisório. Essas transformações, que são capitaneadas pelo Supremo Tribunal Federal, só puderam se viabilizar a partir de um modelo de jurisdição constitucional em que o juiz deixa de ser a “boca da lei” e passa a ser a “boca da justiça”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal, bem assim a legislação infraconstitucional na esteira daquela, dão exemplos claros das transformações por que vem passando o controle de constitucionalidade difuso, tais como: a) possibilidade de o Supremo Tribunal se manifestar sobre questão constitucional que não seja imprescindível para o deslinde do caso; b) dispensa do requisito do prequestionamento para dar efetividade a posicionamento do Supremo Tribunal dados em casos semelhantes; c) conhecer o recurso extraordinário mas negar provimento por fundamento diverso do dado pelo tribunal *a quo*; d) a possibilidade de manifestação do Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, os legitimados para o controle concentrado e outros órgãos ou entidades se manifestarem sobre a questão da constitucionalidade argüida incidentalmente no processo civil.

A última transformação, em vias de implementação, é a que pretende atribuir eficácia *erga omnes* a todas as manifestações do Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade difuso. A despeito de se pensar que a medida é salutar, porque segue normalmente o curso da objetivação do controle de constitucionalidade difuso, a via pela qual pretende o Pretório Excelso fazer isso – a da interpretação – não é a mais escorreita, uma vez que obscureceria dois institutos constitucionais que têm por finalidade justamente a de conferir efeitos *erga omnes* a decisões que não têm, a saber: súmula vinculante e o artigo 52, X da Constituição. De igual modo, restariam ofendidos os princípios da força normativa da Constituição e o da segurança jurídica.

No que tange à súmula vinculante, nasceu menos com a pretensão de servir

de válvula de escape para o problema da celeridade processual e mais como uma necessidade imperativa de proteção do Estado de Direito, consubstanciado no princípio da segurança jurídica e, mais especificamente, no princípio da legalidade.

Contudo, o princípio da segurança jurídica, que a súmula vinculante visa a proteger não pode ser encarado na dimensão absoluta que se tinha outrora, tendo sido relativizado por outros princípios, notadamente o princípio/valor da justiça. Isso significa que a leitura e aplicação da súmula vinculante deve ocorrer também em uma perspectiva mais aberta, em que o intérprete não é mero aplicador do texto do enunciado sumulado, mas sim deve buscar investigar se a matéria sumulada realmente se aplica à espécie. Essa é uma exigência dos novos tempos e assim só não procedem aqueles que já são contumazes em aplicar a lei de forma descontextualizada.

No que tange o objeto da súmula vinculante, este só pode incidir sobre a questão constitucional, que é uma prejudicial no controle incidental. Daí por que não pode o Supremo Tribunal transformar julgados (como o são grande parte dos enunciados da súmula antiga – não vinculante) em enunciado de súmula vinculante, pois eles se põem como mérito da causa e não como questão constitucional. Também por isso não se pode dizer que o enunciado de súmula vinculante aprisiona a atividade interpretativa, pois apenas dirá se um ato normativo que se pretende aplicar à espécie é inconstitucional, constitucional ou em que termos é inconstitucional ou constitucional. De modo que cabe ao juízo *a quo* dizer se dos fatos exsurtem direitos, garantindo, assim, seu poder cognitivo em relação à causa.

Existe a possibilidade de a súmula vinculante e o artigo 52, X da CF-88, tornarem-se letra morta na Constituição, o que ocorrerá em caso de restarem majoritários os votos dos Ministros Mendes e Grau, no sentido de que as decisões no Supremo Tribunal prescindem da manifestação senatorial para produzir efeitos *erga omnes* e vinculante no controle de constitucionalidade difuso.

Não se abona aqui essa posição por ser afrontosa aos princípios da segurança jurídica e da força normativa da Constituição. O entendimento plasmado neste trabalho é que essa mudança só pode ser operada mediante mutação

constitucional formal. Enquanto isso não acontece, a expansão subjetiva dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal só pode ser operada pela edição de enunciado de súmula vinculante ou por meio de manifestação senatorial, nos termos do artigo 52, X da Constituição de 1988.

Partidário que se é da nova hermenêutica constitucional, teme-se que a má utilização da abertura interpretativa por ela proporcionada possa gerar o mesmo descontentamento que deu ensejo às doutrinas excessivamente positivistas dos séculos XVIII e XIX, culminando, assim, com a redução da atividade do intérprete à de mero autômato de uma norma cerrada no texto. Por isso, valer-se do postulado da razoabilidade é um exercício de prudência que deve orientar o intérprete em toda a sua atividade, evitando, assim, o absurdo ou o bizarro jurídico. Faz-se necessário, para tanto, que as decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal, encontrem o ponto de equilíbrio entre a *autocontenção* e o *ativismo*.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Controle de Constitucionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. Vol. 01. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Luiz Flávio. *Súmula Vinculante é Retrocesso*. Disponível em: <[http://www.oabsp.org.br/palavra\\_presidente/2004/75/](http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2004/75/)>. Acesso em: 07 ago. 07.

BRASIL. *Anuário da Justiça 2007*. São Paulo: Conjur, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008.

BULOS, UADI LAMMÊGO. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Podivm, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Princípio do "Stare Decisis" e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no*



*Controle Difuso de Constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Podivm, 2007.*

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. Salvador: Podivm, 2006.*

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: DelRey, 2004.*

DANTAS, Miguel Calmon. *Competência do Senado Federal do Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/>>. Acesso em: 07 ago. 07.*

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. I 6. ed. Salvador: Podivm, 2006.*

\_\_\_\_\_. (coordenador). *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.*

\_\_\_\_\_. *O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Podivm, 2007.*

FARIAS, Cristiano Chaves. *Um Alento ao Futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In DIDIER JR., Fredie (org.). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.*

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.*

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Revisão Constitucional. Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1994, pg. 4.*

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Súmula vinculante e a Lei nº 11.417/2006: apontamentos para compreensão do tema. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1295, 17 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9400>>. Acesso em: 16 jul. 2007.*

GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Podivm, 2007.*

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (organizadores). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso. São Paulo: Malhareiros, 2003.*

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da*

*Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mende. Porto Alegre: SAFE, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

IMA, Jonatas Vieira de. *A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 16 jul. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 1998.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: Uma Possibilidade Crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Concentrado: comentário à lei n. 9868 de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Leonardo. *Retórica do Processo Constitucional*. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Podivm, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. São Paulo: Mas Limond, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos*

*tribunais*. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Renovar, 2006.

SORMANI, Alexandre e SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: um estudo à luz da emenda constitucional 45, de 08.12.2004*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 29 mar. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.